

Faculté de droit de Paris. Des nullités du mariage et des conditions de sa validité en droit romain et en droit [...]

Ameline, Edmond. Faculté de droit de Paris. Des nullités du mariage et des conditions de sa validité en droit romain et en droit français. Thèse pour le doctorat. L'acte public... sera soutenu... le 14 juin 1866,... par Edmond Ameline,.... 1866.

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.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

NULLITÉS DU MARIAGE

ET

DES CONDITIONS DE SA VALIDITÉ

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

EDMOND AMELINE

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DE MELUN

PARIS

IMPRIMERIE SIMON RAÇON, RUE D'ERFURTH, 1

—
1866

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

NULLITÉS DU MARIAGE

ET

DES CONDITIONS DE SA VALIDITÉ

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR CES MATIÈRES SERA PRÉSENTÉ ET SOUTENU, EN PRÉSENCE DE
M. L'INSPECTEUR GÉNÉRAL GIRAUD, LE 14 JUIN 1866, A 1 HEURE ET DEMIE,

PAR

EDMOND AMELINE

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DE MELUN

PRÉSIDENT. . . . M. DE VALROGER.

SUFFRAGANTS :	{	MM. ORTOLAN,	}	Professeurs.
		DUVERGER,		
		COLMET DE SANTERRE.		
		M. BUFNOIR, Agrégé.		

PARIS

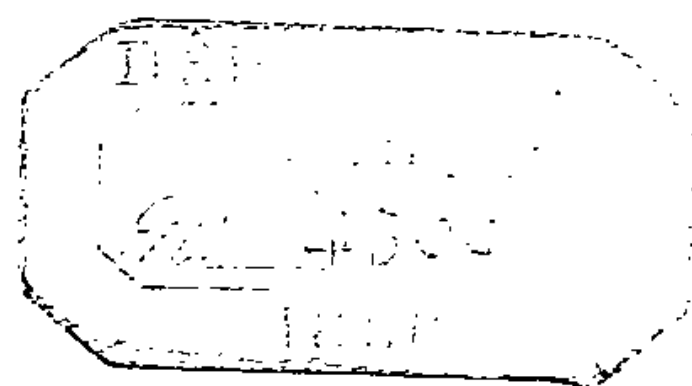
IMPRIMERIE SIMON RAÇON, RUE D'ERFURTH, 1

1866

©

F

28024



2342

A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MON ONCLE, M. L'ABBÉ AMELINE,

CURÉ DE NOTRE-DAME, DE CAEN
CHEVALIER DE LA LÉGION D'HONNEUR

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

DES CONDITIONS ESSENTIELLES
A LA VALIDITÉ DU MARIAGE

ET DES

NULLITÉS DE MARIAGE

PROLÉGOMÈNES.

Parmi les institutions du droit romain qui attirent et méritent spécialement l'attention, en première ligne, il faut évidemment placer la puissance paternelle. Il en est peu dont l'organisation soit plus originale, et porte une plus profonde empreinte du génie despotique de la vieille Rome.

A Rome, en effet, surtout à l'origine, la famille était organisée à l'image de la cité. Pour chef elle

avait le *Paterfamilias*, dont le pouvoir sur la personne de ses enfants était absolu et illimité ; et allait, tout au moins sous les rois, et dans les premiers temps de la république, jusqu'à la faculté de leur donner la mort¹. Ses droits ne s'arrêtaient pas là : il pouvait encore soit les vendre comme esclaves², soit en faire l'abandon noxal³, soit enfin, à un autre point de vue, disposer de leurs biens comme des siens propres ; les fils de famille étant incapables d'acquérir pour eux-mêmes⁴. Plus tard, et notamment sous l'empire, ce droit si rigoureux s'adoucit : le meurtre du fils par le père, les mauvais traitements, l'abandon noxal sont défendus et punis par les lois pénales⁵. Les différents pécules s'organisent, le droit civil les sanctionne ; le fils de famille est reconnu capable d'être propriétaire ou créancier et d'avoir un véritable patrimoine⁶. Quoiqu'il en soit de ces modifications, la puissance paternelle, même à l'époque de Justinien, est régie encore

¹ V. *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, titre IV, chap. VIII. — V. aussi une constitution de Constantin, loi X, au Code *De patria potestate*. — Les exemples les plus célèbres sont ceux de Brutus et de Manlius.

² V. Gaius, *Comment.* I^{er}, § 132 et *Comment.* IV § 79. — Suivant Denys d'Halicarnasse (liv. II, chap. IV), Numa avait soustrait au droit de vente les enfants qui se mariaient avec le consentement de leur père.

³ V. Gaius *Comment.* IV, § 75 et 79.

⁴ Instit. Justin. princ., *Quibus non est permissum facere testamentum*.

⁵ Constitution de Constantin, au Code *De his qui parentes vel liberos occidunt*. — Instit. *De noxalibus actionibus*, § 7.

⁶ Instit. *Per quas personas nobis acquiritur*, §§ 1 et 2.

par des principes tout spéciaux au droit romain ; elle reste donc à la fois, et fort curieuse et fort importante à étudier, car elle est toujours la base de la famille et de la société.

Pour notre compte, nous n'avons pas ici à nous occuper de ses caractères, ni à examiner ses différentes transformations ; nous voulons seulement par ces quelques mots en rappeler l'importance, pour prouver combien aussi devaient être capitales, en droit romain, les questions qui se rattachaient au mariage, puisque c'était le mariage qui était la source principale de la puissance paternelle. *In potestate nostra*, disent les Institutes, *sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreavimus*¹.

Mais, avant d'aller plus loin, avant de passer à l'examen des conditions requises pour pouvoir contracter mariage, disons quelques mots des différentes espèces de mariage que reconnaissait le droit romain, et attachons-nous à en préciser les caractères.

Il y avait en droit romain quatre espèces de mariages, en prenant ce mot dans son acception la plus large : 1° Les justes noces (*justæ nuptiæ*) ; 2° le concubinat (*concubinatus*) ; 3° le mariage du droit des gens ; 4° le *contubernium* ou mariage des esclaves.

¹ *De patria potestate. Principium.*

I. — Justes nocces (*justæ nuptiæ*).

Les justes nocces (*justæ nuptiæ*) étaient le mariage romain par excellence; le seul qui fût tenu en honneur par les jurisconsultes, le seul qui produisît la puissance paternelle, dans lequel le mari avait le titre de *vir*, et la femme celui d'*uxor*; le seul enfin qui établît véritablement entre les époux *divini et humani juris communicationem*; qui élevât la femme à la position, à la dignité de son mari, qui la fît participer à son culte privé — *sacra privata*.

Ces différents caractères sont indiqués et résumés dans la définition que nous en donne le jurisconsulte Modestin¹ : *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*. Cette définition, fort exacte à l'époque où vivait Modestin, c'est-à-dire sous le règne de l'empereur Alexandre Sévère, ne l'était plus au siècle de Justinien; aussi est-elle rectifiée par lui en ces termes dans les Institutes² : *Viri et mulieris conjunctio individuum vitæ consuetudinem continens*.

La principale différence entre ces deux définitions est, on l'a sans doute remarqué, la suppression de ces mots *communicatio divini juris*. Une pareille modifi-

¹ L. 1, *De Ritu nuptiarum*. Digeste, liv. XXIII, titre II.

² *De patria potestate*, § 1.

caïon s'explique facilement; au siècle de Justinien, le paganisme n'est plus, depuis près de trois cents ans, la religion officielle de l'État; il a fait place au christianisme, qui règne partout en vainqueur; le culte des Dieux Lares a dû par conséquent être emporté avec lui. D'ailleurs la *manus*, qui seule peut-être produisait cette *communicatio divini juris*, avait aussi depuis longtemps disparu.

Remarquons en outre que la rédaction du législateur chrétien est éminemment plus élevée et plus spiritualiste : *Conjunctio* MARIS *et* FEMINÆ, dit Modestin. *Conjunctio* VIRI *et* MULIERIS, écrit Justinien. Et, plus loin, *individuum consuetudinem continens*, phrase qui indiquait indubitablement, ce nous semble, une communauté d'existence plus étroite, une égalité de condition plus parfaite encore entre le mari et la femme, que les mots employés par Modestin : *Consortium omnis vitæ*; ce qui, pour le dire en passant, prouve combien était déjà grand le progrès moral produit par les idées chrétiennes!

Quoi qu'il en soit, la dernière phrase de Justinien, que nous venons de citer, a donné naissance à une controverse assez vive entre les interprètes du droit romain. Les uns, et Doneau à leur tête¹, veulent que notre texte ait ici en vue l'indissolubilité du mariage :

¹ *Comm. juris civilis*, l. XIII, chap. XVIII, n° 4.

non pas qu'ils prétendent que le mariage devait nécessairement durer toute la vie des époux; une pareille proposition serait trop évidemment contraire à la faculté de divorcer qui était expressément sanctionnée par les constitutions des empereurs chrétiens eux-mêmes; mais, disent-ils, cette indissolubilité doit être au moins dans l'intention des époux au jour de leur union¹. Et, ajoute-t-on, c'est en cela surtout que le concubinat diffère du mariage : on promettait à l'épouse un attachement permanent, indéfini dans sa durée. On ne s'attachait à la concubine que par des liens plus fragiles. On n'échangeait avec elle qu'une fantaisie passagère, comme le dit encore Doneau en termes plus ou moins explicites, on ne la prenait que pour un temps : *concubinatus.... neque ea vi est ut non liceat alteri cum velit ab altero invito discedere*².

Cette interprétation a été rejetée par la majorité des auteurs qui se sont occupés de la difficulté que nous examinons en ce moment. Tout récemment encore, M. Demangeat, dans le savant traité qu'il vient de publier³ est venu ajouter le poids de son autorité à tous

¹ Les *justæ nuptiæ* peuvent bien, dit expressément Doneau, être dissoutes par le divorce; mais cela arrive contre le vœu des contractants, et contre la nature du mariage : *Sed hoc præter votum contrahentium accidit, et præter matrimonii naturam*. (Loc. cit.) — Vinnius donne des arguments dans les deux sens.

² Arg. d'Ulpien, l. 1, *De concubinis*.

³ *Cours élémentaire de droit romain* (1865), tome I, p. 240.

les suffrages qu'avait déjà réunis le second système. D'après l'éminent professeur de la Faculté de Paris, la partie du texte sur laquelle porte la controverse, ferait allusion à cette étroite communauté d'existence, à cette parfaite égalité de condition qui est le caractère distinctif des justes noces. Selon lui, l'adjectif *individuum* signifierait donc simplement que, dans les *justæ nuptiæ*, la femme prend la condition de son mari, et qu'elle ne saurait même avoir une condition distincte¹.

Pour notre compte, ce dernier sens nous paraît à tous les points de vue préférable au premier; il n'est pas exact, en effet, comme semble le prétendre Doneau, que la concubine pût se prendre pour un temps limité; le *concubinatus* était, il est vrai, un lien plus fragile que le mariage; il pouvait se dissoudre de part et d'autre avec la plus grande liberté, et sans qu'il fût besoin de recourir au divorce, mais, au moment de leur union, les parties contractaient, comme dans les justes noces, un engagement indéfini dans sa durée; pas plus que l'épouse, la concubine ne se prenait pour un temps².

¹ Il pouvait cependant en être autrement, par exemple en cas de condamnation du mari à la déportation. (L. 1, au Code, *De repudiis*, Constit. d'Alexandre.)

² V. en ce sens Ducaurroy, n° 115. — Pothier, *Contrat de Mariage*,

Quoi qu'il en soit de cette difficulté, les caractères distinctifs des justes noces étaient, répétons-le : 1° l'égalité entre le mari et la femme, égalité que le triomphe des principes de la religion chrétienne avait rendue plus grande encore ; 2° la participation pour la femme aux dignités et aux honneurs de son mari ; 3° enfin, la communauté d'existence, qui se traduisait pour celle-ci dans la nécessité d'habiter au domicile marital.

II. — *Concubinatus*.

C'est encore une bien étrange institution que le *concubinatus* du droit romain ; et cependant quelque étrange, quelque contraire qu'il soit à la justice et à la morale rigoureuse, il a, il faut le reconnaître, de fortes racines dans la nature humaine, puisque de nos jours nous le retrouvons en partie dans un pays tout voisin du nôtre, en Allemagne, sous le nom de mariage morganatique. Il en est du reste presque toujours ainsi de tout ce qui flatte les passions humaines sans blesser trop profondément la conscience.

Le *concubinatus* n'était, d'ailleurs, en aucune façon, comme l'on serait tenté peut-être de le croire au premier abord, si l'on s'arrêtait à la signification que

n° 7. — Tacite (*Annales*, liv. VI, chap. x) se sert de cette expression : *Comites individui* pour qualifier deux amis intimes, inséparables.

ce mot a prise de nos jours, une union illicite, prohibée par les lois ou même par la morale de l'antiquité; non, qu'on ne s'y trompe pas, le concubinat, en droit romain, était une union aussi licite que les justes noces¹, et, non-seulement les peines édictées contre le *stuprum* ne l'atteignaient pas; mais, bien plus, dans certaines hypothèses, il était même conseillé de préférence à celles-ci. Ulpien le dit expressément² à propos d'un patron qui voulait s'unir à son affranchie *quippe HONESTIUS SIT patrono libertam CONCUBINAM quam matremfamilias habere*.

Du reste, en général, on appliquait les mêmes règles au *concubinatus* qu'aux *justæ nuptiæ*; les mêmes qualités, relatives soit à la parenté ou à l'alliance³, soit à la puberté⁴, y étaient requises. Il en était ainsi de la nécessité du consentement des contractants et des autres prohibitions ou empêchements; enfin, il n'était pas plus permis d'avoir en même temps deux concubines ou même une concubine et une épouse⁵, que d'avoir à la fois deux épouses.

¹ Marcien nous dit expressément : *Concubinatus per leges nomen assumpsit, extra pœnam legis est*.

² L. 1, Princip. Dig. De concubinis.

³ L. 1, § 4, Dig. De concubinis.

⁴ *Ibidem*, *idem*.

⁵ L. 1, au Code De concubinis.

Il y avait cependant des différences importantes entre les *justæ nuptiæ* et le *concupinatus*. Et d'abord, cette union était beaucoup moins honorable pour la femme que les justes noces. Celle-ci n'était pas élevée à la position de son concubinaire; elle ne participait ni à ses dignités, ni à ses honneurs, elle restait son inférieure; c'était, en un mot, comme le disait avec tant de concision et de justesse la loi 3 au Code *De naturalibus liberis* un *inæquale conjugium*¹.

Une seconde différence non moins capitale était relative à sa dissolution. Lien plus fragile que les *justæ nuptiæ*, il n'était pas besoin pour le rompre de recourir au divorce: il suffisait d'une simple répudiation, sans que, pour la faire prononcer, il fût nécessaire aux parties d'alléguer aucun prétexte. Et, on le comprend sans peine, ce fut précisément à cette facilité extrême que le *concupinatus* dut sa faveur; elle faisait trop le compte des passions pour que celles-ci laissassent échapper une occasion aussi favorable de se satisfaire. Aussi le voyons-nous devenir de plus en plus fréquent, surtout, chose remarquable, à partir de l'époque où Auguste promulgua ses fameuses lois caducaires, qui avaient pour but de remettre le mariage en honneur. Ces unions se mul-

¹ Const. de Théodose et de Valentinien.

tiplient encore plus tard, à mesure que la licence des mœurs devient plus grande. Sous les Antonins elles étaient fort en honneur ; Marc-Aurèle lui-même, le plus vertueux et le plus sage peut-être de tous les princes qui aient gouverné l'empire romain, prit lui-même une concubine, malgré l'austérité des principes dont il se targuait¹. Mais le christianisme, qui bientôt triompha avec Constantin, était heureusement plus sévère que la philosophie païenne ; il comprenait mieux les devoirs de la morale et les droits de la justice, — car le *concupinatus* blessait surtout le principe de l'égalité ; — c'était une religion d'amour ; elle était venue pour tendre la main aux faibles et protéger les opprimés ; le Christ avait dit que tous les hommes étaient frères ; que tous ils étaient égaux devant Dieu ; elle devait chercher à relever la femme, comme plus tard elle travaillerait à briser les chaînes de l'esclavage.

Le concubinat fut donc battu en brèche, quand ses maximes commencèrent à pénétrer dans le droit civil ; on restreignit entre les mains des parents la liberté de disposer en faveur des enfants issus du *concupinatus*².

¹ Marc-Aurèle était, on le sait, un des adeptes les plus ardents de la philosophie stoïcienne.

² L. 1 et 2, *De naturalibus liberis*, Code Théodosien.

Cependant, il faut le reconnaître, à l'époque de Justinien, non-seulement cette union était tolérée, mais elle était même encore regardée comme licite. Nous lisons en effet dans les *Novelles* cette phrase significative sur les concubins : *Non sunt luxuriantes sed pudici, caste viventes*. L'empereur Léon fut le premier qui le prohiba d'une façon formelle. *Lex illa in æternum sileto*, écrit-il à Stylianus; car, poursuit-il, *qua ratione, cum puras aquas haurire liceat, lutum tu mavis*. Et en effet, le *concubinatus* tomba complètement en désuétude en Orient, à partir de cette époque. En Occident, cette institution résista plus longtemps; l'Église fut obligée de la tolérer, et nous verrons plus tard avec détail qu'à la fin de la seconde race, elle était encore fort en usage dans l'empire franck¹.

Mais laissons de côté cette digression historique et revenons à notre parallèle entre le concubinat et les justes noces.

La troisième différence importante qui les séparait était, nous le savons déjà, relative à la puissance paternelle. Les justes noces seules l'engendraient; elle n'était jamais produite, au contraire, par le concubinat. Les enfants nés de cette union n'étaient cependant pas considérés comme *vulgo concepti*; ils avaient une origine et une filiation certaine, même au point de

¹ Voir deuxième partie, notre Introduction historique.

vue légal, on les appelait *naturales liberi*; mais ils étaient *sui juris*, et leur père n'avait aucun droit ni sur leur personne, ni sur leurs biens.

Telles sont les dissemblances principales qui distinguaient si profondément les deux institutions que nous comparons. On pourrait encore en citer plusieurs autres; mais elles sont trop secondaires pour mériter un examen spécial. Il ne nous reste plus maintenant, avant de quitter ce point, qu'à examiner à quels caractères on reconnaissait le concubinat.

Le plus souvent c'était une question fort difficile à résoudre; parfois même, il faut le dire, presque insoluble, car, à l'époque classique du droit romain, les justes noces, pas plus que le *concubinatus*, n'étaient précédés de cérémonies obligatoires; de sorte qu'à ce point de vue, il était fort malaisé de les distinguer. Les textes que nous possédons ne jettent pas non plus une lumière bien vive sur le point obscur qu'il s'agit d'élucider; on ne peut guère citer qu'un fragment de Paul dans lequel nous lisons : *Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet*¹. Ainsi, d'après Paul, ce qui constituait le concubinat, ce qui le distinguait des justes noces, c'était seulement l'intention des parties; mais à quels signes reconnaissait-on cette intention? comment devait-elle se manifester? Il n'existe

¹ L. 4, *De concubinis*. Digeste.

à notre connaissance aucune règle générale à cet égard. La question n'était d'ailleurs embarrassante qu'en théorie; en pratique, l'on ne s'y trompait pas. Un Romain n'aurait jamais confondu une concubine et une épouse; les égards que le mari avait pour l'une et qu'il refusait à l'autre rendaient toute méprise impossible. Le plus souvent, du reste, certaines présomptions faisaient disparaître toute incertitude: lorsqu'un homme s'unissait avec une femme dissolue, ou même avec une personne d'un rang inférieur au sien, on présumait le *concubinatus*. Choisisait-il, au contraire, une ingénue, une femme d'une condition égale à celle qu'il possédait, il y avait lieu de présumer les justes noces¹. Ces exemples pourraient être multipliés à l'infini; mais ceux que nous venons de citer suffisent, croyons-nous, pour indiquer aussi nettement que possible quels étaient les caractères auxquels on s'attachait, et les règles qui les régissaient.

III. — Mariage du droit des gens.

On pourrait appeler mariage du droit des gens l'union que contractaient ensemble deux pérégrins. A côté du droit civil, les Romains ont toujours, en effet, placé le droit des gens². Or, comme le mariage

¹ V. L. 24. *De Ritu nuptiarum*. Modestin.

² V. Gaius, *Comment.*, I, § 1. — Institutes, titre II, § 1,

est au premier rang des institutions que sanctionne ce droit, il ne saurait être douteux que le droit quiritaire a toujours reconnu le mariage du droit des gens. Cela est d'autant plus certain, que cette union ne se formait pas seulement entre pérégrins, mais aussi fort souvent entre pérégrins et Romains. Un texte de Papinien, rapporté dans la *Collatio Legum mosaicarum et romanarum*¹, le prouve d'une façon indubitable : *Civis romanus qui sine connubio sibi peregrinam IN MATRIMONIUM habuit...*, etc. — Il est donc bien constant que le droit civil tenait jusqu'à un certain point compte de cette union, qu'elle n'était pas rangée sur la même ligne que le *contubernium* des esclaves, dont nous dirons quelques mots tout à l'heure².

Mais quels étaient au juste, les effets qu'elle produisait? quel était son caractère? Ce côté de la question est resté fort obscur; les textes des jurisconsultes nous font à peu près défaut.

On ne trouve quelques renseignements précis, quelques lumières à ce sujet que dans un passage des *Topiques* de Cicéron : *Si mulier, quum fuisset*

¹ Titre IV, chap. v, § 1.

² V. un texte de Callistrate, la loi 57, § 2, *Ad municipalem et de incolis*, au Digeste. — Ce texte parle des femmes *QUÆ IN MATRIMONIUM NON LEGITIMUM se dederunt*.

*nupta, cum eo, qui cum connubium non esset, nuntium remisit; quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet*¹. Cicéron fait sans doute ici allusion au mariage du droit des gens; les expressions : *Mulier nupta, cum eo, qui cum connubium non esset...* en peuvent, en effet, s'appliquer qu'à une union de ce genre.

Or, il résulte de ce texte deux points fort importants : 1° Une dot pouvait être constituée par la femme ou par ses parents, et réclamée par elle ou ses héritiers à la dissolution du mariage, suivant les règles du droit commun ; 2° A la différence du *concubinatus* qui, ainsi que nous l'avons vu, pouvait être dissous sans qu'on alléguât aucun prétexte, il fallait, pour rompre le mariage du droit des gens, un divorce ou une répudiation assujettis sans doute à certaines formes.

Remarquons du reste que ce n'était pas les seuls effets produits par les mariages de cette espèce. Il paraît certain par exemple, — on ne peut, il est vrai, citer aucun texte spécial à l'appui, mais cela résultait des principes généraux du droit, — que les enfants n'étaient pas regardés comme *vulgo concepti*; ils n'avaient pas d'agnats, car l'agnation était un lien de parenté purement civil; mais ils avaient des cognats paternels. Enfin, la position de la femme et du mari

¹ *Topiqua Ciceronis*, n° 18.

dans cette union était égale; celle-ci n'avait pas, comme dans le *concubinatus* un rang inférieur : c'est précisément ce dernier caractère qui décidait souvent les Romains eux-mêmes à faire usage de ce mariage; il en était ainsi, par exemple, lorsqu'ils n'avaient pas le *connubium* avec la compagne qu'ils choisissaient, et que cependant, soit par affection véritable, soit pour satisfaire aux instances de celle-ci, ils ne voulaient pas de cette inégalité blessante que produisait le *concubinatus*¹.

IV. — Contubernium.

Le *contubernium* était le mariage — si nous prenons ce mot dans le sens le plus large — qui se formait entre deux personnes esclaves. Le droit civil et même le droit des gens ne le régissaient pas, il était complètement abandonné aux lois naturelles. Il ne produisait par conséquent, en général, aucun effet civil. On finit toutefois par reconnaître la parenté servile : on en fit, en cas d'affranchissement, un empêchement au mariage, tout au moins dans la ligne directe et entre frères et sœurs. Les textes ne furent jamais, il est vrai, bien précis et bien formels sur ce

¹ On ne doit pas s'étonner de ne pas trouver sur cette matière des textes plus nombreux, lorsqu'on se rappelle combien étaient restreints les rapports que les Romains avaient avec les peuples étrangers.

point; la loi 10, § 5 *De gradibus et affinibus* par exemple, parle, il est vrai, de la cognation servile; mais elle ne semble lui reconnaître aucun effet civil. Plus tard l'usage contraire finit par prévaloir; mais ce n'était encore qu'un usage, — *moribus*, dit Pomponius¹, — usage non encore sanctionné par le droit civil; une prohibition que le jurisconsulte Paul fondait sur ce motif : *In contrahendis matrimoniis, naturale jus et pudor inspiciendus est*². Justinien donna à cette coutume la sanction législative dans ses Institutes, la parenté servile devint, même au point de vue civil, un empêchement au mariage aussi bien que la parenté ordinaire³. Du reste, Justinien ne s'arrêta pas là; il alla encore plus loin dans cette voie à la fin de son règne; nous le voyons, dans une de ses Nouvelles, permettre de légitimer sous certaines conditions les enfants nés d'un esclave⁴. L'exception que nous venons de signaler relativement à la parenté servile s'explique facilement par l'horreur, parfois un peu exagérée, que les anciens avaient pour l'inceste, qui était à leurs yeux le plus horrible et le plus monstrueux des crimes. Mais pour le reste, répétons-le, le *contubernium* était complètement

¹ L. 8, *De Ritu nuptiarum*.

² L. 4, § 2, *De Ritu nuptiarum*.

³ *De nuptiis*, § 10.

⁴ Nouvelle LXXXVIII, chap. iv.

abandonné au droit naturel, il ne produisait absolument aucun effet, ni puissance dominicale, ni puissance paternelle, ni dot pour la femme, ni enfin filiation pour les enfants.

Nous en avons fini avec l'exposition des différences qui séparaient à Rome les divers mariages dont nous venons de parler. Ces généralités, quoique un peu en dehors du sujet, s'y rattachent néanmoins trop intimement pour qu'il nous ait été possible de les laisser complètement de côté; elles auront de plus l'avantage de jeter une grande clarté sur la matière principale que nous allons maintenant aborder. Enfin, ce qui peut-être est plus précieux encore, elles nous éviteront de longues répétitions; les développements dans lesquels nous sommes entrés, pour établir les caractères du *concubinatus*, nous dispenseront en effet de nous en occuper davantage; nous n'aurons donc à parler que des justes noces.

Nous diviserons notre travail en trois chapitres. Dans le premier, nous étudierons les principales conditions que la loi avait mises à la validité des justes noces. Dans le second, nous verrons quelle était la forme du mariage romain. Enfin, dans le troisième, nous examinerons quelles étaient les conséquences de la violation des prescriptions légales.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DES JUSTES NOCES.

Les conditions prescrites par la législation romaine pour la validité des justes noces se divisent en deux classes bien distinctes. Les unes sont absolues; leur absence rend le mariage impossible à l'égard de tous. Tels seraient, par exemple, le défaut de puberté, l'existence d'un premier mariage, etc., etc. Les autres sont simplement relatives; si elles ne se trouvent pas réunies, elles n'empêchent le mariage qu'à l'égard de certaines personnes : telle serait la parenté, tel serait également le commandement dans les provinces et quelques autres encore que nous indiquerons plus tard. Nous diviserons donc ce chapitre en deux sections. Dans la première, nous parlerons des conditions absolues; dans la seconde, des conditions relatives.

PREMIÈRE SECTION.

DES CONDITIONS ABSOLUES.

Ces conditions sont fort nombreuses; nous allons les passer en revue dans les six paragraphes suivants.

Nous traiterons successivement : 1° des qualités d'homme libre et de citoyen; 2° des facultés génératrices exigées; 3° de l'existence d'un premier mariage; 4° du consentement du chef de famille, et dans quelques cas de certaines autres personnes; 5° de l'adultère, du délai de viduité, du divorce préalable et de l'engagement dans les ordres sacrés; 6° du consentement des futurs époux eux-mêmes, et de la situation spéciale de l'affranchie quant au mariage.

§ 1. *De la liberté et de la cité.*

1° De la liberté.

Aux yeux du droit romain, non-seulement l'esclave n'était pas susceptible d'être le sujet d'un droit quelconque; mais ce n'était même pas un homme, c'était presque une chose. Il faisait partie des biens de son maître comme une vile bête de somme; ou bien encore, pour parler comme les jurisconsultes, les esclaves étaient dans la société comme des morts: *Servi quod attinet ad jus civile pro nullis habentur*, nous dit Ulpien¹, et ailleurs plus énergiquement encore: *Servitutem mortalitati fere comparamus*². Un véritable mariage civil était donc impossible, soit

¹ *De regulis juris*, L. 52.

² L. 209.

entre les esclaves, soit avec eux ; il ne pouvait y avoir qu'un *contubernium*, union dont nous avons indiqué les caractères et les effets dans nos prolégomènes.

2° Cité.

Le droit romain avait d'abord été fort rigoureux pour les étrangers, qu'il appelait pérégrins (*peregrini*) ; ils ne participaient à aucun des droits civils, ni au *jus honorum*, ni au *jus commercii*, ni au *jus connubii*. Peu à peu cependant cette rigueur excessive s'adoucit avec les mœurs. Le *jus connubii* fut un de ceux qui s'étendit le premier et le plus vite. D'abord accordé aux Latins¹, il ne tarda pas à l'être à certains pérégrins eux-mêmes² ; puis, après la guerre sociale, à tous les habitants de l'Italie sans distinction. Ces concessions se multiplièrent encore sous l'Empire ; les vétérans purent dès lors communiquer le *connubium* à toute femme latine ou pérégrine avec laquelle ils se mariaient la première fois *post missionem*³. Arriva enfin la fameuse constitution de Caracalla qui fit de tous les sujets de l'Empire des citoyens romains, et qui par conséquent leur donna le *jus connubii*, aussi bien que les autres droits. Dès

¹ Gaius, I, § 56.

² Tite Live, XXXVIII, chap. XXXVI.

³ Gaius, *Comment.*, I, § 57.

lors les barbares seuls furent exclus du mariage civil, des justes noces.

La condition relative au droit de cité perdit donc toute son importance. Aussi les jurisconsultes cessent ils de nous en parler. N'oublions pas du reste que les barbares aussi bien que les pérégrins pouvaient avoir recours au mariage du droit des gens, dont nous avons étudié plus haut les règles et les effets.

§ 2. *De la faculté d'engendrer.*

La procréation des enfants étant sinon le but exclusif, tout au moins le but principal du mariage, le droit romain, comme toutes les législations, exigea en première ligne la puberté physique dans l'un et l'autre des contractants. Cette règle est expressément édictée par les Institutes de Justinien¹, qui nous disent que, pour pouvoir contracter mariage, le mari doit être pubère et la femme *viripotens*.

Mais quand un jeune homme était-il pubère, quand une jeune fille était-elle nubile ? Sur ce point, comme sur un grand nombre d'autres, la législation varia beaucoup aux différentes époques.

Sous les premiers rois de Rome, l'âge de dix-sept ans paraît avoir été fixé pour tous les hommes, sans

¹ *Princ. de Nuptiis.*

distinction. La division des classes établie par Servius Tullius fournit à cette conjecture un argument assez spécieux. On ne sortait en effet de la classe des *pueri* pour entrer dans celle des *juniores* qu'à l'âge de dix-sept ans; c'est à cet âge seulement que l'on participait à la vie publique; il est donc fort probable que c'est aussi seulement à cet âge que l'on commençait à avoir l'exercice des droits civils, et particulièrement du plus important d'entre eux, du *connubium*¹. Plus tard cette loi tomba en désuétude; préciser à quelle époque serait chose fort difficile, car tout n'est malheureusement qu'obscurité dans ces temps primitifs.

Ce qui est certain, c'est qu'à l'époque de Cicéron, une autre pratique était en usage. La loi ne fixait plus un âge unique pour tous, soit pour les garçons, soit pour les filles². Les parents étaient chargés de ce soin; à eux incombait la mission de déterminer, par l'inspection du corps de leurs enfants, à quelle époque ils avaient atteint la puberté physique. Cet examen domestique fut d'abord fait aussi bien pour les filles que pour les garçons. Plus tard, l'on comprit les inconvénients que pouvaient présenter ces constations,

¹ V. l'*Histoire romaine* de Rollin, t. I^{er}, p. 170 et suiv.

² L'histoire ne nous dit pas si, à l'époque des rois, un âge unique existait pour les filles comme pour les garçons.

du moins, à l'égard des premières ; on supprima tout examen matériel¹, et l'on fixa pour elles un âge uniforme, celui de douze ans. Enfin, au début de l'Empire, quelques jurisconsultes, surtout les Proculiens, commencèrent à critiquer ces pratiques, même lorsqu'on ne les appliquait qu'aux jeunes gens. La corruption des mœurs était déjà si grande que l'on cherchait avec raison à lui enlever tout prétexte et tout aliment ; et d'ailleurs, ajoutait-on, n'était-ce pas éveiller trop tôt ces jeunes imaginations, et exciter par là des passions dont on ne pourrait bientôt plus refréner l'ardeur ? Quoi qu'il en soit de ces discussions, il est certain qu'à l'époque de Justinien, on en était revenu en principe aux anciens errements : l'âge de la puberté était uniforme aussi bien pour les jeunes gens que pour les filles ; seulement, il était reculé de trois années : au lieu de dix sept ans, comme sous les premiers rois, il était fixé à quatorze ans accomplis².

Le défaut de puberté formait à Rome un obstacle au mariage ; c'est là un point qui ne fut jamais douteux, quelque multipliées qu'aient été les vicissitudes de la législation relativement à la fixation de l'âge. Mais il n'en était pas de même des autres causes qui pouvaient faire disparaître les facultés génératrices.

¹ Inst. *Princip. Quibus modis tutela finitur.*

² *Ibidem,* *idem.*

Chacune d'elles a donné naissance à de nombreuses difficultés et à de plus nombreuses controverses. Examinons-les. Et d'abord que décidait-on pour la vieillesse ?

A l'époque de Justinien, elle ne formait pas, cela est certain, un empêchement au mariage. La loi 27 au Code *de Nuptiis* le décide formellement : *Sanctimus*, écrit Justinien à Jean, préfet du prétoire (552 après J. C.) *nuptias quæ inter masculos et feminas maiores vel minores, sexagenariis vel quinquagenariis.... volentes contrahere, ex nullo modo, vel ex nulla parte tales nuptias impediri*. Mais en fut-il toujours de même ? cette prohibition existait-elle dans la législation antérieure ? Les interprètes ne sont pas d'accord sur ce point.

Pour notre compte, nous ne nous arrêterons pas à discuter longuement cette question ; disons seulement que nous partageons l'opinion de Cujas¹ et de Jacques Godefroid dans son savant ouvrage sur les lois caducaires ; avec ces éminents interprètes, l'existence de cette prohibition nous semble certaine, sinon au siècle d'Auguste, du moins à une époque quelconque de la législation. Plusieurs textes nous paraissent en effet péremptoires en faveur de ce système.

¹ *Commentaire in tit. IV, De nuptiis, l. V, Code.*

C'est d'abord et surtout la loi 27 au Code *De Nuptiis*. Dans un passage, que nous avons à dessein laissé de côté plus haut pour le citer actuellement, cette loi porte : *Sancimus nuptiis, quæ inter masculos et feminas majores vel minores, sexagenariis vel quinquagenariis, LEGE JULIA VEL PAPIA PROHIBITÆ SUNT, etc.....* Impossible de dire d'une façon plus formelle que ces unions étaient défendues par la législation antérieure. Cette idée est encore confirmée par une autre constitution de Justinien, la loi 12 au Code *De legitimis hæredibus*. Les avocats de Césarée demandaient à l'empereur si le fils d'une femme qui était accouchée après l'âge de cinquante ans, pouvait succéder à son père, comme l'enfant légitime. Celui-ci répond que, quelque anormal que soit un accouchement à un âge aussi avancé, l'enfant aura droit à la succession de son père, car, dit-il, il importe que tous les enfants aient des droits égaux, nonobstant la diversité d'origine; et l'on doit surtout donner une décision semblable, ajoute-t-il, depuis que, par l'une de nos constitutions précédentes, — celle dont nous venons de parler à l'instant même, — nous avons permis ces sortes de mariages, *HUJUSMODI NUPTIAS PERMISIMUS*, auparavant défendus. — Enfin nous trouvons la preuve de cette incapacité légale dont la loi frappait les vieillards de cinquante ou soixante ans, jusque dans les philo-

sophes et les critiques eux-mêmes. Sénèque s'étonne que de son temps les poètes n'attribuent plus d'enfants à Jupiter et il demande ironiquement si ce dieu : *sexagenarius factus est, et illi Lex Papia fibulam imposuit*. Impossible d'indiquer plus clairement la prohibition de la loi *Papia Poppea*.

Tout se réunit donc pour démontrer qu'elle disposa en effet dans ce sens. Mais quelle était la sanction de cette prohibition ? Était-ce, comme le prétendent quelques interprètes, seulement certaines incapacités pécuniaires ? n'était-ce pas, au contraire, comme le veulent plusieurs autres, la nullité du mariage ? C'est là une question vivement controversée et fort intéressante. Mais elle ne serait pas ici à sa place ; nous devons en renvoyer l'examen au moment où nous étudierons les conséquences de la violation des conditions prescrites par la loi, c'est-à-dire à notre troisième chapitre.

Disons maintenant, pour terminer ce paragraphe, quelques mots de l'impuissance. L'impuissance peut être de plusieurs sortes. On distingue d'abord l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle. Cette première distinction n'avait certainement pas échappé aux jurisconsultes romains, mais elle ne paraît pas avoir été appliquée dans la matière qui nous occupe. Puis vient une seconde division ; d'un côté, l'im-

puissance manifestée par des signes extérieurs; celle qui résulte de l'absence, soit naturelle, soit accidentelle, des organes; de l'autre, l'impuissance non apparente, souvent appelée, en médecine légale, *frigidity naturelle*. Le droit romain avait, au contraire, des termes différents pour qualifier les individus qui étaient affectés de l'une ou de l'autre de ces infirmités. Le premier était appelé *castratus*, et quelquefois *θλιείας*, ou *θλαδίας*, ou *θλασίας*; le second *spado*¹. Les mêmes règles ne leur étaient pas non plus applicables. Le mariage paraît avoir toujours été interdit au *castratus*; un double motif justifiait cette prohibition absolue : son impuissance était perpétuelle; la preuve en était facile, et pour ainsi dire palpable². Le droit du Bas-Empire s'arma de rigueurs excessives contre ceux qui violaient ces défenses. Une Novelle de Léon le Philosophe prononce la peine infligée au *stuprum* contre les eunuques, c'est-à-dire contre les castrats qui auraient contracté mariage, et la dégradation, ou, en d'autres termes, l'interdiction des fonctions sacerdotales contre les prêtres qui auraient profané le sacrifice en bénissant leur union, *sacerdos qui istiusmodi conjunctionem, profanato sacrificio*,

¹ V. notamment la loi 6, Princip. et § 1, au Digeste, *De liberis et postumis*, et la loi 128 *De verborum significatione*.

² V. la loi 39, § 1, *De jure dotium*.

*perficere ausus fuerit, sacerdotali dignitate denudetur*¹.

Il en était tout autrement du *spado* : son impuissance était temporaire, elle pouvait disparaître d'un instant à l'autre ; enfin, la preuve en était, sinon impossible, tout au moins fort difficile. Aussi le mariage ne lui était pas interdit. Plusieurs textes le prouvent : c'est d'abord la loi 39, § 1 *De jure dotium*, que nous avons déjà citée ; puis la loi 14, § 1 au Digeste *De munimissis vindicta*, qui permet au *spado* d'affranchir son esclave pour l'épouser². On pourrait encore en signaler plusieurs autres ; mais les citations que nous avons faites suffisent pour indiquer quels étaient sur ce point les principes de la législation romaine. La distinction entre les deux espèces d'impuissance s'y trouve aussi nettement précisée que possible. Inutile donc d'insister davantage. Disons seulement que nous chercherons à établir plus tard que cette distinction doit être reproduite dans le droit français actuel.

§ 3. *Non-existence d'un premier mariage.*

La quatrième condition exigée par le droit romain pour que l'on pût valablement contracter de justes

¹ Nouvelle XCVIII.

² Ce fragment de Marcien refuse expressément cette faculté au *castratus*. De tous les textes que nous connaissons, c'est celui qui oppose le plus nettement le *spado* au *castratus*.

noces, était la non-existence d'un premier mariage. La polygamie paraît avoir été toujours défendue à Rome, même dans les temps les plus reculés; il en était du moins ainsi dès l'époque où remontent les plus anciens monuments de législation qui nous soient parvenus. Ce que rapporte Suétone dans la *Vie de César* (chap. LII) le prouve d'une façon indubitable; il prétend en effet que J. César préparait, au moment de sa mort, une constitution en vertu de laquelle tous les citoyens auraient pu prendre plusieurs femmes. Ce projet, en admettant qu'il ait existé dans l'esprit du vainqueur des Gaules, démontre bien que depuis longtemps déjà la monogamie était seule permise. Si, en effet, il en eût été autrement, César n'aurait pas songé à promulguer une loi nouvelle pour autoriser la polygamie. Enfin, tous les textes du Digeste et du Code sont, à notre connaissance, unanimes sur ce point; la question n'est même controversée nulle part, tant elle est hors de discussion. Gaius n'en parle qu'incidemment¹. Une constitution de Dioclétien et de Maximien, que nous trouvons au Code², ne fait guère que renouveler, d'une façon plus claire et plus formelle, les prohibitions précédentes. *NEMINEM qui sub ditione*

¹ V. *Comm*, I, § 63.

² *De incestis et inutilibus nuptiis*, constit. 2.

sit romani nominis, BINAS UXORES HABERE, VULGO PATET. Enfin, les Institutes de Justinien, comme celles de Gaius, n'en disent qu'un mot en passant : elles rappellent seulement la règle aux paragraphes 6 et 7 du titre *De nuptiis*, comme pour montrer qu'il s'agissait de l'un de ces principes dont l'évidence est si grande qu'ils n'ont besoin que d'être énoncés.

La même règle existait du reste, nous le savons, pour le *concubinatus* : il n'était pas plus permis d'avoir en même temps deux concubines que deux épouses¹.

Quant aux peines infligées par les lois romaines à la bigamie, la constitution de Dioclétien et de Maximien, que nous avons citée tout à l'heure, rappelait l'infamie dont étaient frappés les coupables en vertu de l'édit du préteur, et ajoutait que le juge ne la laisserait pas impunie. Ajoutons que l'infamie n'atteignait pas seulement les contrevenants eux-mêmes, mais aussi le chef de famille qui avait consenti ou même qui ne s'était pas opposé au second mariage du fils soumis à sa puissance². Plus tard, cette pénalité ne parut pas une sanction suffisante. La tendance de la législation du Bas-Empire était de multiplier les peines afflictives et surtout la peine capitale. Fidèle

¹ V. ci-dessus, page 9.

² L. 13 au Digeste *De his qui notantur infamia*, §§ 1, 2 et 3.

à ces traditions, Justinien confirme au Code une constitution (259 après J. C.) des empereurs Valérius, Gallienus et Valérianus qui avait frappé du dernier supplice ceux qui *facto cœlibatu*, c'est-à-dire de mauvaise foi, auraient contracté un second mariage¹.

Ainsi, sous tous les gouvernements et à toutes les époques², la bigamie a été sévèrement défendue et sévèrement punie à Rome. Mais ces prohibitions existaient-elles, lorsqu'il y avait incertitude sur la vie de l'un des époux? les peines que nous venons d'énumérer, étaient-elles encourues, lorsqu'un second mariage était contracté dans cette hypothèse? Le droit romain ne connut pas la théorie de l'absence telle qu'elle est organisée aujourd'hui dans le Code Napoléon; c'est dans notre législation moderne un système tout nouveau, qui n'a pas de précédents. Mais les jurisconsultes prévoyaient deux espèces, dans lesquelles nous verrions aujourd'hui deux cas d'absence: 1° disparition des militaires au cours d'une expédition; 2° captivité du mari chez l'ennemi. Examinons leurs décisions.

¹ L. 18 au Code *Ad legem Juliam de adulteriis*.

² Toutefois quelques auteurs attribuent à Valentinien le Jeune une constitution qui aurait permis d'épouser deux femmes. Pothier dit que cette loi *nec viguit, nec in nullo codice inserta legitur*.

1^o Disparition des militaires au cours d'une expédition.

Une constitution de Constantin (357)¹ avait défendu aux femmes des militaires disparus de convoler à de secondes noces avant l'expiration de quatre années depuis la disparition de leur mari. A cette époque, elles pouvaient valablement se remarier, pourvu qu'elles fussent de bonne foi, et que leur mariage fût célébré publiquement. Justinien se montra plus sévère : il abrogea la constitution de Constantin. Quelque long que soit le temps écoulé depuis le départ de leur mari, les femmes des militaires disparus ne peuvent contracter un second mariage, à moins que le décès de ceux-ci ne fût authentiquement constaté. Les moyens de preuve étaient même limitativement indiqués.

Il fallait que les officiers attestassent par serment la mort du soldat. Les exigences de la Novelle allaient plus loin. Justinien ne voulait même pas que la femme pût se marier, dès qu'elle était munie de cette attestation ; elle devait encore attendre une année tout entière. Enfin il prononçait les peines de l'adultère contre toutes celles qui en transgresseraient les prescriptions². Montesquieu critique fort vivement

¹ L. 7 au Code *De repudiis et judicio de moribus sublato*.

² V. Novelle CXVII, chap. II.

dans l'*Esprit des lois*¹, les innovations de Justinien. « Justinien, dit-il, avait en vue l'indissolubilité du mariage, mais l'on peut dire QU'IL L'AVAIT TROP EN VUE. » Et plus loin il ajoute : « Il demandait une preuve positive, lorsqu'une preuve négative suffisait; il exigeait une chose très-difficile, de rendre compte de la destinée d'un homme éloigné et exposé à tant d'accidents. » Les critiques de Montesquieu ne sont pas, selon nous, justifiées, ou tout au moins elles nous paraissent singulièrement exagérées. Si en effet l'indissolubilité du mariage est une chose bonne, une chose désirable; si elle doit être non-seulement l'idéal, mais même la base du mariage chez les peuples civilisés, — et Montesquieu le reconnaît lui-même dans plusieurs passages; — le législateur, ce nous semble, ne saurait jamais l'avoir trop en vue; l'on ne peut donc qu'approuver les mesures qu'il croit devoir prendre pour assurer l'application aussi rigoureuse que possible de ce grand et tutélaire principe! Quant au mode de preuve adopté par la Nouvelle, nous comprenons qu'on le désapprouve; on aurait pu, nous le reconnaissons, se montrer moins sévère; mais ces réserves n'empêchent pas la règle qui défend à l'époux présent de se remarier avant que la mort de son conjoint soit certaine, d'être fort sage et

¹ V. *Esprit des Lois*, liv. XXVI, chap. ix.

fort équitable. Les rédacteurs du Code Napoléon l'ont bien compris; ils ne l'ont pas, il est vrai, reproduite d'une façon expresse; mais elle résulte si clairement de l'ensemble des dispositions du titre de l'absence que son admission par notre législateur ne souffre plus aujourd'hui aucun doute. Et, ne craignons pas de le dire, c'est avec grande raison; car on ne saurait, selon nous, se montrer trop exigeant ni trop sévère, lorsqu'il s'agit de faire respecter les devoirs conjugaux, la foi jurée par-devant le représentant de la société.

2° Captivité de l'un des époux chez l'ennemi.

Le droit romain eut d'abord sur ce point des règles tout à fait spéciales. Les conséquences ordinaires du *postliminium* ne se produisaient pas en matière de justes noces : les effets du mariage n'étaient pas seulement suspendus, le mariage lui-même était rompu, et sa dissolution était irrévocable. Les jurisconsultes nous le disent expressément en plusieurs passages. Paul surtout est formel en ce sens : il place la captivité à côté de la mort et du divorce parmi les causes de dissolution du mariage¹. Il en résultait que la femme pouvait valablement contracter un second mariage, lorsque son mari était tombé en captivité

¹ L. 1, *De divortiis et repudiis*. Digeste. — V. également la loi 8 *De captivis*. Paul. Digeste.

chez l'ennemi. Mais, sur ce point comme sur tant d'autres, Justinien modifia la législation; en vertu d'une décision de ce prince, le convol en secondes noces était défendu à la femme, tant que l'existence du mari était certaine, sous peine pour elle d'être condamnée comme adultère; la prohibition cessait, au contraire, dès qu'il y avait doute sérieux sur la vie du captif¹. Plus tard, une Novelle de Léon le Philosophe défendit le mariage à la femme, même dans cette dernière hypothèse; l'empêchement devint général, comme dans le cas de disparition; le convol ne fut plus permis que lorsque la mort du captif était dûment prouvée, d'après le mode de preuve organisé par Justinien².

§ 4. *Du consentement du père de famille, et quel puefois de certaines autres personnes.*

La constitution de la famille, à Rome, était, nous l'avons déjà vu, essentiellement despotique, et même, il est permis d'ajouter, essentiellement égoïste. La puissance paternelle était organisée, non pas comme chez nous dans l'intérêt des enfants, mais dans l'intérêt presque exclusif du *paterfamilias*. Il en était de même, quoi qu'en ait pu dire Théophile dans sa Para-

¹ Novelle XXII, chap. VII.

² Novelle XXXIII.

phrase, d'un de ses attributs principaux, du droit de consentir au mariage. A l'époque de Justinien, on peut, il est vrai, jusqu'à un certain point, prétendre que ce droit découlait du principe qui veut *que ceux qui ont élevé les enfants, c'est-à-dire les parents, jouissent de l'honneur de consentir à leur mariage* — traduction de Théophile; — mais ce qui est certain, c'est que les législateurs des époques précédentes n'avaient pas été guidés par ces considérations. La nécessité du consentement s'appuyait sur un motif plus positif. Le mariage devait faire entrer de nouveaux membres dans la famille; car les enfants nés du fils tombaient sous la puissance du *paterfamilias*. Rien de plus naturel qu'il ne pût être contracté sans l'assentiment de celui qui allait être le chef et le maître de ces nouveaux membres. D'ailleurs, qu'on ne l'oublie pas, si pour les enfants la puissance paternelle avait ses sévérités et ses rigueurs, si elle donnait au père de famille des droits exorbitants sur leur personne, elle avait aussi pour eux ses avantages et ses privilèges : ils étaient héritiers siens — *hæredes sui*, — c'est-à-dire jusqu'à un certain point copropriétaires avec le *paterfamilias* des biens que celui-ci possédait; or, il était de principe que *nemini invito suus hæres adgnoscur*; on ne peut jamais, malgré soi, avoir d'héritiers siens¹.

¹ V. le § 7 *De adoptionibus*. Instituts de Justinien.

Tous ces principes réunis avaient fait établir la nécessité du consentement du père de famille ; mais le droit romain avait laissé de côté, ou tout au moins avait complètement relégué à l'arrière-plan les considérations d'équité et de morale qui ont guidé les rédacteurs du Code Napoléon. Ce qui, notons-le en passant, prouve à quelle distance nous sommes, grâce aux principes chrétiens, dont nos lois sont empreintes, de la plus sage et de la plus parfaite des législations anciennes ! Mais laissons ces considérations générales, et revenons aux questions pratiques. Et d'abord quelles sont les personnes dont le consentement est nécessaire ? celui du *paterfamilias* suffira-t-il toujours ? celui du fils ne devra-t-il pas être requis, lorsqu'il s'agira du mariage de l'un de ses enfants ? La réponse à ces questions ne saurait être absolue. Il faut distinguer entre les filles et les fils. Pour les premières, aucune controverse n'est possible, la question n'est pas douteuse ; car les textes sont formels et tous d'accord entre eux ; le consentement de l'aïeul suffit¹. Il n'en est malheureusement pas de même pour les seconds. Nous sommes en présence de deux textes complètement contradictoires. D'un côté la loi 16, § 1, que nous avons déjà citée ; elle nous dit

¹ L. 16, § 1, *De Ritu nuptiarum*.

formellement, dans sa première partie : *Nepote uxorem ducente*, ET FILIUS CONSENTIRE DEBET. De l'autre, la loi 3 *De ritu nuptiarum*, qui n'est ni moins claire ni moins expresse; elle est, en effet, conçue en ces termes : *Si nepotem ex filio, et nepotem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos, ME SOLO AUCTORE, contrahi posse Pomponius scribit; ET VERUM EST*. Impossible, on le voit, d'imaginer deux solutions plus contraires. Un grand nombre d'interprètes ont cependant essayé de les concilier. Accurse¹ prétend que la loi 3 fait allusion au cas où le fils serait mort ou furieux; plusieurs autres textes disent en effet expressément que dans cette double hypothèse le consentement de l'aïeul suffit; cette explication est ingénieuse, mais elle n'est qu'ingénieuse; c'est une allégation purement divinatoire, une affirmation qui ne s'appuie sur aucune preuve; car Paul, dans la loi 3, ne s'occupe en aucune façon de la mort ou de la folie; à notre sens, elle ne doit donc pas être admise. Cujas propose une autre interprétation. Suivant lui, la loi 3 aurait fait à dessein une exception au principe posé par la loi 6; cette exception aurait été admise dans l'espèce prévue par notre texte, c'est-à-dire pour les mariages entre cousins germains,

¹ V. *Glossa magna ad hanc legem*.

parce qu'on ne pouvait alors raisonnablement supposer que le fils s'opposerait à un mariage contracté avec une femme qui faisait déjà partie de sa famille. Ce système nous paraît de beaucoup préférable au précédent; il a, en effet, sa base dans le texte de la loi 3 elle-même; mais, nous ne croyons pas cependant qu'il doive être adopté. Nous pensons qu'ici, comme dans beaucoup d'autres passages du Digeste, il faut reconnaître qu'il existe entre nos deux textes une antinomie presque insoluble. Mais d'où vient cette antinomie? On ne saurait le dire d'une façon positive. La seule cause, peut-être, est une erreur de copiste, par suite de la précipitation fâcheuse avec laquelle fut composé le Digeste; — il fut terminé, on le sait, dans l'espace de trois ans; — un des passages de Paul aura sans doute été mal copié. Ou bien encore, ce qui n'aurait rien de bien extraordinaire, — les auteurs modernes les plus autorisés nous en donnent tous les jours l'exemple, — Paul a changé d'opinion sur ce point¹. Mais, quoi qu'il en soit de cette controverse sur laquelle nous ne formulons que des hypothèses, répétons que, selon nous, nous som-

¹ Ce qui rendrait cette conjecture assez probable, c'est que les deux passages de Paul sont tirés d'ouvrages différents. La loi 16, § 1^{er}, est tirée du *Commentaire* sur l'édit perpétuel; la loi 5, du *Commentaire* sur Sabinus.

mes en présence d'une antinomie tellement flagrante, que les interprètes les plus habiles parviendront bien difficilement à concilier ces textes contradictoires.

Avant Justinien, l'adoption produisait les effets les plus radicaux. L'adopté sortait complètement de sa famille naturelle ; il perdait tous les droits, tous les privilèges dont il y était investi. Il entraît dans la famille de l'adoptant, tombait sous sa puissance, et devenait son héritier sien et nécessaire. Il en résultait que le père naturel n'avait plus à s'occuper du mariage de son fils ; il n'était même pas consulté ; c'était au père adoptif seul qu'il appartenait de donner son consentement. Mais Justinien modifia sur ce point la législation romaine dans une de ces constitutions. (V. la loi 10 au Code, *De adoptionibus*.) Il décida, ainsi qu'il le rappelle aux Institutes¹, que l'adopté ne tomberait sous la puissance de l'adoptant que lorsque celui-ci ne serait pas un *extraneus*, mais un aïeul ou un ascendant. Dans tous les autres cas, l'adopté restait dans la famille de son père naturel, et c'était à lui seul, par conséquent, de donner son assentiment au mariage. Si, au contraire, l'adoptant était un ascendant, l'exercice de la puissance paternelle

¹ § 2. *De adoptionibus*.

et avec elle le droit de consentir au mariage, passait tout entier entre ses mains. — Nous venons d'énumérer les personnes dont le consentement était nécessaire : c'était en somme le père de famille naturel ou adoptif, et quelquefois le fils de famille lui-même, lorsqu'il s'agissait du mariage de l'un des représentants masculins de la deuxième génération. Mais ce consentement était-il toujours indispensable? ne pouvait-il jamais être suppléé? Nous allons maintenant l'examiner. — Il pouvait l'être dans trois cas : 1° Lorsque le *paterfamilias* est furieux ; 2° lorsqu'il était absent ; 3° lorsqu'il était en captivité chez l'ennemi.

1° *Le père de famille est furieux.* La folie du père n'était pas un mode de dissolution de la puissance paternelle.

La loi 8 au Digeste *De his qui sui vel alieni juris sunt* nous le dit expressément : PATRE FURIOSO LIBERI NIHILOMINUS IN PATRIS SUI POTESTATE SUNT. Et plus loin : *Non solum eos liberos in potestate habebit, quos ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt.* Mais le consentement du père sera-t-il alors indispensable? la triste infirmité dont celui-ci était affligé allait-elle le condamner à un célibat perpétuel et forcé? Théophile, dans sa Paraphrase (I, 10), nous dit qu'à son époque la question était encore douteuse; et

« qu'il y avait sur ce point de vives controverses entre les jurisconsultes, mais que l'empereur Justinien avait publié une constitution qui avait mis fin à leurs doutes ». Nous trouvons cette constitution au Code dans la loi 28 *De episcopali audientia*, etc., etc. La loi 25 au Code *De nuptiis* la rapporte également. Les enfants du furieux et du dément — *tam dementis quam furiosi liberi*, — pourront désormais, y lisons-nous, se marier sans le consentement de leur père; il leur suffira de soumettre le choix qu'ils se proposeront de faire, ainsi que le règlement de la dot, à l'approbation du préfet de la ville à Constantinople, du président ou des évêques dans les provinces; le tout en présence du curateur, des plus notables parents de l'insensé et de celui-ci, *præsentibus tam curatoribus dementis vel furiosi quam his qui ex genere eorum nobiliores sunt*. Ne l'oublions pas, du reste, le commencement de la loi 25 *De nuptiis* en est la preuve, l'innovation de Justinien ne fut pas aussi considérable que le ferait croire au premier abord la Paraphrase de Théophile. Depuis longtemps Marc-Aurèle avait permis au fils aussi bien qu'à la fille du *mente captus* de se marier sans avoir obtenu le consentement de son père. Plus tard les jurisconsultes étendirent cette décision à la fille du *furiosus* lui-même. Le doute ne subsistait donc plus, lorsque parut la constitution de Justinien, que pour les en-

fants mâles de ce dernier¹, elle fit seulement cesser, nous l'avons vu, toutes les controverses.

2° *Captivité ou absence du père*. Nous réunissons ces deux cas sous un même paragraphe, parce qu'une solution identique leur est applicable. La loi 12, § 3, s'occupe de la première hypothèse; la loi 10 *De ritu nuptiarum* de la seconde, et l'une et l'autre elles décident que le fils de famille pourra alors contracter mariage sans le consentement du père. Il est vrai que d'autres textes, et notamment la loi 9 *De ritu nuptiarum*, et la loi 10 elle-même veulent qu'avant de se marier le fils attende pendant trois ans au moins le retour du père. Mais cette condition est loin d'être aussi absolue qu'elle le paraît au premier abord; il semble certain, au contraire, que si un mariage a été contracté avant l'expiration de ce délai, il ne sera pas nécessairement nul; pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que le père eût formellement refusé d'agréer l'épouse choisie par son fils.

3° *Refus non motivé du père de famille*. La puissance paternelle était trop absolue, trop sévèrement organisée dans le vieux droit romain, pour que la loi eût songé à poser des limites à un de ses attributs les plus

¹ Théophile nous dit en effet expressément : « Τὸ γὰρ τῆς θυγατέρος ἀναμφίβολον ἦν. » V. également Institutes. Princip. *De nuptiis*.

précieux, le droit de consentir au mariage. Mais plus tard lorsque s'adoucit la rigueur des principes, lorsque les idées philosophiques pénétrant dans la législation eurent peu à peu transformé la *patria potestas*, le père de famille dut motiver l'empêchement qu'il mettait au mariage de son fils. Si le motif de l'opposition n'était pas sérieux, le consentement du père pouvait être suppléé par l'autorisation du magistrat; ou, pour être plus exact, le préteur avait le droit de forcer le père de famille à consentir. Cette théorie nouvelle fut introduite pour la loi *Julia de maritandis ordinibus* (Chap. xxxv). Une constitution de Septime Sévère alla même encore plus loin dans cette voie; non-seulement elle défendait au père de jamais s'opposer injustement, — *injuria*, — au mariage de ses enfants, mais elle l'obligeait à constituer une dot tout au moins à ses filles¹. — Quant à la forme que devait avoir le consentement du père de famille, nous ne trouvons dans les lois romaines aucune exigence, aucune prescription spéciale. Le simple silence gardé par lui alors qu'il connaissait le mariage était suffisant. Qu'il ne réclamât pas (*non contradixit*), c'était assez, nous dit expressément la loi 5 au Code *De nuptiis*. Selon

¹ V. loi 19, *De ritu nuptiarum*.

² V. Institutes. Princip. *De nuptiis*. L. 15, § 6, *Ad legem Juliam de adulteriis coercendis*.

nous¹, du reste, bien que la question ait été controversée par Heineccius, le consentement, quelle qu'en fût la forme, devait toujours précéder le mariage, et l'autorisation ne devait pas être générale, mais spéciale et déterminée.

La nécessité du consentement paternel n'avait été admise dans le vieux droit romain, nous l'avons prouvé plus haut, que dans l'intérêt du père de famille. Si ce que nous avons dit précédemment ne l'avait pas encore suffisamment démontré, on en trouverait une preuve nouvelle dans ce fait indubitable que les fils émancipés, quelque jeunes et quelque peu expérimentés qu'ils fussent, n'avaient jamais besoin de ce consentement¹. Il en fut longtemps de même pour les filles lorsque disparut la tutelle perpétuelle à laquelle elles étaient primitivement soumises. Une constitution de Septime Sèvre et d'Antonin vint heureusement modifier cet état de choses. Elle leur donna une protection qui, à cause de la faiblesse de leur sexe et de leur jeune âge², leur était encore plus indispensable qu'aux enfants mâles. Elle demanda pour le mariage de la fille *sui juris* le consentement de son tuteur, de sa mère, et

¹ V. la loi 25, *De ritu nuptiarum*. Digeste. « *Filius emancipatus, etiam SINE CONSENSU PATRIS, ducere potest uxorem et susceptus filius ei hæres erit.* »

² On se rappelle qu'elles étaient pubères deux ans plus tôt que les fils, c'est-à-dire à douze ans au lieu de quatorze.

de ses plus proches parents ; dans le cas où ceux-ci n'auraient pu se mettre d'accord, la décision appartenait au président de la Province¹. Plus tard une constitution d'Honorius et de Théodose exigea l'obtention de l'autorisation paternelle, et, en cas de mort du père, le consentement de la mère et des proches. Enfin, si le père et la mère étaient tous les deux décédés, Honorius et Théodose voulaient que lorsque la jeune fille refusait de se prononcer devant ses parents, le choix fût fait par le magistrat². Des dispositions analogues furent appliquées aux veuves mineures de 25 ans. Les empereurs Valentinien, Valens et Gratien (371), s'occupèrent d'abord exclusivement de celles des principaux personnages de l'État, dans le but, dit Jacques Godefroy, d'éviter de honteuses mésalliances³. — Mais plus tard Justinien généralisa cette constitution, et étendit à toutes les veuves de 25 ans, quelle que fût leur condition⁴, les règles prescrites.

Mais qu'arrivait-il si le consentement des personnes dont nous venons de parler n'avait pas été obtenu ? quelles étaient les conséquences de la violation de la

¹ V. la loi 1 au Code *De nuptiis*.

² L. 20, *De nuptiis*, au Code.

³ V. le code Théodosien, loi 1, *De nuptiis*.

⁴ V. la loi 8 au Code *De nuptiis*.

loi? le mariage était-il absolument nul? Ce sont là des questions dont nous n'avons pas à nous occuper pour le moment; nous les examinerons plus tard, avec le soin et l'attention qu'elles méritent, dans notre troisième chapitre¹.

§ 5. *De l'adultère, du délai de viduité, du divorce préalable, et de l'engagement dans les ordres sacrés.*

Nous réunissons ces quatre conditions ou, si l'on aime mieux, ces quatre empêchements au mariage sous un même paragraphe, parce que, moins importantes que celles dont nous avons parlé jusqu'ici, elles exigent de moins longs développements.

1^o Adultère.

La législation romaine, comme la nôtre², avait exclusivement prévu et puni l'adultère de la femme; c'est donc de cet adultère-là seulement que nous allons avoir à dire quelques mots. Il fallait distinguer à cet égard plusieurs hypothèses.

1^o La femme a été répudiée par son mari, mais elle n'est encore accusée par personne.

Pas de difficulté dans ce cas. Paul nous dit expressément qu'aucun empêchement n'existe alors à un nouveau mariage³.

¹ V. pages 105 à 107.

² V. articles 337 et 338 du Code pénal.

³ V. la loi 40, Princ. *Ad legem Juliam de adulteriis*, au Digeste

2° Le mari ou toute autre personne a accusé la femme ; le procès est commencé, mais le jugement n'est pas encore prononcé.

La règle n'est ni moins certaine ni moins absolue ; la loi 26 au Digeste *De ritu nuptiarum* est tout aussi formelle que la loi 40 *Ad legem Juliam*. La femme ne peut se remarier avant le décès de son premier mari, parce que, nous dit Cujas¹, si la condamnation n'intervient pas, il peut arriver que le mari consente à reprendre sa femme : *quia fieri potest, non secuta damnatione, ut maritus eam reducat*².

3° Enfin, troisième et dernière hypothèse : le procès a eu son cours ; le jugement est prononcé. — Il faut alors faire une sous-distinction : ou la femme a été condamnée, l'empêchement au mariage existe ; nul désormais ne pourra l'épouser sans encourir les peines du *lenocinium*³. Bien plus, celui qui l'aurait prise pour femme, depuis le divorce, mais avant le jugement, devra la répudier aussitôt⁴ ; ou, au contraire, elle a été absoute ; elle conserve dans ce cas la capacité de s'unir, soit avec son premier mari, soit avec toute autre personne, sans que les poursuites dont elle a été

¹ *Comment.*, liv. V, *Responsa Modestini*.

² Arg. d'anag. de la loi 34, *De ritu nuptiarum*.

³ V. la loi 9 au Code *Ad legem Juliam de adulteriis et stupro*. — Const. d'Alexandre.

⁴ L. 29, § 1.

l'objet diminuent en quoi que ce soit sa liberté à cet égard¹.

2° Délai de viduité.

Cet empêchement concernait encore exclusivement la femme. Si l'on en croit Plutarque, il aurait été établi par le second roi de Rome, par Numa Pompilius. Le témoignage de cet auteur² n'a pas, il est vrai, une valeur bien grande; il lui arrive trop souvent d'avancer des faits un peu à la légère; néanmoins, il n'en est pas moins incontestable que la prohibition dont nous nous occupons est fort ancienne; les jurisconsultes de toutes les époques en font mention et entrent à son égard dans les plus grands détails. Mais elle ne fut pas toujours aussi absolue : sous l'Empire, Paul nous dit qu'on obtenait facilement des dispenses; il se sert même d'expressions fort significatives, qui prouvent combien étaient grandes les facilités accordées sur ce point par le gouvernement. *Solet a principe impetrari*, dit-il. Plus tard on devint plus sévère; les dispenses ne sont plus données que pour des causes fort graves. Une seule exception fut admise, c'était dans l'hypothèse

¹ Il en était de même en cas d'*abolitio* (L. 34, *De ritu nuptiarum*, Digeste). — Cujas définit l'*abolitio* : *Venia omittendæ accusationis temere institutæ*.

² *Vie de Numa*, chap. xv.

où la femme venait à accoucher avant l'expiration du délai légal, il lui était dès lors permis de se marier — *statim*, — quelque court que fût le laps de temps écoulé depuis la mort de son mari. Ulpien, adoptant l'opinion de Pomponius, le décide formellement dans son Commentaire sur l'édit du préteur. Enfin Justinien sanctionne la décision d'Ulpien en la faisant insérer dans le Digeste¹.

Le délai pendant lequel le convol en secondes noces était défendu avait toujours été jusqu'au règne de Gratien de dix mois seulement, comme il est encore aujourd'hui. Cet empereur le porta à douze mois par une constitution qui a été insérée au Code². Quant au motif qui a fait établir notre empêchement, il est trop connu pour que nous ayons besoin d'insister ; c'est, nous disent tous les jurisconsultes, en vue d'éviter la confusion de part : *propter turbationem sanguinis ; propter generationis — aut seminis — incertitudinem*³.

3° Divorce préalable.

Le divorce, si longtemps inconnu à Rome⁴, se

¹ V. la loi 11, § 2, *De his qui notantur infamia*.

² L. 2, *De secundis nuptiis*. (Comparez art. 228, Code Napoléon.)

³ V. la loi 53, § 3, *De episcopis et clericis, etc.*, et la loi 11, § 1, *De his qui notantur, etc.*

⁴ On n'en trouve pas d'exemples avant l'année 231 (av. J. C.). Carvilius Ruga, qui le premier répudia sa femme, ne le fit que parce que

multiplia d'une façon inquiétante sous l'Empire. L'effroyable corruption des mœurs¹ qui régnait à cette époque en était la cause. Heureusement les principes sévères de la religion chrétienne vinrent réagir contre ces funestes tendances. A partir de Constantin, la faculté du divorce commença à être restreinte; on le limita à certains cas, on ne le permit que pour des motifs déterminés. Celui qui voulut divorcer en dehors des hypothèses prévues par la loi, tomba sous le coup de peines fort rigoureuses. Nous ne parlerons que de celles qui restreignaient la liberté du mariage, car ce sont celles-là seulement qui ont directement trait à notre sujet.

Une constitution de Constantin (331)² prononce contre la femme la défense de contracter de justes nocces, et contre le mari la prohibition absolue de se remarier, lorsqu'ils auront divorcé sans un motif légal. Les empereurs Honorius, Théodose et Constance (421), apportèrent à cette législation plusieurs modifications. On distingua dès lors trois hypothèses principales³ :

1° Le divorce avait eu lieu sans motifs. L'époux, qui

celle-ci était stérile, et qu'il avait juré de donner des citoyens à la république. Néanmoins son action fut généralement blâmée (V. Rollin. *Histoire romaine*, t. III).

¹ V. *Les Césars*, par M. de Champagny.

² L. 1, au Code Théodosien *De repudiis*.

³ V. la loi 2 au Code Théodosien *De repudiis*.

avait envoyé le *repudium* était frappé d'une incapacité perpétuelle de se marier.

2° Le divorce avait une cause légère. La femme, envers laquelle le droit romain s'est toujours montré fort rigoureux, était sévèrement punie dans cette hypothèse ; toute nouvelle union lui était interdite. On était beaucoup plus indulgent pour le mari ; il perdait, il est vrai, la faculté de se remarier mais temporairement seulement, pendant un laps de temps qui n'excédait pas deux années.

3° Enfin, le divorce avait une juste cause. Aucune peine ne frappait les deux époux. Le mari était même libre de contracter un nouveau mariage aussitôt qu'il le jugeait convenable. La femme ne pouvait, au contraire, le faire, avant l'expiration d'un délai de cinq ans¹. Plus tard, Théodose et Valentinien abrégèrent ce délai : il ne fut plus que d'une année seulement. Cet empêchement se confondit dès lors avec les dix mois, ou l'année de viduité, et eut pour but, comme lui, d'empêcher la confusion de part.

4° Engagement dans les ordres sacrés.

Le paganisme était une religion trop imparfaite et trop matérialiste pour avoir jamais songé à imposer le célibat à ses ministres.

¹ V. *Eadem lex*.

Cependant, à Rome, on avait fait exception à la règle générale pour les vestales, qui ne pouvaient contracter mariage, tant qu'elles exerçaient leurs fonctions ; mais, il leur suffisait de s'en démettre pour recouvrer leur liberté. La religion chrétienne, dont un des grands principes était la nécessité du sacrifice et du renoncement, fut la première qui fit du célibat une vertu. Elle ne l'imposa pas d'abord à ses prêtres¹, mais elle le leur conseilla toujours, en leur disant que là était la perfection. Plus tard, sa discipline se modifia : son autorité sur les consciences était devenue plus grande ; les idées qu'elle cherchait à faire prévaloir avaient fini par paraître moins insolites, et par pénétrer peu à peu dans les esprits ; elle put exiger davantage. Le célibat devint pour les prêtres, diacres et sous-diacres, une obligation rigoureuse, et lorsque le christianisme eut enfin triomphé dans l'empire romain, cette obligation fut sanctionnée par la loi civile.

Dans le principe, l'empêchement est simplement prohibitif. Justinien, sanctionnant la décision de certains canons, fut le premier, comme il nous le dit

¹ Plusieurs apôtres, en effet, étaient mariés ; et saint Paul, dans une de ses Épîtres, conseille de choisir pour évêque *episcopum unius uxoris virum*, un homme qui n'aurait qu'une femme ; ce qui prouve bien qu'à cette époque le mariage n'était pas défendu aux ministres de l'Église.

dans une de ses constitutions, qui en fit un empêchement dirimant¹. Enfin, dans les Nouvelles², il revint à la législation précédente : l'engagement dans les ordres cessa d'être une cause de nullité de mariage; il ne constitua plus qu'un empêchement prohibitif, et la violation de la prohibition entraîna seulement pour le ministre prévaricateur la peine de la déposition.

§ 6. *Du consentement des parties.*

Nous arrivons enfin à la plus importante des conditions imposées par la loi à la validité du mariage. A vrai dire, c'est la seule véritablement essentielle; les autres ne sont que secondaires et accessoires, car c'est le consentement seul qui parfait le mariage. Il devait en être surtout ainsi en droit romain, où la maxime fondamentale en cette matière, maxime que nous trouvons répétée dans tous les jurisconsultes, était la suivante : *Solus consensus justas nuptias facit*³. Examinons donc, avec toute l'attention que mérite cette étude, les éléments que devait réunir le consentement de chacun des conjoints.

Et d'abord, cela est indubitable, les parties contractantes doivent être toutes les deux saines d'esprit au moment de la manifestation de leur consentement.

¹ V. notamment la loi 45 au Code *De episcopis et clericis, etc.*

² V. notamment Nouvelle VI, chap. v, et Nouvelle XX, chap. XLII.

³ Ulp., loi 50 *De regulis juris*.

Si l'une d'elles est en état de démence, non-seulement son consentement est vicié, mais il y a absence complète de consentement. Consentir, c'est faire acte de volonté et d'intelligence; et, comme le fou n'a ni l'une ni l'autre, il lui est impossible de consentir¹. Il faut aussi que le consentement soit réel, qu'il ne soit pas simulé; car, si cette condition n'est pas remplie, il n'y a pas non plus consentement². Mais cela n'est pas assez encore, il ne suffit pas que le consentement existe, il faut qu'il ne soit infecté d'aucun vice assez grave pour en altérer l'essence.

Le consentement doit d'abord être libre et exempt de contrainte. La loi 14 au Code *De nuptiis* ne laisse aucun doute à cet égard. Sa décision est générale; elle s'applique aussi bien à la violence morale qu'à la violence matérielle. Toutefois, lorsqu'il s'agissait de la pression plus ou moins grande qu'aurait exercée le père de famille sur ceux de ses enfants soumis à sa puissance, la question était controversée.

Il est certain qu'une fois le mariage consommé, il ne pouvait être, en règle générale, déclaré nul, sous prétexte qu'il avait été contracté sous l'empire de la crainte révérentielle. Celsus nous dit expressément en effet : *Si, pater cogente, ducit uxorem, quam non duceret, si sui*

¹ V. la loi 16, § 2, *De ritu nuptiarum*. Digeste.

² V. la loi 50, *eodem titulo*.

arbitrii esset, CONTRAXIT TAMEM MATRIMONIUM¹. Mais quelle est au juste la portée de ces mots : SI PATRE COGENTE ? qu'est-ce que l'influence paternelle ? jusqu'à quel point peut-elle s'exercer sans dégénérer en violence ? Ce sont là autant de questions qui ont été diversement résolues aux différentes époques de la législation romaine, et qui ont donné naissance à de nombreuses difficultés. A l'époque classique du droit, les jurisconsultes distinguaient entre le fils et la fille. Si l'on en croit le témoignage d'Ulpien, le consentement qu'on demandait à cette dernière n'était guère sérieux². Elle est censée consentir, nous dit-il, toutes les fois qu'elle ne résiste pas ouvertement à la volonté paternelle : *Quæ voluntati patris non repugnat*. Bien plus, l'époux que lui propose son père, il ne lui est permis de le refuser que si c'est un homme de mauvaise vie ou un individu flétri par le mépris public. Dans tous les autres cas, quelles que soient ses préférences, quelle que soit même l'antipathie qu'elle éprouve pour son futur mari, elle est forcée de l'accepter, et une pareille union reste inattaquable³. Doit-on s'étonner après cela de l'éloignement des Romains pour le mariage et de la multiplicité des divorces ? Lois bien

¹ L. 22, Digeste, *De ritu nuptiarum*.

² V. la loi 12, Princ. *De sponsalibus*, Digeste.

³ V. la loi 12, § 1, *De sponsalibus*, au Digeste.

dignes du reste d'un peuple qui tenait si peu de compte des droits de la femme ! On retrouve, il est vrai, des dispositions semblables chez la plupart des nations de l'antiquité. Presque toutes traitaient la femme comme une esclave. Mais on pourrait être surpris de les rencontrer dans le droit romain, si sage et si parfait sur tant d'autres points, si l'on ne se rappelait que c'est le christianisme qui seul, après des efforts séculaires, est arrivé à régénérer la femme et à lui donner dans la famille la place légitime qui lui appartient.

Le consentement que donnait le fils de famille était plus sérieux. En général, le mariage ne lui était pas imposé. La loi 21 *De ritu nuptiarum* le dit expressément : *Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere*. Il n'en avait pas été toujours ainsi : alors que la puissance paternelle était dans toute sa rigueur, le père de famille pouvait certainement forcer son fils aussi bien que sa fille à contracter tel ou tel mariage ; mais les mœurs s'étaient heureusement adoucies ; les idées philosophiques et morales avaient pénétré dans la législation ; l'on était enfin arrivé à reconnaître que, sauf la nécessité du consentement paternel, le fils devait avoir la liberté la plus absolue dans un acte aussi éminemment personnel que celui-là, qui intéressait à un si haut point le bonheur de toute sa vie !

DEUXIÈME SECTION

DES CONDITIONS RELATIVES.

Nous venons de passer en revue les conditions absolues que les lois romaines mettaient à la validité des justes noces. Lorsque ces conditions n'étaient pas réunies, il y avait incapacité absolue au mariage : l'impubère par exemple ou celui qui n'avait pas le consentement du père de famille ne pouvait se marier avec aucune personne. A côté, se placent les conditions relatives, ou, en d'autres termes, les empêchements relatifs : ils ne sont un obstacle au mariage qu'entre certains individus ; les personnes qui en sont frappées ne peuvent pas s'unir entre elles, mais il leur est loisible de contracter mariage avec qui bon leur semble¹.

Les conditions relatives sont au nombre de six : 1° la parenté ou l'alliance naturelle ou adoptive ; 2° la différence de caste ou l'inégalité de condition ; 3° la tutelle ou la curatelle ; 4° le commandement dans les provinces ; 5° la différence de religion ; 6° le rapt. — Nous les examinerons successivement dans

¹ Le droit romain avait une expression spéciale pour qualifier ces empêchements : on disait que les personnes qui en étaient frappées n'avaient pas entre elles le *connubium*. (Ulpien, *Regularum liber*, titre V, § 2.) — Le § 5 semble prendre le mot *connubium* dans un sens plus général.

cinq paragraphes, en réunissant dans le dernier la différence de religion et le rapt, parce qu'ils n'existaient pas dans le droit romain classique, et furent introduits tous les deux par les empereurs chrétiens.

§ 1. *De la parenté et de l'alliance adoptives ou naturelles.*

L'inceste était, aux yeux des anciens, le plus abominable de tous les forfaits. Ce crime leur inspirait une horreur dont l'expression est parfois un peu exagérée¹. Il n'est donc pas douteux que, dès le principe, le droit romain prohiba d'une façon absolue le mariage entre parents en ligne directe, et en ligne collatérale jusqu'à un degré assez éloigné. Quoi qu'il en soit, à l'époque classique, la prohibition existe toujours en ligne directe à l'infini². En ligne collatérale, la règle générale suivante se déduisait de l'ensemble des textes : le mariage ne pouvait avoir lieu entre personnes dont l'une était à un degré de l'auteur commun. Ainsi sont incapables de contracter mariage entre eux :

1^o Le frère et la sœur germains, utérins ou consan

¹ Justinien entre autres nous dit dans la Novelle XII, à propos des mariages incestueux : *Quæ impia sunt talia... qualia* PLURIMA ETIAM IRRATIONABILIA AMOVENT ANIMALIA (chap. 1^{er}).

² V. notamment la loi 53 *De Ritu nuptiarum*, et les *Sentences* de Paul, liv. II, titre XIX, § 3.

guins¹. Il en est de même des frères et des sœurs adoptifs. Toutefois, pour ces derniers, l'empêchement n'existe que tant qu'ils sont soumis ensemble à la puissance du même père de famille. Dès qu'ils sont l'un ou l'autre émancipés, ils peuvent valablement s'unir entre eux². 2° L'oncle et la nièce, le grand-oncle et la petite-nièce, l'arrière-grand-oncle, l'arrière-petite-nièce, et réciproquement³. Les jurisconsultes motivent ces prohibitions en faisant remarquer que l'oncle et la tante sont, à l'égard de leur neveu ou de leur nièce, *loco parentum*. La législation romaine admit cependant, pendant quelque temps, une exception à cette règle. L'empereur Claude, épris des charmes d'Agrippine, sa nièce, fit promulguer un sénatus-consulte qui permettait le mariage entre l'oncle et la nièce. Le sénatus-consulte Claudien resta longtemps en vigueur; mais un très-petit nombre de personnes paraissent avoir profité de la permission qu'il octroyait; les Romains avaient, ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois, l'inceste trop en aversion pour que l'exemple de l'empereur trouvât beaucoup d'imitateurs. Les empereurs Constance et Constantin crurent cependant utile de l'abroger formellement (339)⁴; ils

¹ § 2, *De nuptiis*. Institutes.

² § 2, *De nuptiis*. Institutes.

³ *Sentences* de Paul, liv. II, titre XIX, § 5. Institutes, § 5 *De nuptiis*.

⁴ Jacques Godefroy et Pothier discutent la question de savoir si le sé-

ajoutèrent même sur ce point aux rigueurs du droit antérieur en prononçant la peine de mort contre les oncles, tantes, neveux ou nièces qui violeraient la prohibition¹. 3° Cousins germains. Le mariage entre cousins germains n'était certainement pas défendu dans le vieux droit romain, et même à l'époque des jurisconsultes classiques. Mais la religion chrétienne, toujours jalouse de conserver intacte la pureté des mœurs, édicta bientôt une prohibition à cet égard ; elle était persuadée, en effet, que rien ne contribuait davantage à leur corruption que la possibilité du mariage entre personnes qui se voyaient tous les jours et souvent habitaient sous le même toit. La législation civile, qui commençait alors à sanctionner les prescriptions de l'Église, ne devait pas tarder à entrer dans cette voie. Une constitution de Théodose le Grand, dont l'existence est attestée par saint Ambroise, défendit, en effet, le mariage entre cousins germains ; ce prince exagéra même la sanction, comme avaient coutume de le faire tous les empereurs de cette époque. Non-seulement les mariages contractés au mépris de ces prohibitions étaient nuls, mais les contrevenants étaient punis des peines les plus sévères². La constitution de

natus-consulte Claudien ne fut pas abrogé antérieurement à Constantin par Nerva ou Dioclétien. Ils se prononcent pour la négative.

¹ V. la loi 1 *De incestis nuptiis*, Code Théodosien, III, 12.

² D'après une conjecture de Jacques Godefroy, cette peine aurait été

Théodose le Grand fut maintenue en Occident¹, sauf la faculté accordée par Honorius d'obtenir des dispenses. Mais, après avoir assez longtemps hésité, Arcadius finit par l'abroger en Orient (Const. *Celebrandis*). Enfin, Justinien sanctionna définitivement cette abrogation en insérant dans son Code la constitution d'Arcadius², et il nous dit expressément aux Institutes : *Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis jungi possunt*. Les empêchements fondés sur la parenté ne s'étendirent jamais, en droit romain, au delà du quatrième degré en ligne collatérale, même dans la législation des empereurs chrétiens. Nous verrons plus tard, dans notre seconde Partie, qu'on alla beaucoup plus loin au moyen âge, à la suite du droit canonique³.

Nous en avons fini avec la parenté proprement dite ; disons maintenant quelques mots de l'alliance. Elle produisait aussi des empêchements au mariage, mais ils étaient beaucoup moins étendus que ceux qui résultaient de la parenté.

Et d'abord, en ligne directe, pas de difficulté. Il n'y

* celle du bûcher. (Arg. de la constit. d'Arcadius et d'Honorius. Loi 3, Code Théodosien, *De incestis nuptiis*.)

¹ Loi unique au Code *Si nuptiæ ex rescripto petuntur*.

² V. la loi 19 *De nuptiis*.

³ V. notre deuxième Partie, notions historiques et chapitre premier.

a jamais eu de *connubium*. L'empêchement existe à l'infini. Ainsi, nul ne peut épouser sa *socrus*, sa *noverca* (belle-mère, marâtre), pas plus que sa bru ou sa belle-fille (*nurus aut privigna*). Nulle femme, de son côté, ne saurait contracter de justes noces avec son gendre ou son beau-fils. Le mariage est également interdit entre le beau-père (*vitricus*) et l'enfant de la belle-fille, la belle-mère (*noverca*) et l'enfant de son *privignus*. Toutes ces personnes sont, en effet, réciproquement *loco parentum*¹. L'espèce suivante était plus délicate. Prima, après avoir divorcé avec Sempronius, s'était remariée et avait eu une fille de cette seconde union. Sempronius pouvait-il contracter de justes noces avec cette fille? Au premier abord, l'affirmative ne semble pas douteuse; aucune affinité n'existait entre eux, puisque le divorce avait dissous tous les liens qui existaient entre Sempronius et celle qu'il se proposait d'épouser. Aussi, le *connubium* existait-il probablement, dans l'ancien droit, entre ces deux personnes. Mais cette licence ne subsista pas longtemps; une pareille union fut bientôt défendue, au point de vue des convenances. On ne voulait pas que quelqu'un pût être successivement le mari de la mère et de la fille. Il en était déjà ainsi au temps d'Ulpien, et même un peu avant lui; nous en trouvons la

¹ Ulpien, loi 12, § 4.

preuve dans un texte inséré au Digeste¹, où ce jurisconsulte nous dit : *Si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam susceperit, putat Julianus hanc quidem non privignam esse, verum nuptiis ejus abstinendum.* Justinien reproduit et sanctionne de nouveau la décision d'Ulpien dans les Institutes (§ 9, *De nuptiis*).

En ligne collatérale, l'alliance ne produisait dans l'ancien droit aucun empêchement. Il en était encore ainsi au temps des jurisconsultes classiques. Mais ici, comme pour la parenté, l'influence de la religion chrétienne fit multiplier les prohibitions. En 555, les empereurs Constantin et Constance publièrent une constitution par laquelle ils défendaient le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs : *Etsi licitum veteres crediderunt, nuptiis fratris solutis, ducere fratris uxorem licitum, etiam post mortem mulieris aut divortium contrahere cum ejusdem sorore conjugium; ABSTINEANT HUIUSMODI NUPTIIS UNIVERSI, NEC ÆSTIMENT POSSE LEGITIMOS LIBEROS EX HOC CONSORTIO PROCREARI : NAM SPURIOS ESSE CONVENIT, QUI NASCENTUR*². Cette constitution fut plus tard confirmée par les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius; et leur décision a été insérée dans le Code de Justinien³. Les empêchements en matière

¹ L. 12, § 3, *De ritu nuptiarum*.

² Code Théodosien, loi 2, *De incestis nuptiis*.

³ L. 5, *De incestis et inutilibus nuptiis*.

d'alliance collatérale s'arrêtèrent là, elles n'allèrent jamais plus loin.

Une dernière remarque, avant de terminer sur ce point. Les prohibitions que nous venons de passer en revue ne s'appliquaient pas seulement à la parenté ou à l'alliance civile, elles s'étendaient également à la parenté et à l'alliance purement naturelles. *Serviles quoque cognationes*, dit Paul, *in hoc jure observandæ sunt...* Et plus loin, à propos de l'alliance : *Idem tamen quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti ut eam quæ in contubernio patris fuit quasi novercam non possim ducere*¹, etc...

Nous savons, du reste, que les empêchements produits par la parenté naturelle ne découlaient pas des principes rigoureux du droit ; mais, comme le disait Modestin : *In conjunctionibus non solum quid liceat considerandum, sed quid honestius sit*², ou bien encore, suivant la maxime de Paul : *Naturæ jus et pudor inspiciendus est*. Il y avait donc en droit romain des empêchements fondés sur l'honnêteté publique ; ceux qui résultaient de la parenté naturelle étaient au premier rang ; mais il en existait encore d'autres,

¹ L. 14, §§ 2 et 3, au Digeste, *De ritu nuptiarum*.

² Ce fragment se trouve deux fois dans le Digeste, loi 42, *De ritu nuptiarum* ; loi, 197, *De regulis juris*.

et ils étaient même fort nombreux. Nous ne les étudierons pas tous en détail; cet examen nous entraînerait trop loin; nous dirons quelques mots seulement des principaux.

Le mariage était défendu entre les différentes classes de personnes suivantes, bien qu'elles n'eussent jamais eu entre elles aucun lien de parenté civile.

1° Entre l'acendant et sa fille adoptive, même émancipée;

2° Entre le père de famille et la femme de son fils adoptif, même émancipée;

3° Entre l'adopté et la mère, la tante maternelle et la petite-fille née d'un fils du père adoptif. Mais les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord sur ce dernier point. Un fragment de Paul, la loi 25, *De adoptionibus* au *Digeste*, donne, il est vrai, une décision formelle en ce sens : *Nuptiis tamen eorum prohibitis*. Mais elle est contredite par un texte de Gaius, la loi 55, § 1^{er}, *De ritu nuptiarum*, qui porte qu'en cas d'émancipation, la parenté purement civile produite par l'adoption, étant détruite, le mariage devient possible, *sine dubio nihil impedit nuptias*, dit expressément Gaius¹. De nombreux systèmes ont été proposés pour concilier ces deux textes.

¹ I. 55, § 1, *De ritu nuptiarum*.

Ce n'est pas ici le lieu de les discuter tous. Bornons-nous à dire que la solution proposée par Pothier dans une hypothèse identique nous semblerait la meilleure. Selon lui, Gaius raisonnerait d'après le droit strict; Paul, au contraire, ne songerait qu'à l'honnêteté publique. Peut-être cependant, serait-il plus simple et préférable encore de reconnaître franchement ici une antinomie; une divergence d'opinion n'aurait rien, en effet, d'extraordinaire dans une matière aussi délicate, qui était réglée, non par des lois précises, mais par l'usage (*moribus*).

4° Entre un homme et la mère de sa fiancée. Cet empêchement fut plus tard considérablement étendu par le droit canonique. Il s'appliqua d'une façon fort rigoureuse aux deux familles des fiancés.

5° Entre le père et la fille *vulgo quæsitæ*, entre la mère et le fils dans les mêmes conditions, et même entre le frère et la sœur, nés hors mariage, ou nés de parents vivant en concubinage. Sur la même ligne on peut encore placer les empêchements résultant du *contubernium* des esclaves, ainsi que nous l'avons déjà indiqué plus haut¹.

6° Enfin entre l'affranchi et sa patronne, et même la femme, la fille ou la petite-fille de son patron². Cette

¹ V. la loi 14, §§ 2 et 3, *De ritu nuptiarum*.

² L. 62, § 1, *De ritu nuptiarum*.

règle souffrait cependant une exception : lorsque la patronne était de basse extraction ou de mœurs équivoques, les justes noces étaient alors permises pourvu que les deux parties obtinssent l'autorisation du magistrat¹.

§ 2. *Différence de castes ou inégalité de condition.*

Dans le vieux droit romain existaient deux prohibitions qui, à l'époque de Justinien, étaient depuis longtemps tombées en désuétude. En vertu de la première, le mariage était défendu entre les patriciens et les plébéiens ; après une lutte de plusieurs siècles, ces derniers finirent par conquérir le *jus connubii*, et leur victoire fut sanctionnée par un plébiscite rendu sur la proposition de Canuleius² (an. 550 de Rome). La seconde, celle qui refusait à un affranchi le droit de contracter de justes noces avec une ingénue disparut beaucoup plus tard. Elle ne fut abrogée qu'au commencement du règne d'Auguste, par la loi Julia³.

Mais la législation de l'empire ne se montra pas plus libérale que ne l'avait été le vieux droit quiritaire ; elle

¹ L. 15, *De ritu nuptiarum*.

² Tite Live, liv. IV, chap. 1 à VI.

³ V. *Reg. d'Ulp.*, titre XII, § 1. — Elle paraît avoir été rétablie pendant quelques temps par la loi *Papia Poppæa*, mais cette restauration ne fut pas de longue durée, on revint bientôt au principe de la loi *Julia*.

remplacé par de nouvelles prohibitions, plus nombreuses et plus sévères que les précédentes, celles que le progrès des idées avait fait abolir. Les célèbres lois Julia *De maritandis ordinibus* et Papia Poppæa, outre leurs dispositions contre les *cælibes* et les *orbi*, dont nous n'avons pas à nous occuper ici, édictèrent des empêchements multiples fondés sur l'inégalité des conditions : il serait trop long de les énumérer tous ; des détails aussi minutieux manqueraient d'intérêt. Qu'il nous suffise de dire que ces empêchements étaient de deux sortes : les uns frappaient indistinctement tous les citoyens romains, telle était la défense d'épouser les prostituées, les proxénètes (*lenæ*), les comédiennes, etc. ; d'autres, plus rigoureuses, atteignaient seulement les sénateurs et leurs enfants ; ils ne pouvaient pas épouser, par exemple, le père et la mère des comédiens ou comédiennes¹, ni même un affranchi ou une affranchie². Ces dispositions avaient fini par tomber peu à peu en désuétude, lorsqu'en 356 après J. C., Constantin crut devoir les remettre en vigueur. Il en augmenta même la sévérité, ou plutôt il les étendit à un plus grand nombre d'individus. Elles s'appliquèrent désormais aux *præfecti*³, aux *duumviri*, — magis-

¹ L. 42, § 1, et loi 44, § 1, *De ritu nuptiarum*, Digeste.

² L. 44, Princ., *eodem tit.*

³ Cujas et Pothier prétendent qu'il faut lire : *perfecti*.

trats des villes municipales, — aux dignitaires ecclésiastiques (*id est Phœniciarchiæ vel Syriarchiæ ornamenta condecorant*). On ajouta aussi quelques personnes à celles avec qui les justes noces étaient déjà précédemment défendues : la servante (*ancilla*), la tavernière (*tabernaria*), la revendeuse (*quæ mercimoniis publice præfuit*), etc... Enfin la sanction devint aussi plus énergique. Le mariage contracté au mépris de ces constitutions ne paraît pas, il est vrai, avoir été déclaré nul, c'était une *lex minus quam perfecta*¹, mais le contrevenant était incapable de faire aucune libéralité tant à son conjoint qu'à ses enfants. La législation, dont nous venons d'indiquer les principaux éléments persista, sauf quelques légères modifications, jusqu'au règne de Justinien. Mais ce prince l'abrogea complètement; il abolit par plusieurs dispositions successives² toutes les prohibitions édictées par la loi Julia et par la constitution de Constantin. Il se borna seulement à prescrire, pour les personnes d'une condition trop inégale, la rédaction d'un *instrumentum dotale*.

¹ V. tous ces détails dans la loi 1 au Code *De naturalibus liberis*. Cette constitution est assez obscure. Nous examinerons plus tard cette question avec détail dans notre deuxième partie.

² V. notamment la Novelle LXXVIII, chap. I et III, mais surtout la Novelle CXVII, chap. VI; voir aussi la loi 25 au Code *De nuptiis*. Une controverse s'est élevée à propos de cette loi; Pothier prétend que la constitution est de Justin, bien qu'elle porte en tête le nom de Justinien.

§ 5. *Prohibitions frappant les soldats en campagne.*

Nous avons indiqué au commencement de notre précédent paragraphe deux empêchements que le vieux droit seul avait sanctionnés, et qui ne furent pas admis par la législation postérieure. Il en fut de même, jusqu'à un certain point, des prohibitions qui frappèrent longtemps les soldats en campagne. Elles furent introduites seulement vers la fin de la République¹, mais elles disparurent dans la législation du Bas-Empire.

Le *jus connubii* était suspendu pour eux pendant tout le temps de la campagne². On voulait par là empêcher un abus qui, sans cette disposition, se serait souvent renouvelé. Un citoyen romain ne pouvait pas, dans l'ancien droit, épouser une étrangère. Or, le soldat vivant habituellement par état dans des contrées qui ne jouissaient pas du droit de cité romaine, n'aurait rencontré que par hasard une femme réunissant les conditions légales, et la plupart du temps eût essayé de faire passer pour telles des étrangères. Aussi, on trouva plus simple de suspendre le *jus connubii* pour tout citoyen engagé

¹ V. Tite Live, liv. V, n.

² V. Gruter, p. 575.

sous les drapeaux. Mais en même temps, afin de ne pas rendre ce célibat trop dur, on permit au soldat une imitation du mariage, un *matrimonium*, sorte de concubinage légitime, si l'on peut employer ce mot pour une union qui n'avait pas d'effets civils. Les enfants qui en provenaient suivaient toujours la condition de leur mère et naissaient étrangers ou esclaves. Cette union avait un caractère tout à fait éphémère ; le soldat pouvait en contracter une nouvelle dans tous les lieux où son service le conduisait.

§ 4. *Empêchement résultant de la tutelle ou de la curatelle.*

A la différence des deux précédents, l'empêchement dont nous allons maintenant nous occuper ne fut introduit que fort tard dans la législation romaine.

Un sénatus-consulte rendu sur la proposition — *oratio* — des empereurs Marc-Aurèle et Commode l'établit d'abord temporairement, il ne tarda pas à devenir perpétuel¹. Mais, tout d'abord, remarquons-le bien, le mariage n'était défendu qu'entre

¹ V. la loi 64, § 1, au Digeste *De ritu nuptiarum*, et surtout la loi 67, § 5, *in fine, eodem tit.*, où Marc-Aurèle est expressément nommé — *Oratio divi Marci*. —

le tuteur et la pupille. On n'avait pas cru devoir donner au pupille la même protection ; rien n'empêchait donc un citoyen d'unir sa fille à celui dont il avait été le tuteur ou le curateur. En revanche, la prohibition finit par s'appliquer, à l'égard de la pupille, à toute espèce de tutelle et de curatelle, aussi bien, par exemple, à la curatelle au ventre, s'il est permis de se servir de cette expression, quelque courte qu'ait été sa durée, qu'à la tutelle ordinaire¹. L'incapacité légale qui frappait les tuteurs à l'égard de leur pupille, reposait sur un motif fort sérieux, la crainte qu'ils ne cherchassent à l'épouser afin de se dispenser de rendre compte. Or, comme cette obligation passait spécialement après leur mort à leurs descendants mâles, il s'ensuivait que ceux-ci tombaient tous sans distinction sous le coup du sénatus-consulte, les fils naturels et adoptifs aussi bien que les fils légitimes². Un caractère tout spécial à cet empêchement, c'est qu'il était purement temporaire. Avant Justinien, il durait jusqu'à ce que la pupille eût atteint l'âge de vingt-cinq ans ; la limite fut reculée de quatre ans sous son règne et portée à vingt-neuf ans. A partir de cette époque, en effet, la raison qui avait fait édicter la prohibition

¹ L. 7, au Digeste, *De ritu nuptiarum*, § 4.

² L. 59, *De ritu nuptiarum*.

disparaissait; le compte de tutelle devenait inattaquable; il n'y avait donc plus lieu de s'inquiéter des abus d'influence de la part de l'extuteur.

La sanction de ces dispositions était fort sévère : les textes ne se bornent pas à prononcer la nullité du mariage; ils déclarent en outre le tuteur ou le curateur noté d'infamie — *manet infamia contra eum*¹. — Enfin Paul nous dit encore qu'il était poursuivi *extra ordinem* et frappé de peines dont la sévérité variait suivant sa condition dans la société².

§ 5. Commandement dans les provinces.

Les représentants du pouvoir central dans les provinces y avaient une puissance presque sans limites; des abus d'autorité étaient donc fort à craindre de leur part. Pour les rendre impossibles en matière de mariage, la législation impériale édicta contre les gouverneurs et les préfets une série de prohibitions. Tel était du moins le motif ostensible, le seul que l'on mit en avant; mais il ne faut pas ajouter

¹ L. 7, *De interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum*.

² V. la loi 66, Princ. *De ritu nuptiarum*, Digeste.

une foi aveugle aux assertions du langage officiel; le gouvernement de l'Empire romain était trop égoïste, comme tout gouvernement despotique, pour s'inquiéter beaucoup des intérêts privés des populations qui lui était soumises; il songeait plutôt à consolider son pouvoir — préoccupation fort légitime du reste, lorsqu'elle n'est pas exclusive — et à en assurer la perpétuité; c'est pour cela qu'il ne permettait pas à ses agents d'épouser des femmes indigènes. Il craignait que s'ils venaient à former des alliances trop puissantes, ils ne s'attachassent par des liens trop intimes au pays qu'ils gouvernaient, et ne fussent plus tard tentés de se révolter contre la métropole. Quoi qu'il en soit de ces considérations, dès le commencement de l'Empire, des *mandata* furent adressés aux citoyens qui exerçaient des fonctions publiques dans les provinces; ces *mandata* leur défendaient d'épouser non-seulement les femmes originaires de la province qu'ils administraient, mais même celles qui y étaient simplement domiciliées¹. La prohibition ne s'arrêtait même pas là; elle s'étendait, — la loi 53 *Princ.* au Digeste *De Ritu nuptiarum* le dit formellement, — aux

¹ L. 58 au Digeste, *Princ. De ritu nuptiarum*. On s'est demandé sur ce texte si la prohibition s'appliquait aux femmes originaires de la province qui n'y étaient pas domiciliées. Pothier — n° 52 — cite dans le sens de la négative un passage de Cujas, qui s'appuyait lui-même sur la loi 190, *De verborum significatione*.

fil de fonctionnaires eux-mêmes. Mais, comme le précédent, cet empêchement n'était que temporaire, il cessait avec l'exercice des fonctions de l'administrateur; celui-ci devient dès lors libre de contracter mariage avec qui bon lui semble. Bien plus, Paul va même jusqu'à penser que le mariage indûment contracté devenait valable, pourvu que les deux parties persistassent dans la résolution de rester unis..... *si contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si eadem voluntate perseverat, JUSTAS NUPTIAS EFFICI* ¹.

Remarquons, du reste, que l'incapacité dont était frappé le fonctionnaire ne s'étendait pas aux trois hypothèses suivantes :

1° Il pouvait contracter des fiançailles avec une femme de la province qu'il administrait, et se marier plus tard avec elle, à son retour à Rome.

2° Il avait également le droit d'y prendre une concubine ².

3° Enfin, les soldats, même ceux qui étaient arrivés aux grades les plus élevés — le texte, en effet, ne distingue pas — avaient la permission de se marier dans leur patrie, avec une femme indigène, lorsqu'ils y faisaient la guerre.

¹ L. 65, § 1, *De ritu nuptiarum*, Digeste.

² L. 5, *De concubinis*, Digeste.

Cette dernière exception était du reste une innovation qui datait des derniers temps de la législation impériale ; antérieurement, en effet, tout au moins avant la constitution de Caracalla, un empêchement spécial, dont nous avons indiqué plus haut les caractères, frappait tous les soldats.

La sanction était beaucoup moins sévère, beaucoup moins énergique que celle des prohibitions relatives à la tutelle ou à la curatelle. Non-seulement aucune pénalité afflictive ne frappait les contrevenants, mais ils n'étaient même pas notés d'infamie. La nullité du mariage était la seule conséquence de la violation des *mandata*. N'oublions pas enfin que cette nullité pouvait ne pas être perpétuelle : le mariage devenait valable, ainsi que nous l'avons déjà dit, lorsque, lors de la retraite du fonctionnaire, les deux parties persévéraient dans la volonté de rester unies.

§ 6. *Du rapt et de la différence de religion.*

Ces deux empêchements ne furent introduits que fort tard dans la législation romaine. Ils n'existerent d'abord qu'au point de vue purement religieux. Mais lorsque, après plus de trois siècles de luttes, le christianisme eut définitivement triomphé, lorsqu'il monta sur le trône avec Constantin, ses prin-

cipes et ses règles commencèrent à pénétrer peu à peu dans le droit civil ; bientôt même quelques-uns d'entre eux finirent par être expressément sanctionnés par les constitutions impériales. Il en fut ainsi des empêchements résultant du rapt et de la différence de religion.

Ce fut Constantin qui le premier s'occupa du rapt. Jusqu'à son règne, le mariage entre le ravisseur et sa victime avait été permis sans restriction aucune, et même, si l'on en croit quelques auteurs, imposé au premier ; il le défendit d'une façon absolue. Pour faire respecter les prescriptions de sa constitution, il crut même devoir accumuler contre ceux qui la violeraient les peines les plus sévères, les supplices les plus atroces. Il pensait que le respect des lois — préjugé malheureusement trop répandu à cette époque, nous en avons déjà vu de nombreux exemples — était en rapport avec la rigueur de la sanction. Cette pénalité fut heureusement adoucie par ses successeurs. Gratien, l'un d'eux, rendit moins absolue la prohibition elle-même : au bout de cinq ans, le mariage contracté entre le ravisseur et sa victime devenait inattaquable, et celui-ci ne pouvait plus être poursuivi criminellement. Mais Justinien entra dans une voie tout opposée ; il supprima la prescription introduite par Gratien, et rétablit, si même il n'en augmenta pas

la sévérité, des châtiments édictés par Constantin¹.

L'empêchement résultant de la différence des religions ne fut sanctionné qu'un peu plus tard par la loi civile. Les constitutions de Constantin n'en font pas mention. Deux ans après sa mort, en 339, Constance II, un de ses fils, qui régnait sur l'Orient et la Grèce, inaugura les prohibitions à cet égard. Il défendit le mariage entre les juifs et les chrétiennes : *ne christianas mulieres suis jungant flagitiis*, dit le rescrit impérial; et non-seulement l'union contractée au mépris de la constitution était nulle, mais chacun des prétendus conjoints était puni de la peine capitale². L'empêchement ne tarda pas à être généralisé; quelques années plus tard, en 388, les empereurs Valentinien, Théodose, et Arcadius proscrivirent indistinctement tout mariage entre juifs et chrétiens; les contrevenants étaient frappés des peines de l'adultère³. A partir de cette époque, la législation n'éprouva plus aucune modification; elle se maintint ainsi jusqu'au règne de Justinien, qui la sanctionne de nouveau en la faisant insérer dans son Code⁴. Il est bon, du reste, de remar-

¹ L. 54, au Code *De episcopis et clericis*. — V. également plusieurs Novelles.

² V. la loi 6, au Code Théodosien *De Judæis et cælicolis, et Samaritanis*.

³ V. la loi 2 *De nuptiis*, Code Théodosien.

⁴ V. la loi 6 *De Judæis et cælicolis*.

quer que les juifs seuls tombaient sous le coup de ces prohibitions. Les mariages entre les hérétiques et les orthodoxes n'étaient même pas défendus à cette époque par la discipline ecclésiastique. Un des plus illustres Pères de l'Église latine, saint Augustin, nous dit en effet expressément : *Quæ matrimonia cum infidelibus, nostris temporibus, jam non PUTANTUR ESSE PEC-CATA, quoniam in Novo Testamento nihil inde præceptum est*¹. Il en résultait que ces unions, bien qu'elles fussent vues avec une certaine défaveur, étaient licites aussi bien au point de vue religieux qu'au point de vue civil.

¹ V. saint Augustin, lib. *De fide et operibus*, chap. XIX, n° 55.

CHAPITRE II

DE LA FORME DU MARIAGE ROMAIN

Le grand principe du droit romain en matière de mariage était, nous l'avons déjà plusieurs fois rappelé : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*¹. Quelques auteurs ont prétendu que ce principe devait être appliqué rigoureusement, et que, par conséquent, le mariage était parfait par le seul consentement, sans qu'il fût besoin de remplir aucune autre condition². Ce système après avoir longtemps prévalu est maintenant battu en brèche par les jurisconsultes les plus éminents. M. Demangeat, avec l'autorité qui s'attache à son nom et sa science juridique, lui a porté tout récemment les derniers coups. Selon lui, la volonté des deux parties contractantes ne suffisait pas pour parfaire le mariage ; il fallait une réalisation matérielle de cette volonté, il fallait en d'autres termes une tradition.

Un grand nombre de textes prouvent en effet la

¹ Ulpien, loi 30, *De regulis juris*. Digeste.

² V. notamment M. Ducaurroy, t. I, sur le titre X ; Institutes expliquées.

nécessité de cette tradition ; nous ne pouvons les citer tous, mais il suffira, croyons-nous, pour démontrer le bien fondé de notre doctrine, d'indiquer les plus sail-lants. En première ligne plaçons celui-là même où est formulé le principe qui nous est opposé. Ulpien s'exprime en effet ainsi : *Cui fuerit sub hac conditione, legatum, si in familia nupsisset, videtur impleta con-ditio, statim atque DUCTA EST UXOR, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non con-cubitus sed consensus facit*¹. Mais, dit-on, ce texte est contraire à notre système : d'après lui, le mariage est réalisé avant toute cohabitation. En aucune façon, répondrons-nous ; nous ne prétendons pas en effet que le *concubitus* soit indispensable à la perfection des justes noces ; il suffit à nos yeux d'une certaine réalisation matérielle, d'une tradition, d'une *deductio*, et même, comme l'exprime fort bien M. Demangeat, de la possi-bilité de la vie commune².

Du reste nous avons d'autres textes où notre doc-trine est formulée d'une façon aussi nette et aussi claire que possible. C'est d'abord un fragment de Paul, qui dans ses Sentences nous dit³ : *Vir absens uxorem du-cere potest; femina absens nubere non potest*. Ce que

¹ L. 15 au Digeste, *De conditionibus et demonstrationibus, et causis, et modis eorum quæ in testamento scribuntur*.

² V. t. 1^{er}, p. 245.

³ Liv. II, titre XIX, § 8.

Pomponius explique ainsi : *Deductione enim opus est in mariti, non in uxoris domum quasi in domicilium matrimonii*¹. De même encore Cinna cité par Ulpien, décide *eum qui ABSENTEM ACCEPIT uxorem deinde rediens a cœna juxta Tiberim periisset, ab uxore lugendum responsum est*². Rien de plus significatif que ces mots. Il faut, pour que le mariage existe, une *deductio* dans la maison du mari. Il en est de même de ces autres expressions : la femme doit porter le deuil, et, par conséquent, il y a mariage ; mais seulement lorsque, pendant l'absence du mari, celle-ci a été reçue dans sa maison (*ACCEPIT uxorem.*) Un rescrit de l'empereur Aurélien, qui a été inséré au Code, est encore plus formel dans ce sens. Il s'agissait d'une donation acceptée le jour même des noces. On demandait à l'empereur si elle devait être considérée comme étant faite par le fiancé ou par l'époux, ce qui était fort important au point de vue de l'irrévocabilité. Il faut distinguer, répond celui-ci ; « effectuée avant que vous ayez quitté votre maison, elle constitue une donation *ante nuptias* ; que si au contraire elle ne l'a été qu'après votre entrée dans la maison de votre fiancé — *si penes se dedit* — c'est véritablement une donation entre époux, car alors vous étiez sa femme :

¹ L. 5 au Digeste *De ritu nuptiarum*.

² L. 6, *De ritu nuptiarum*, au Digeste.

UXOR ENIM FUISTI¹. Ainsi les trois textes que nous venons de citer le prouvent, et, selon nous, de la façon la plus péremptoire; à lui seul, le consentement des parties contractantes ne suffisait pas pour parfaire le mariage. Mais en quoi devait consister cette réalisation matérielle du mariage? quel était le fait qui devait s'ajouter au consentement pour donner au contrat sa perfection? Ici encore les interprètes se divisent. Les uns veulent que la *deductio in domum mariti* soit indispensable; ils se fondent sur la lettre même des textes que nous avons déjà cités, et surtout sur la loi 5 au Digeste *De ritu nuptiarum*, qui paraît en effet formelle dans ce sens. Les autres, et M. Demangeat est de ce nombre², enseignent au contraire que la *deductio in domum mariti* est bien à la vérité le fait qui ordinairement réalise le mariage, mais qu'il n'en est pas toujours ainsi : le seul véritablement important, ajoutent-ils, c'est la possibilité de la vie commune, possibilité qui, il est vrai, résultera le plus souvent de la *deductio*, mais qui pourra cependant ne pas en être la conséquence nécessaire. Un texte de Scaevola nous en

¹ L. 6 au Code de J. *De donationibus ante nuptias*.

² V. t. I^{er}, p. 246. — V. M. Ortolan, *Explication des Instituts*, t. II, p. 82 et 83. — V. également la dissertation publiée par ce savant professeur dans la *Thémis* (1850-1851), t. X, p. 496, etc. « Il suffisait, dit-il, que la femme eût été mise ou se fût mise elle-même en la possession du mari. »

donne un exemple frappant, et, à nos yeux, il fournit un argument topique et irréfutable au système de M. Demangeat. *Virginī in hortos deductæ ante diem tertium quam ibi nuptiæ fierent...* Une jeune fille avait été conduite à une maison de campagne appartenant à son fiancé, trois jours avant l'époque fixée pour le mariage; *cum in separata diæta ab eo esset, die nuptiarum, PRIUS-QUAM AD EUM TRANSIRET obtulit decem aureos dono. Quæsitum est, divorcio facto, an summa donata repeti possit;* alors qu'elle était encore dans un pavillon séparé, et qu'elle n'avait pas été amenée dans l'appartement particulier de son fiancé, une donation de dix pièces d'or lui fut faite; plus tard le mariage fut dissous par le divorce, on demandait si la somme donnée pouvait être répétée par le mari. Le jurisconsulte répondit : « Comme d'après l'exposé des faits, la donation a eu lieu avant la perfection du mariage, le mari ne pourra pas retenir sur la dot la somme donnée. *Respondit, id quod ANTE NUPTIAS donatum proponeretur, non posse de dote deduci*¹. » La première partie du même fragment de Scævola, qui, au premier abord paraît en désaccord avec celle-ci, n'est cependant au fond que la confirmation de la même idée : la *deductio* est le mode le plus ordinaire de réaliser le mariage; mais il peut l'être sans

¹ L. 66, § 1, *De donationibus inter virum et uxorem*.

deductio, dès que la vie commune a effectivement commencé, par exemple dans une maison de la femme, où l'on s'est provisoirement installé, cela suffit; le mariage est parfait¹.

En somme donc, on le voit, le rôle du consentement était immense; non-seulement son existence était indispensable à la validité du mariage, mais la volonté pouvait encore modifier les conditions de l'exécution matérielle; toutefois seul, quelle que fût sa valeur, quelle que fût sa puissance, le consentement ne suffisait pas: il fallait que l'élément matériel s'unît à l'élément purement intellectuel, il fallait un commencement d'exécution, une certaine réalisation du contrat.

Tels étaient les deux éléments indispensables à la perfection du mariage romain; mais étaient-ils les

¹ M. Ortolan, dans la savante dissertation qu'il a publiée à ce sujet dans la *Thémis* (loc. cit. ult., p. 503 et 504), interprète à peu près de la même façon le *principium* de la loi 66. — Les mots *matrimonium contractum consensu intelligitur*, se rapportent au cas où la femme étant en présence du mari au moment où le consentement intervient, ce consentement emporte tradition. Il en de même de toutes les lois qui parlent du consentement, le fait de la tradition est toujours supposé avoir eu lieu. — Quant aux mots *deductio plerumque fit post contractum matrimonium*, ils ne s'expliquent pas moins facilement, ajoute-t-il; il arrivait souvent, en effet, que la femme n'était conduite chez son mari qu'après le mariage; souvent le fiancé venait recevoir sa fiancée dans la maison paternelle, et y passait même plusieurs jours, avant de l'em-mener au domicile conjugal.

seuls? fallait-il encore y ajouter, comme chez les modernes, la nécessité d'une célébration publique, civile ou religieuse? Nous ne le pensons pas. Les jurisconsultes, les littérateurs et les poètes font, il est vrai, mention de nombreuses cérémonies qui précédaient et accompagnaient les justes noces; mais, malgré le doute que peut laisser, au premier abord, la lecture de certains textes — et notamment celle de la loi 66, § I^{er}, que nous venons de citer à l'instant, — ces cérémonies ne nous paraissent pas avoir été jamais indispensables.

Il n'est cependant pas sans intérêt d'indiquer, aussi succinctement que possible, les principales. Et, d'abord, parlons de celles où intervenait jusqu'à un certain point, soit l'autorité civile, soit plutôt l'autorité religieuse, puis nous passerons en revue celles qui avaient un caractère essentiellement et exclusivement privé.

Si une célébration devant les magistrats, accompagnée de certaines formalités légales ne nous paraît pas avoir jamais été exigée par le droit quiritaire, nous voyons, au contraire, surtout dans la vieille Rome, la religion entourer le mariage d'une grande solennité¹. Ces cérémonies, si l'on en croit le témoignage de De-

¹ V. Plutarque, *Quest. rom.*, chap. LXXXVI. — Ovide, *Fastes*, liv. VI, vers 219.

zobry, étaient encore en usage au temps d'Auguste¹. On commençait d'abord longtemps auparavant par consulter les auspices². Puis on avait soin de ne pas fixer le mariage à un jour déclaré néfaste³. Venait enfin la cérémonie religieuse proprement dite, sur laquelle M. Dezobry, dans l'ouvrage que nous avons déjà cité, nous donne des détails les plus circonstanciés; nous croyons devoir les résumer ici. C'étaient le pontife maxime, et le flamme dial qui présidaient aux mariages et qui les consacraient⁴. Aussitôt leur arrivée, ces ministres étaient conduits au *sacrarium* de la maison, où les suivaient les futurs époux et leurs parents. Le flamme dial mettait la main droite de la jeune fille dans la main droite du jeune homme⁵; puis il prononçait certaines paroles sacramentelles, par lesquelles il déclarait que la femme devait participer aux biens de son mari, ainsi qu'à toutes ses choses saintes, — *sacra privata*. — On invoquait ensuite le génie du lit nuptial (*sacri genius*

¹ V. *Rome au siècle d'Auguste*, t. III, p. 2 et suiv.

² V. Plutarque, *Quest.*, chap. LXXXVI. — Ovide, *Fastes*, liv. VI, vers 219.

³ Si l'on en croit Pothier, on aurait également évité de contracter mariage pendant le mois de mai. Ovide dit en effet :

Mense malo Maio nubere vulgus ait...

(Liv. II, *Fastes*.)

⁴ Servius, *In Georg.*, vers. 51.

⁵ Servius, *In Æneid.* IV.

fulcri), ou, comme dit Juvénal, *sacri genium lecti*. On offrait un sacrifice à Priape; de plus, la femme, avant de se donner à son époux, devait monter les degrés de son autel et se poser sur les genoux du dieu, afin de lui consacrer les prémices de sa pudeur¹. Enfin, lorsqu'on voulait que la femme fût *in manu mariti*², on en offrait un second, plus solennel encore, à Junon; les libations y étaient faites avec du vin, du miel et du lait, et on y voyait figurer un pain de froment, nommé *far*, apporté et présenté par la mariée. Cette dernière cérémonie n'était en usage que dans les mariages *per confederationem*, ainsi nommés à cause du pain de froment offert par la fiancée à son époux. Sous la république, il était fort en usage, du moins chez les patriciens. Dans les premières années de l'empire, il commença à tomber en désuétude, et bientôt il ne fut plus pratiqué que dans les familles sacerdotales. Enfin à l'époque de Gaius, qui nous en dit quelques mots dans ses *Instituts* (*Comm.* I, § 112), et qui ajoute aux cérémonies que nous connaissons déjà, la nécessité de la présence

¹ Saint Augustin; *Cité de Dieu*, liv. VI, chap. ix et liv. VII, chap. xxiv.

² La *manus* pouvait encore résulter soit de l'usage — *usus* — soit de la *coemption* — *coemptio*. Elle produisait un double effet, le père perdait la puissance paternelle sur la personne de sa fille : celle-ci entraît dans la famille de son mari, elle devenait son *agnate* : *filix locum obtinebat*, nous dit même Gaius. Cette institution tomba peu à peu en désuétude : à l'époque de Justinien, elle n'était plus depuis longtemps qu'un souvenir.

de dix témoins, la *conferreatio* était encore imposée aux flamines majeurs, c'est-à-dire aux Diales, aux Martiales, aux Quirinales, mais ne l'était plus qu'à eux; elle ne tarda pas à être complètement abandonnée, même par ces derniers.

Le mariage des plébéiens fut toujours beaucoup moins solennel que celui des patriciens, mais il était cependant aussi accompagné de certaines formalités, et, chose remarquable, ces formalités se rapprochaient quelque peu d'une célébration légale; si l'on en croit le témoignage de Cicéron ou plutôt de Boëtius¹, il se serait en effet pratiqué de la sorte.

Les deux familles se présentaient devant le tribunal du préteur². « Femme, disait l'homme à sa fiancée, veux-tu être ma mère de famille? — Je le veux, répondait celle-ci. » Puis, interrogeant l'homme à son tour : « Homme, disait-elle, veux-tu être mon père de famille? — Oui, reprenait celui-ci³. »

Ces interrogations réciproques terminées, quelques jeunes gens s'approchaient de la femme, faisaient semblant de l'enlever de vive force, et l'entraînaient

¹ *Boëtius in Topica Ciceronis*. — Boëtius est un philosophe qui écrivit plusieurs ouvrages remarquables; il naquit en 470 et mourut en 510, après Jésus-Christ.

² C'est surtout cette présentation devant le tribunal du préteur qui aurait donné au mariage un caractère public.

³ Dezobry, t. II, p. 299.

dans la maison de son mari¹. C'est en cela que, dans les mariages plébéiens, consistait la *deductio in domum mariti*. Quant à la violence simulée, elle avait, dit-on, pour but de rappeler l'enlèvement des Sabines.

Passons maintenant aux cérémonies purement privées. Nous aurons peu de choses à en dire ; car, si elles sont aussi nombreuses, elles sont certainement moins intéressantes et beaucoup moins importantes que celles dont nous venons de raconter les détails.

Les plus curieuses accompagnaient la *deductio in domum mariti*, dont nous avons indiqué plus haut le caractère et la portée². S'agissait-il du mariage d'un patricien, — nous nous plaçons toujours à l'époque où existait encore la distinction des deux ordres, parce que plus tard ces différentes cérémonies disparurent peu à peu —, la jeune fille était arrachée des bras de sa mère avec une violence feinte ; elle s'avancait vers la maison de son fiancé, au milieu du cortège de ses parents et de ses amis³. Là, celui-ci la recevait solennellement en prononçant sur le seuil de la porte des paroles consacrées⁴. Il lui remettait une clef, symbole

¹ V. Plutarque, *Quest. rom.*, p. 98.

² Suivant saint Augustin (*Cité de Dieu*, liv. VI, chap. ix), un dieu spécial, nommé : *Domus ducus*, présidait à la *deductio*.

³ Plutarque, *Quest. rom.*, chap. II et IV ; Festus, aux mots *Corolla flammum*.

⁴ Plutarque, *Quest. rom.*, chap. xxx ; — Festus, au mot *Clavis*.

de la fécondité¹, et lui présentait l'eau et le feu : *Quod hæc duæ res — aqua et ignis —* dit Festus², *humanam vitam maxime continent*. Venaient alors les cérémonies religieuses dont nous avons parlé précédemment. Mais tout cela n'avait lieu que dans les familles patriciennes. — Chez les plébéiens, les cérémonies privées étaient beaucoup plus simples : la religion n'intervenait pas, ou tout au moins intervenait fort peu. La *deductio in domum mariti* se ressentait de la rudesse primitive de son origine ; elle rappelait un peu, comme nous l'avons dit, l'enlèvement des Sabines ; les détails dans lesquels nous sommes entrés plus haut à ce sujet nous dispensent de revenir sur ce point.

¹ On retrouvait des cérémonies identiques dans les mariages de plusieurs de nos anciennes provinces ; seulement le symbole de la fécondité avait changé : au lieu d'être une clef, c'était un chou. (V. la *Mare au Diable*, de George Sand.)

² V. Festus, aux mots *Aqua et facem*.

CHAPITRE III

DES CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION DES PRESCRIPTIONS LÉGALES

ou

DE LA SANCTION DES EMPÊCHEMENTS ABSOLUS ET RELATIFS.

Les jurisconsultes romains, nous l'avons déjà, croyons-nous, fait observer plusieurs fois, n'eurent jamais des idées bien nettes sur la théorie des nullités. Les savantes et ingénieuses distinctions que la doctrine contemporaine a introduites entre les nullités de droit et les annulabilités, et même entre les empêchements dirimants et les empêchements prohibitifs étaient à peine soupçonnées. L'action en annulation n'était pas non plus organisée ; par conséquent, les constitutions impériales pas plus que les lois n'avaient indiqué les cas où elle pourrait être invoquée, les personnes à qui il serait permis de s'en prévaloir, les fins de non-recevoir qui lui seraient opposables. C'est qu'en effet, en droit romain, une règle unique,

presque sans exception, régissait cette matière : toutes les violations de la loi étaient en principe soumises à la même sanction et punies de la même peine : la nullité, et une nullité absolue. La nullité de droit, — pour nous servir des expressions empruntées au droit moderne —, c'est-à-dire une nullité perpétuelle, imprescriptible, n'ayant pas besoin d'être prononcée, ni par le préteur ni par le juge. Un grand nombre de textes formulent expressément cette doctrine ; citons seulement les plus saillants et les plus significatifs. En première ligne, il faut placer le § 12 des Institutes de Justinien. Il est aussi formel que possible : *Si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, NEC NUPTIÆ, NEC MATRIMONIUM, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu nascuntur in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quales sunt ii quos mater vulgo concepit...* Gaius (Com. I, § 64), n'est pas moins énergique : *Si quis, dit-il, NEFARIAS atque incestas nuptias contraxerit, neque UXOREM HABERE VIDETUR, NEQUE LIBEROS...* Puis, viennent d'autres jurisconsultes, qui tous nous disent la même chose avec plus ou moins de force et de précision. *Si quis, écrit Ulpien¹, eam quam non licet uxorem duxerit, incestum matrimonium, — nous verrons plus tard que le mot incestum est ici détourné de sa signification ordinaire, — contrahit ; ideoque liberi in*

¹ *Regul.*, titre V, § 7.

potestate ejus non sunt, sed quasi vulgo concepti spuri sunt. Enfin Modestín décide encore indirectement la question lorsqu'il dit : *Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, VEL QUI POSSUNT QUIDEM, SED EUM HABENT, QUEM HABERE NON LICET*¹... Ainsi, c'est un point, selon nous, hors de doute; la violation des prescriptions légales rendait, en principe, le mariage nul d'une façon absolue. Mais cette règle ne souffrait-elle jamais aucune exception? la nullité était-elle la seule sanction dont pussent être atteints les violateurs de la loi? Enfin, ne tenait-on pas compte de la bonne foi des contractants, sinon pour supprimer, du moins pour atténuer ces différentes pénalités? Telles sont les trois questions que nous allons successivement examiner.

§ 1. *Exceptions à la règle générale.*

Quelque absolue et quelque générale que soit une règle, il est bien rare qu'elle ne souffre pas au moins certaines exceptions; il en est ainsi de la nôtre. Les justes noces contractées en violation des prescriptions légales, sont d'ordinaire affectées d'une nullité absolue; l'on peut cependant citer quatre cas où le mariage était maintenu et où la sanction se bornait à certaines pénalités pécuniaires ou infamantes. Quelques

¹ La loi 23 au Digeste, *De statu hominum*.



auteurs ajoutent même une cinquième hypothèse — le défaut de consentement du père de famille; — mais c'est là une question vivement controversée, dont la solution est, nous le verrons, assez délicate; et pour notre compte, disons-le immédiatement, nous n'admettons pas ce cinquième empêchement prohibitif¹.

1° Prohibitions établies par la loi Julia.

Nous avons passé en revue, dans notre premier chapitre², les nombreuses prohibitions édictées par la loi Julia, soit contre tous les citoyens en général, soit surtout contre les sénateurs et certaines personnes d'un haut rang. Ces prohibitions étaient-elles sanctionnées comme les autres empêchements par la nullité du mariage? En aucune façon, selon nous, du moins jusqu'au rescrit de Marc-Aurèle et de Commode. Ceci résulte, en effet, de plusieurs textes formels. C'est d'abord un passage des *Fragments du Vatican*, § 168. Le consultant demandait à Papinien, s'il pouvait être dispensé de la tutelle. D'après le rescrit des empereurs Marcus et Lucius, votre excuse sera admise, si vous prouvez que vous avez trois enfants légi-

¹ Cette expression, spéciale d'abord au droit canonique, n'a été, nous le savons, employée nulle part par les jurisconsultes romains; nous croyons cependant pouvoir nous en servir, parce qu'elle caractérise d'une façon fort claire la nature de cet empêchement.

² V. page 71.

times; — *tres liberos justos*; — ce qu'il faut entendre, ajoute le jurisconsulte, dans le sens d'enfants légitimes, *secundum jus civile quæsitum*. Ce dernier point était, il est vrai, controversé; d'autres jurisconsultes nous disent, en effet, que si les prescriptions de la loi Julia n'avaient pas été observées, les enfants nés de ces unions ne comptaient pas pour l'excuse de la tutelle; mais il n'en résulte pas moins de ce texte que les enfants nés d'une union contractée au mépris de la loi Julia étaient *justi*, et que, par conséquent, le mariage n'était pas nul; dans le cas contraire, ils eussent été, en effet, *vulgo quæsitum*, et non-seulement ils n'auraient pas pu dispenser leur père de la tutelle ou de la curatelle, mais ils n'auraient même eu avec lui aucun lien, aucun rapport.

Un passage de Paul, rapporté dans la *Collatio legum romanarum et mosaicarum*, vient encore ajouter au système que nous défendons, un argument nouveau. Énumérant les différentes classes d'héritiers siens, il s'exprime ainsi : *Sui hæredes sunt hi : primo loco, filius, filia in potestate patris constituti; nec interest, adoptivi sint an naturales, ET SECUNDUM LEGEM JULIAM PAPIAM QUÆSITI, modo manean in potestate*¹.

On le voit, pourvu qu'ils n'aient pas été émancipés,

¹ Voy. titre XVI, ch. III.

les enfants nés d'une union prohibée par la loi Julia, sont cependant héritiers siens; donc cette loi ne prononçait pas la nullité comme conséquence de la violation de ses prescriptions; donc le mariage était valable.

Citons enfin, pour qu'aucun doute sérieux ne puisse subsister à cet égard, un dernier texte et même un double texte, plus significatif encore que les deux autres. *Oratione Divi Marci cavetur, ut si senatoris filia libertina nupsisset*, — c'était là, on se le rappelle, un des mariages défendus par la loi Julia, — *NEC NUPTIÆ ESSENT : quum et senatusconsultum secutum est*¹; Ulpien répète ailleurs la même chose que Paul : *Oratio imperatorum Antonini et Commodi*, écrit-il²; *quæ quasdam nuptias in personam senatorum inhibuit... de sponsalibus nihil locuta est*...

C'est donc une constitution d'Antonin qui déclara nuls les mariages entre les filles de sénateurs et les affranchis; or, il est bien évident que si la loi Julia en avait déjà proclamé la nullité, l'empereur Marc-Aurèle n'aurait pas eu besoin de proposer et de faire adopter un nouveau sénatus-consulte; il aurait suffi de s'en référer à la législation antérieure. D'ailleurs, Paul et Ulpien nous le disent tous les deux, la consti-

¹ L. 16, Princ. *De ritu nuptiarum*, Digeste.

² L. 16, Princ. *De sponsalibus*. Digeste.

tution d'Antonin était une innovation ; or, ce n'en aurait pas été une, si la nullité eût déjà existé auparavant d'une façon beaucoup plus générale. — Toutefois, la loi Julia, quoiqu'elle ait pu être appelée avec justesse par Heineccius, une *lex minus quam perfecta*¹, était loin cependant d'être complètement dépourvue de sanction. Les époux ne jouissaient pas des avantages des *patres* ; dans le cas même où ils avaient des enfants, ils étaient atteints par les incapacités qui frappaient les *orbi* et les *cælibes* : les legs qui leur étaient faits devenaient caducs².

D'ailleurs, ne l'oublions pas, à partir du sénatus-consulte de Marc-Aurèle, les mariages contractés par les fils de sénateurs avec une affranchie ne furent pas seulement frappés des peines pécuniaires dont nous venons de parler, ils devinrent nuls de droit comme toutes les unions faites au mépris des dispositions légales. La jurisprudence, et peut-être des constitutions postérieures qui ne nous sont pas parvenues, finirent même peu à peu par étendre, tout au moins à toutes les unions contractées par les séna-

¹ V. Heineccius, *Comment. ad legem Juliam et Papiam*, liv. II, chap. II, n° 1.

² Nous voudrions pouvoir entrer ici dans les détails que comporteraient l'importance et l'intérêt de cette matière : mais nous devons y renoncer, quoique à regret, sous peine d'être entraîné complètement hors de notre sujet.

teurs, la nullité attachée tout d'abord à une seule et unique espèce.

2° Délai de viduité.

Il était défendu, nous l'avons vu, à la veuve de contracter un second mariage avant l'expiration du dixième mois, depuis la mort de son premier mari¹. Justinien porta même ce délai à une année. Mais quelle était la sanction de cet empêchement? était-ce la nullité du mariage? Aucun texte ne la prononce; bien plus une constitution insérée au Code suppose aussi clairement que possible, quoique d'une façon indirecte, la validité du mariage². Les empereurs Valentinien, Gratien et Théodose, déclarent (380) la femme qui aura contrevenu à la prohibition de la loi *incapable de donner en dot*, à son second mari, plus du tiers de ses biens et de lui laisser par testament plus de ce même tiers; or, on le sait d'après la loi 3 *De jure dotium*, là où il y a dot, là il y a mariage : *Ubi cumque matrimonii nomen non est, nec dos est*; par conséquent reconnaître l'existence d'une dot tout en limitant la faculté de disposer, c'est proclamer la validité de la seconde union. L'empêchement résultant du délai de viduité n'était pas cependant non plus complé-

¹ V. pages 51 et 52.

² L. 4, *De secundis nuptiis*.

tement dénué de sanction. La femme était notée d'infamie, elle était de plus frappée, ainsi que son second mari, de certaines incapacités et peines pécuniaires, dont le texte, cité par nous tout à l'heure, nous donne un exemple.

3° Mariages contractés par les sexagénaires.

C'est, on s'en souvient, un point vivement controversé que celui de savoir si, avant Justinien la vieillesse formait à Rome un empêchement au mariage. Pour nous, — on ne l'a sans doute pas oublié, — nous avons répondu affirmativement à cette question, et nous avons pensé qu'à partir du règne d'Auguste, probablement en vertu des lois Julia et Papia Poppæa, le mariage avait été interdit aux femmes de cinquante ans et aux hommes de soixante¹. Mais, si l'existence de cet empêchement est à nos yeux hors de doute, nous n'en sommes pas moins persuadé que sa violation n'entraînait pas la nullité du mariage. Sans revenir ici sur les arguments que nous avons fait valoir à propos des prohibitions prononcées par la loi Julia, faisons seulement observer que nous ne possédons aucun texte prononçant la nullité, — motif qui, à lui seul, suffirait pour décider la question, — mais que

¹ V. chap. 1^{er}, p. 26 et suiv.

d'ailleurs, plusieurs décisions supposaient formellement la validité du mariage. Ulpien¹ est notamment formel en ce sens. Énumérant les différentes peines qui frappaient les vieillards violateurs de la loi, il s'exprime ainsi : *Quod si major quinquagenaria minori sexagenario nupserit* — les expressions dont il se sert au commencement de la phrase sont plus générales, elles s'appliquent à tous les mariages contractés par les quinquagénaires ou les sexagénaires, — *impar matrimonium appellatur, et senatusconsulto Calvitiano jubetur non proficere ad capiendas hæreditates, et legata* ET DOTES : *itaque mortua muliere, DOS CADUCA ERIT*. Une dot existait donc, puisque le sénatus-consulte Calvitien en prononçait la confiscation; or, nous le savons, il était de principe que là où il y avait dot, là il y avait mariage, et par conséquent il ne peut être question de nullité pour ces sortes d'unions.

4° Engagement dans les ordres sacrés.

Ce fut Justinien, nous l'avons vu, qui pour la première fois donna à cet égard la sanction civile aux prescriptions du droit canon². Il fit d'abord (530) de l'engagement dans les ordres sacrés un empêchement

¹ *Regularum liber*, titre XVI, § 4.

² V. notre premier chapitre, p. 54 et suiv.

dirimant au mariage¹; mais il ne tarda pas à revenir sur cette décision. Plusieurs Novelles furent promulguées² qui, par leur silence, excluaient implicitement la nullité du mariage. Elles se bornent à prononcer contre les ministres de la religion catholique qui se mariaient depuis leur ordination la peine de la déposition. La Novelle VI entre autres est expresse en ce sens : *Si aliquis presbyter, aut diaconus aut subdiaconus postea ducat uxorem aut concubinam, aut palam aut occulte, sacro statim suo cadat ordine, et deinceps idiota sit*. Un doute sérieux ne saurait donc s'élever sur l'existence de ce quatrième empêchement prohibitif, pas plus que pour les trois premiers que nous avons successivement passés en revue.

Il n'en est pas de même du défaut de consentement du père de famille. Quelques interprètes ont prétendu que la violation de cet empêchement n'entraînait pas non plus la nullité du mariage. Mais ce système a été généralement rejeté, et, pour notre compte, nous pensons avec la majorité des auteurs qu'il ne doit pas être adopté.

Les partisans de l'opinion que nous combattons,

¹ V. la loi 45 au Code *De episcopis et clericis*. *Tales enim eos esse disponimus*, dit-il en parlant des enfants nés de ces unions, *quales quos leges ex incestis aut nefariis natos nuptiis definiunt*.

² V. notamment Novelle VI, chap. v et Novelle XXII, chap. XLII.

s'appuient cependant sur un texte, qui au premier abord paraît leur être bien favorable. Nous lisons, en effet, dans les Sentences de Paul¹ le passage suivant : *Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur SED CONTRACTA NON SOLVUNTUR : contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur*. Le sens naturel de ce texte est, semble-t-il, celui-ci : Ceux qui sont soumis à la puissance paternelle ne peuvent se marier sans le consentement du père de famille ; mais une fois le mariage contracté, pas de nullité possible ; en d'autres termes, pour nous servir encore des expressions modernes, nous serions en présence, non pas d'un empêchement dirimant, mais d'un empêchement simplement prohibitif.

Cette interprétation ne doit pas, selon nous, être admise : l'explication donnée par Pothier est bien plus en harmonie avec l'esprit général du droit romain, qui est, nous l'avons déjà fait remarquer plusieurs fois, de prononcer, sauf une exception formelle, la nullité du mariage pour toute violation des prescriptions légales. Il traduit ainsi notre texte : « Les enfants de famille ne peuvent valablement contracter mariage sans le consentement de leur père, mais lorsque les mariages ont été une fois valablement contractés, le

¹ Liv. II, titre XIX, § 2.

consentement du père y étant intervenu, *celui-ci n'a plus le droit de les dissoudre* comme il l'avait autrefois¹.» Il paraît en effet certain, cela résulte d'une façon positive d'une constitution de l'empereur Antonin rapportée par Paul² qu'avant ce prince, *qui prohibuit bene concordans matrimonium separari a patre*, le père de famille avait le droit de dissoudre le mariage de son fils; les mots que l'on nous oppose : *SED CONTRACTA NON SOLVUNTUR*, feraient donc précisément allusion à cette heureuse innovation. Ceci est d'autant plus probable qu'un texte formel du Digeste prononce la nullité du mariage contracté sans le consentement du père de famille. *NUPTIÆ CONSISTERE NON POSSUNT*, dit en effet le jurisconsulte Paul, *nisi consentiant omnes : id est qui coeunt, QUORUMQUE IN POTESTATE SUNT*³.

Toutefois si nous admettons avec Pothier⁴ et M. Demangeat⁵ la nécessité absolue du consentement du père de famille pour la validité du mariage⁶, nous croyons qu'il faut bien se garder de trop généraliser cette décision. Ainsi nous ne l'appliquerions pas au consentement dont en vertu du sénatus-consulte de Septime

¹ V. *Traité du contrat de mariage*, n° 17.

² V. *Sentences de Paul*, liv. V, titre VI, § 15, ou § 20 suivant Cujas.

³ L. 2 au Digeste, *De ritu nuptiarum*.

⁴ *Loc. cit.*

⁵ *Cours élémentaire du droit romain*, t. I^{er}, p. 254.

⁶ V. encore dans le même sens M. Ortolan. Du Caurroy, t. I^{er}, n° 124.

Sévère et de Caracalla, les femmes *sui juris* avaient besoin : si donc la mère, et les parents de la jeune fille n'avaient pas été consultés ou même avaient refusé de donner leur adhésion, il nous semble, sans pourtant rien affirmer sur ce point, à cause de l'obscurité des textes, qu'un pareil mariage n'était pas nul, mais que les contrevenants étaient seulement frappés de certaines peines pécuniaires¹.

§ 2. *Peines qui en dehors de la nullité frappaient les violateurs des prescriptions légales.*

Les prohibitions des lois romaines n'étaient pas seulement sanctionnées par la nullité ; elles l'étaient aussi par des peines pécuniaires, par des peines afflictives, par des peines infamantes. Nous allons les résumer aussi succinctement que possible.

Et d'abord les peines pécuniaires. La dot et la donation *ante-nuptias* étaient confisquées ; et cette confiscation s'étendait jusqu'aux intérêts déjà perçus eux-mêmes. *Incestæ nuptiæ*, dit Paul, *neque dotem habent ; et ideo omne quod perceptum est*, LICET FRUCTUUM NOMINE,

¹ V. Cujas, *Comm. in tit. IV De nuptiis*, liv. V, Code. — Cujas ne s'explique pas sur la sanction : il dit seulement que le mariage contracté sans le consentement du père était nul, sans étendre cette décision au défaut de consentement de la mère et des parents.

*auferetur*¹. Toutefois un texte de Papinien (la loi 61) permet au mari de retenir les dépenses nécessaires qu'il aurait faites². Les donations entre-vifs ou testamentaires mutuelles ou unilatérales étaient annulées et attribuées au fisc³.

Puis peines corporelles et afflictives; la mort presque toujours : la législation du Bas-Empire en était prodigue, nous l'avons déjà constaté bien des fois; trop souvent même des mutilations et les supplices les plus barbares.

Enfin peines infamantes; les délinquants étaient notés d'infamie. Cette dernière pénalité était la plus générale; elle s'appliquait presque sans exception à tous les empêchements que nous avons passés en revue.

Ces différents châtiments atteignaient en général tous ceux qui contrevenaient aux dispositions de la loi relatives au mariage; mais il en était d'autres plus sévères et plus rigoureux encore, qui frappaient les unions incestueuses. Il est indispensable d'en dire quelques mots pour compléter notre deuxième para-

¹ L. 52, *De ritu nuptiarum*.

² V. la loi 65, *eod. tit.* Digeste.

³ L. 32, § 28, *De donationibus inter virum et uxorem*. Digeste. — V. également § 12, *De nuptiis*, aux Instituts. Quelques éditions ajoutent aux expressions : *dissoluto tali coitu, nec dotis exactioni locus sit*, les deux mots : *nec donationis*.

graphe. Notons d'abord que les interprètes ne sont pas d'accord sur le sens que le mot *inceste* avait en droit romain. Une discussion sur ce point nous entraînerait trop loin. Il nous suffira d'indiquer l'opinion de deux des plus célèbres commentateurs. Suivant Cujas et Doneau, cette qualification devait être réservée au commerce de deux personnes que des liens de parenté ou d'alliance empêchaient de s'unir¹.

Au point de vue de l'application des peines et de la rigueur du châtiment, on distinguait entre l'inceste du droit des gens et l'inceste simple². Il y avait inceste du droit des gens, lorsque deux parents en ligne directe s'unissaient entre eux. Le mariage de deux représentants de la ligne collatérale ne constituait au contraire qu'un inceste simple. Le premier était naturellement plus sévèrement frappé; les peines ne paraissent pas cependant avoir été plus rigoureuses; mais il n'admettait aucune excuse, tandis que l'inceste simple pouvait, à l'égard de l'homme, rester quelque-

¹ V. dans ce sens Cujas, *Exposit. Novelle XII, De adulteriis*. Cujas n'est pas très-explicite, il dit seulement que l'expression *incestæ nuptiæ* s'appliquait exclusivement aux unions défendues par les lois de la nature. Donelli, *Com. juris civilis*, liv. XIII, chap. XIX, n° 28. — V. en sens contraire Accurse : *Glossa magna*. Accurse était un glossateur de l'école de Bologne.

² V. la loi 68, *De ritu nuptiarum*, Paul. — Pothier développe cette distinction dans les *Pandectes*. (N° 72, *De nuptiis*. Même numéro, *Ad legem Juliam De adulteriis*.)

fois impuni. En outre, la femme, lorsqu'elle avait commis le premier n'était pas plus épargnée que le mari, tandis qu'en cas d'inceste simple, elle échappait à la répression¹.

Quant aux peines réservées aux deux classes de délinquants, elles étaient les suivantes. En première ligne, cela va sans dire, venait comme contre tous les violateurs des empêchements légaux, la confiscation de la dot et des donations *ante nuptias*; mais à cette pénalité, déjà si sévère, une constitution d'Arcadius et d'Honorius (596) avait ajouté de nouvelles rigueurs. Aucun des prétendus conjoints, pas plus la femme que le mari — *ea sane quæ de viris cavimus etiam de feminis custodiantur* — ne pouvait disposer de tout ou partie de ses biens en faveur d'un *extraneus*.

Ils n'avaient droit de les donner qu'à leurs descendants, à leurs ascendants et à certains collatéraux limitativement désignés dans la constitution — *Frater, soror, patruus, amita*. — A défaut de ces proches parents, c'était au fisc que revenait toute la succession : *Memoratis vero personis non exstantibus, fisco locus pateat*². Justinien aggrava encore la répression : il prononce dans une de ses Nouvelles la confiscation immédiate

¹ V. la loi 38, § 4 et 5, *Ad legem Juliam De adulteriis coercendis*.

² V. la loi 6 au Code *De incestis et inutilibus nuptiis*.

de tous les biens des délinquants¹ — *mox ei suarum rerum casum imminere : simul autem, et eorum quæ nomine dotis data sunt, ei in nullo potiri sed omnia ærario assignari* — à moins cependant qu'ils n'eussent des enfants légitimes — *nati ex nuptiis inculpabilibus* — nés d'un précédent mariage. Il ne se borne même pas là ; il les condamne en outre à un exil perpétuel, et même, si ce sont des gens de basse condition, il ajoute encore — *corporis verberatio* — la bastonnade, afin, dit le texte, que « ce soit une leçon qui leur apprenne à vivre chastement et à ne pas violer les lois de la nature » — *quatenus discat caste vivere et intra naturam se continere*. Enfin, quelques années plus tard, pensant sans doute que tout cela était encore insuffisant — tant était générale alors, et profondément enracinée dans les esprits l'erreur, déplorable à tous égards, qui consiste à croire que plus la répression est sévère, plus la loi est respectée, — il édicta une constitution nouvelle² dans laquelle il frappait du dernier supplice ceux qui seraient convaincus d'inceste.

§ 5. Des effets de la bonne foi.

Quelque grande que fût la sévérité qui caractérisait la législation du Bas-Empire, elle ne se montrait

¹ V. Nouvelle XII, chap. 1^{er}.

² V. Nouvelle CLIV.

cependant pas toujours impitoyable. Elle savait pardonner à la bonne foi et au repentir. Citons d'abord une constitution de Valentinien, de Théodose et d'Arcadius. Elle excepte des prohibitions qu'elle édicte : *tam feminæ quam viri, qui aut errore accerimo, non affectato insimulatore..... decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi*¹; la dot ou les donations *ante nuptias* que se seraient faites les conjoints ne seront pas confisquées, et ceux-ci ne seront soumis à aucune peine pécuniaire ou infamante. La constitution ne met à cette faveur qu'une seule condition : elle veut que, aussitôt l'erreur découverte, les prétendus époux *conjunctionem hujusmodi sine ulla procrastinatione diremerint*². Ailleurs, Gaius s'occupant d'une hypothèse identique, va beaucoup plus loin et donne une décision bien plus significative et bien plus radicale. Il s'agit d'un mariage qu'un citoyen romain aurait contracté par erreur avec une Latine, ou un pérégrine ; en droit strict, le *connubium* n'existant pas, le mariage est nul, ou tout au moins il n'y a pas de justes noces ; par conséquent, les enfants qui naîtraient de cette union ne seront pas citoyens romains, et non-seulement ils échapperont à la puissance paternelle, mais ils ne seront même rattachés à leur père par aucun lien

¹ V. la loi 4 au Code *De incestis et inutilibus nuptiis*.

² Même loi.

légal. Cependant, nous dit Gaius¹, si le mari prouve une juste cause d'erreur, sa femme (*uxor*²) et ses enfants acquièrent, en vertu d'un sénatus-consulte, le droit de cité romaine; le père a sur ceux-ci la puissance paternelle; donc le mariage est valable, car tous ces faits en supposent nécessairement la validité³. — La même faveur était accordée aux Latins Juniens des deux sexes qui épousaient par erreur une pérégrine ou un pérégrin. Leur mariage était maintenu et produisait tous ses effets civils⁴.

Mais ce sont là des décisions tout à fait exceptionnelles, qui, comme toutes les exceptions, doivent être restreintes aux hypothèses spécialement prévues. D'ordinaire, la bonne foi ne produisait pas, en droit romain, des conséquences aussi étendues : si grande et si entière qu'elle eût été, elle ne suffisait pas en règle générale pour valider un mariage nul d'après les prescriptions légales, les constitutions ou les lois. Mais si l'on voulait préciser d'une façon bien nette les effets de la bonne foi, si l'on essayait de présenter une théorie d'ensemble, cela serait impos-

¹ V. Instituts de Gaius, *Comment.*, I, § 67.

² Le mot est significatif, car il indique que Gaius reconnaît l'existence des justes noces, pour lesquelles, nous le savons, il est exclusivement employé par les juriconsultes.

³ Les § 68, 69 développent la même idée et l'appliquent aux mariages contractés par une Romaine ou une Latine.

⁴ V. Gaius, *eod. loc.*, § 70 et 71.

sible, car elle n'existait pas, croyons-nous, en droit romain ; les jurisconsultes donnèrent sur ce point des décisions isolées, suivant les espèces qui se présentaient dans la pratique ; mais, jamais ils ne songèrent à poser des principes généraux qui dominassent toute la matière.

Il y a toutefois deux effets dont l'existence est attestée par plusieurs textes, et que nous voyons se reproduire dans toutes les hypothèses. C'est d'abord l'affranchissement de toute pénalité en faveur de l'époux de bonne foi. La preuve pourrait en être faite par de nombreuses citations ; mais leur énumération complète n'aurait aucune utilité ; il nous suffira donc d'indiquer les décisions les plus saillantes. Une des plus remarquables et des plus significatives est celle de la loi 11 § 12 au Digeste *Ad legem Juliam De adulteriis coercendis*. Ce passage mérite, selon nous, d'être rapporté textuellement, car les expressions dont il se sert sont importantes à noter. *Mulier cum absentem virum audiisset vita functum esse, alio se junxit ; mox maritus reversus est : quæro, demande le consultant, quid adversus eam mulierem statuendum sit ? — Tam juris quam facti quæstionem, répond Papinien. Nam si longo tempore transacto... falsis rumoribus inducta, quasi soluta priore vinculo, legitimis nuptiis secundis juncta est : QUOD VERISIMILE EST DECEPTAM EAM FUISSE, NIHIL*

VINDICTA DIGNUM VIDERI POTEST... Si donc il apparaît d'après les circonstances qu'elle a été trompée, elle ne sera frappée d'aucune peine ; il en serait tout autrement, continue Papinien, s'il était prouvé qu'elle avait agi de mauvaise foi — *Si, ficta mariti mors, argumentum faciendis nuptiis probabitur præstitisse.* — Impossible de préciser d'une façon plus nette la distinction entre la mauvaise et la bonne foi, et d'indiquer plus clairement les bénéfices de celle-ci. Les textes du Code ne sont pas moins formels. C'est d'abord une constitution des empereurs Gallien et Valérien (259)¹ qui, dans une hypothèse pourtant bien défavorable au premier abord, puisqu'il s'agissait de polygamie, non-seulement exempte de toute peine la femme trompée par le polygame, mais ordonne même que tous les biens qu'elle aurait donnés en dot à son prétendu époux lui soient restitués. Puis vient encore, dans le même sens, une constitution d'Antonin (216) Une femme avait épousé par erreur un esclave qu'elle croyait homme libre ; elle aura droit, décident Sévère et Antonin, à la restitution de sa dot, laquelle sera prise sur le pécule de l'esclave ; *dotem ex peculio recipies*, dit expressément le texte².

Le second effet n'est pas moins nettement indiqué

¹ V. la loi 18, *Ad legem Juliam De adulteriis et stupro.*

² V. la loi 3, *De soluto matrimonio quemadmodum dos petatur.*

dans un texte du Digeste ; mais, comme le premier, il ne paraît pas avoir été indistinctement appliqué à toutes les violations de la loi¹. Nous voulons parler de l'état des enfants, de la légitimité qui leur est concédée, nonobstant l'annulation du mariage. Marcien rapporte un rescrit des empereurs Marcus et Lucius, qui donnent dans ce sens une décision aussi formelle que possible. Il s'agissait, il est vrai, d'une espèce très-favorable. Une nièce avait épousé son oncle, ignorant qu'une telle union fût défendue. Le mariage durait depuis quarante ans ; il en était né de nombreux enfants. *Idcirco*, disait le rescrit, *cum hæc omnia in unum concurrunt*, CONFIRMAMUS STATUM LIBERORUM VESTRORUM IN EO MATRIMONIO QUÆSITORUM... PERINDE ATQUE SI LEGITIME CONCEPTI FUISSENT². D'autres textes, au contraire, et notamment la loi 3 *Soluto matrimonio*, que nous venons de citer à l'instant, refusent d'une façon non moins expresse le bénéfice de la légitimité. *Filii autem tui*, dit ce texte en parlant de la femme qui a épousé par erreur un esclave, *ut ex libera nati*, INCERTO TAMEN PATRE SPURII INGENUI INTELLIGUNTUR. Ainsi, répétons-le, il n'y avait pas, sur ce dernier point surtout, de règles fixes et

¹ Il suffit pour s'en convaincre de se reporter à la constitution que nous venons de citer : elle exclut expressément la légitimité des enfants nous le verrons tout à l'heure.

² V. la loi 57, § 1, Dig. *De ritu nuptiarum*.

invariables; chaque espèce avait la sienne, et la décision variait suivant les circonstances. On peut donc à la rigueur rechercher dans le droit romain l'origine de quelques-unes de nos dispositions sur les mariages putatifs; mais, il ne faut pas espérer y rencontrer une théorie générale, identique à celle qui est organisée aujourd'hui dans les art. 201 et 202 du Code Napoléon.

Encore quelques mots avant de terminer. Les mariages contractés par erreur, au mépris des dispositions légales, produisaient quelquefois, sans condition aucune, les effets sur lesquels nous venons de nous expliquer; mais il n'en était pas toujours ainsi, la plupart des textes exigent la cessation immédiate du commerce illicite. Parmi ceux que nous avons indiqués plus haut, un d'entre eux, on s'en souvient sans doute, faisait mention de cette condition; nous pourrions en ajouter un grand nombre; mais cette longue énumération serait fastidieuse et n'aurait guère d'intérêt; bornons-nous donc à noter un passage de Papinien¹ : parlant d'un mariage incestueux, celui-ci rapporte en l'approuvant une décision des divins frères (probablement Caracalla et Géta) qui, à cause de l'âge des coupables, — ce qui faisait supposer leur bonne foi — leur avait pardonné, mais à condition qu'ils se sépareraient

V. la loi 58, § 4, au Dig. *Ad legem Juliam De adulteriis coercendis*.

immédiatement. — Faisons enfin observer que toute erreur n'était pas excusable; l'erreur de droit pouvait cependant l'être aussi bien que l'erreur de fait, **mais** elle ne l'était pas, dans toutes les hypothèses. Ainsi, pour rappeler une distinction que nous avons cherché à établir dans un de nos précédents paragraphes, on divisait l'inceste en inceste du droit des gens, et inceste simple : eh bien, ce dernier seul admettait la bonne foi; elle n'était pas légalement possible pour le premier. D'après les idées romaines, c'était en effet la violation la plus coupable des lois de la nature; or, disait-on, comme ces lois sont gravées dans la conscience de tous les hommes, personne ne peut prétendre les ignorer¹, par conséquent leur violation ne saurait jamais être excusable; donc enfin celui qui s'est rendu coupable d'un inceste du droit des gens ne saurait échapper aux justes rigueurs de la loi, quelque grande et quelque complète que soit sa bonne foi.

¹ Les jurisconsultes disent tous en effet : *Nemo ignorat jus gentium*, et Ménandre a écrit fort élégamment : Οὐκ ἔστι τοὺς τῆς φύσεως λαθεῖν νόμους.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT COUTUMIER

PROLÉGOMÈNES.

Exposer en détail les différentes transformations que subit la législation française relativement au mariage, depuis l'époque où les lois barbares commencèrent à se substituer au droit romain, jusqu'au milieu du dix-huitième siècle, serait un sujet digne à tous égards d'intérêt. Mais une introduction historique aussi complète demanderait de trop longs développements. Nous serons donc obligé, quoique à regret, de nous borner à l'étude de notre ancien droit tel qu'il existait au temps de Pothier. Toutefois, nous ferons précéder cet examen d'un résumé historique aussi succinct que possible. Cet aperçu nous paraît, en effet, indispensable pour qu'on puisse se rendre

un compte exact du droit qui régissait la France à la veille de la révolution de 1789. Cela ne nous empêchera pas, du reste, de rechercher, en remontant le plus possible à la source, les origines de chaque condition ou de chaque empêchement que nous passerons en revue.

Nous suivrons d'ailleurs la marche déjà adoptée par nous pour le droit romain. Nous consacrerons notre premier chapitre à étudier les conditions principales que la loi mettait à la validité du mariage. Dans le second nous nous occuperons de la forme du mariage. Enfin, dans notre troisième et dernier chapitre, nous nous efforcerons de préciser les effets de la violation des prescriptions légales : nous étudierons, en d'autres termes, les nullités de mariage, les personnes qui étaient recevables à intenter l'action « en cassation, » enfin les tribunaux devant lesquels elle devait être portée.

APERÇU HISTORIQUE.

Lorsque, au commencement du cinquième siècle, les Germains et les Francs, sous la conduite de Clovis, vinrent fonder, au delà du Rhin, un établissement définitif, le droit romain était depuis longtemps devenu la législation nationale des Gaulois. Quelques

coutumes celtiques subsistaient encore, il est vrai, mais leur importance juridique était tout à fait secondaire, car elles ne pouvaient être invoquées que comme supplément à la loi romaine, et lorsque celle-ci était muette¹. Il nous suffira donc, pour connaître les principes du droit qui régissait alors la Gaule relativement au mariage, de nous reporter aux détails donnés par nous dans notre première partie.

Après le triomphe des barbares, les institutions romaines ne paraissent pas avoir disparu immédiatement. Les Gallo-Romains continuèrent longtemps encore à être gouvernés par leurs anciennes lois. Car, d'après l'opinion qui est aujourd'hui la plus accréditée, les Francs ne se montrèrent pas impitoyables pour les habitants de la Gaule, ils ne les opprimèrent pas ; ils ne furent, pour ainsi dire, que les continuateurs du pouvoir impérial².

Mais à côté de la législation romaine, préexistaient

¹ Ces coutumes n'eurent donc qu'une très-faible influence sur la formation de notre droit français. Ce qui prouve d'une façon péremptoire à quel point l'élément celtique fut étouffé en Gaule, c'est qu'on retrouve à peine dans la langue française quelques traces de cet idiome. (Voir le cours de M. de Valroger, septième leçon, années 1864-65.)

² V. dans le sens de ce système l'abbé Dubos, *Histoire critique de l'établissement de la monarchie franque*. — M. de Savigny, *Histoire du droit romain*. — M. de Valroger, à son cours (dix-septième leçon). — Augustin Thierry a varié. Il défendit d'abord l'opinion contraire dans ses *Lettres sur l'histoire de France* ; mais, dans les *Récits des Temps mérovingiens*, il se rapproche du sentiment de Dubos.

les différentes lois barbares : la loi des Francs-Saliciens, des Francs-Ripuaires, des Allamands, des Burgondes, etc.; et les vainqueurs étaient exclusivement régis par elles. Il serait trop long de rechercher en détail les règles qu'édicteraient ces législations sur le mariage : le point le plus important à noter, c'est que, comme les Germains dont ils composaient une des peuplades, les Francs étaient monogames. Toutefois quelques-uns d'entre eux, les chefs et les principaux personnages de la tribu, avaient des concubines¹. L'influence de la législation romaine rendit pendant quelque temps le concubinat plus général. Mais le christianisme auquel ils ne tardèrent pas à se convertir, vint heureusement réagir contre cette funeste tendance : il le combattit de toutes ses forces : les prêtres, les évêques, et les conciles eux-mêmes conseillaient tous aux fidèles de s'en abstenir et de prendre exclusivement une épouse légitime. Malheureusement la plaie était trop profonde, l'habitude trop invétérée, l'Église dut transiger; elle blâma le concubinat, mais elle ne le prohiba point d'une façon absolue : sans pactiser avec lui, elle toléra en gémissant, le mal qu'elle ne pouvait pas empêcher, remettant, comme

¹ Tacite le dit formellement des Germains; mais il ajoute que c'était plutôt par ostentation que par libertinage. — *Non libidine sed ob nobilitatem* (*De moribus Germanorum*, n° 48).

elle le fait souvent à des temps meilleurs, son extirpation définitive. Augustin Thierry raconte à ce propos une anecdote, que nous croyons utile de rapporter, parce qu'elle donne une idée de la corruption et de la barbarie des mœurs à cette époque. « Clothaire, I^{er}, dont il n'est pas facile de compter et de classer les mariages, avait épousé une fille de la plus basse naissance, appelée Ingonde, sans renoncer d'ailleurs à ses habitudes déréglées. Il l'aimait beaucoup et vivait avec elle en parfaite intelligence. Un jour, elle lui dit : Le roi mon seigneur a appelé sa servante à son lit, il mettrait le comble à ses bonnes grâces en accueillant ma requête. J'ai une sœur nommée Aregonde ; daignez lui procurer, je vous prie, un mari qui soit vaillant, et qui ait du bien, afin que je n'éprouve pas d'humiliation, à cause d'elle. Cette demande, en piquant la curiosité du roi, éveilla son humeur libertine. Il partit le jour même pour le domaine sur lequel habitait Aregonde, et, trouvant qu'elle était pour le moins aussi belle que sa sœur, il la prit avec lui, l'installa dans la chambre royale, et lui donna le titre d'épouse¹. »

¹ V. les *Récits des Temps mérovingiens*. — V. également Grégoire de Tours, *Histoire de France*. Il cite une épisode de la vie du roi Caribert, qui se rapproche beaucoup de l'anecdote que nous avons rapportée au texte.

Ailleurs, dans Grégoire de Tours, nous voyons que Gonthran, qui était cependant le plus vertueux des fils de Clovis, changea de femmes presque aussi souvent que ses frères, et eut, comme eux, plusieurs concubines. On ne s'étonnera plus, après cela, que l'Église ait cru devoir, pendant plusieurs siècles, tolérer le concubinat. Avec des hommes aussi barbares que les Francs, il fallait de bien longues protestations, des anathèmes bien sévères pour ramener leur esprit aux notions les plus vulgaires de la morale. Malgré la puissance immense qu'elle possédait alors, l'Église se serait brisée si elle avait voulu l'attaquer de front : elle eût éloigné d'elle, et pour toujours peut-être, ces peuples qui ne supportaient qu'en frémissant son joug salutaire !

Quoi qu'il en soit, il est certain que le concubinat persista fort longtemps encore. Le premier concile de Tolède n'osa pas le condamner formellement. Nous lisons, en effet, dans son dix-septième canon : « Que celui qui, bien que marié, vit avec une concubine soit repoussé de la communion. N'en écartez pas cependant celui qui n'a pas d'épouse, et qui vit avec une concubine ; celui qui se contente d'une seule femme concubine, ou épouse légitime¹. » A la

¹ Bignot nous dit qu'à cette époque « la concubine n'était guère distinguée de l'épouse. »

fin de la seconde race, il était encore pratiqué par le roi et les grands seigneurs. Il ne disparut complètement que dans le courant du dixième siècle¹.

Pendant ce temps, la puissance de la royauté mérovingienne d'abord, et plus tard des Carlovingiens, avait considérablement grandie ; un pouvoir central assez fort pour que ses décisions devinssent les lois générales de l'empire franc s'était constitué ; c'est alors qu'apparurent les *Capitulaires*². A côté et au-dessous se plaçaient les lois barbares de chaque peuple ; et, dans le Nord surtout, de nombreuses coutumes locales.

Mais les Capitulaires et les coutumes locales elles-mêmes, si grande que fût leur autorité, étaient dominés en matière de mariage par le droit canon. Ce droit n'était, du reste, lui-même en certaines parties, qu'un résumé et un reflet du droit romain, complété et modifié par les décrétales des papes, les décisions des conciles et les règles de la tradition apostolique.

A l'époque de Charlemagne et de Louis le Débonnaire, son influence n'est pas encore prépondérante ; mais, lorsque commença la décadence carlovin-

¹ M. Chambellan, à son cours.

² Ce fut surtout sous la seconde race que les décisions des rois francs prirent le nom de *Capitulaires* ; mais cette expression est déjà quelquefois employée à la fin de la première.

gienne, lorsque à la fin du neuvième siècle, la société sembla prête à périr au milieu du désordre et de la barbarie qui avaient tout envahi, lorsque surtout approcha la terrible échéance de l'an mille, la puissance de l'Église, grandit tout à coup, et avec elle l'autorité du droit canon. Ses règles devinrent civilement obligatoires; ses principes vainquirent les résistances qu'on leur avait opposées. Le concubinat est peu à peu abandonné. L'indissolubilité absolue du mariage commence à se faire accepter. Le mode de computation du droit civil pour les degrés de parenté est condamné, et bientôt le pape Alexandre II (1061-1073) recule les empêchements dans la ligne collatérale jusqu'au septième degré (quatorzième degré du droit civil). Enfin la cérémonie de la bénédiction nuptiale, que Nicolas I^{er} déclarait, en 860, ne pas être indispensable, ne tarde pas à triompher dans la pratique et à se généraliser.

Aux onzième et douzième siècles, l'Église conquiert encore une autorité nouvelle et de nouveaux privilèges. Grégoire VII était monté sur la chaire de Saint-Pierre, et bientôt on le vit, lui, fils d'un charpentier, forcer les plus puissants potentats à courber le front devant la tiare (1073-1085)! Les successeurs immédiats de Grégoire VII furent pendant quelque

temps obligés de reculer; mais, au treizième siècle, l'Église est plus forte que jamais; sa puissance est à son apogée : elle règne en maîtresse absolue sur toutes les consciences; ses lois sont devenues lois de l'État; il en fut particulièrement ainsi des prohibitions édictées par elle en matière de mariage : non-seulement le concubinat était complètement tombé en désuétude, mais l'indissolubilité absolue du mariage n'était même plus discutée; on déclarait indispensable la célébration devant le prêtre; la computation civile avait disparu et fait place à la computation canonique; la juridiction ecclésiastique était seule compétente pour juger les questions de nullité; pour tout dire, en un mot, le caractère religieux du mariage avait absorbé le caractère civil; on ne voyait plus en lui un contrat, mais un sacrement.

Les écrivains protestants et les philosophes du dix-huitième siècle ont à ce sujet vivement critiqué l'Église. Ils lui ont reproché d'avoir voulu opprimer les consciences et supprimer la liberté humaine; ils ont crié à l'intolérance. Pour notre compte, il nous est impossible d'admettre la plupart de ces critiques. Certes, nous ne voulons pas le nier, peut-être à cette époque exagéra-t-elle l'autorité qu'elle s'arrogea; ses prétentions à la domination universelle furent excessives : elle eut tort de vouloir absorber à son profit

la puissance séculière; enfin, quelques-unes de ses prescriptions, et notamment celles qui étendaient les prohibitions jusqu'au septième degré en ligne collatérale, méritent d'être blâmées. Mais ce qu'on ne saurait proclamer trop haut, c'est que l'influence de l'Église fut, en somme, éminemment salutaire à la société¹; c'est que toujours elle lutta avec autant d'énergie que de bonheur contre la barbarie et l'ignorance; c'est que surtout elle n'employa sa puissance qu'à faire prévaloir les idées les plus élevées, les règles les plus salutaires de morale et de justice; principes qui, sans elle, n'auraient peut-être jamais pénétré dans les esprits, car la sagesse antique, la philosophie païenne ne les avaient pas connus ou tout au moins ne les avaient pas mis en pratique! Parmi ces principes, pour citer seulement ceux qui se rapportent à notre sujet, se placent en première ligne, l'égalité absolue de la femme et du mari, l'unité du mariage, son indissolubilité, la nécessité d'une célébration publique qui le distinguât nettement du concubinage, et offrît aux tiers les garanties que ne pouvait leur donner le système de la clandestinité. C'est à l'Église que nous

¹ Macaulay, dont le témoignage ne saurait être suspect, le reconnaît lui-même. (V. *Histoire d'Angleterre, depuis l'avènement de Jacques II.*)

devons tous ces bienfaits ; il serait, selon nous, souverainement injuste de l'oublier.

Au quatorzième siècle, les choses changèrent de face : la royauté avait grandi ; d'une part, elle avait vaincu la féodalité et l'étranger ; de l'autre, elle avait été servie par les légistes qui, imbus des principes du droit romain, voulaient faire, des rois de France, des *empereurs* dans leur royaume¹ ; les Capétiens étaient donc devenus des souverains respectés ; leur puissance était considérable ; celle du saint-siège leur porta ombrage. De son côté, la société civile, plus avancée dans la voie du progrès, sentant, à mesure que ses forces s'accroissaient, que la tutelle de l'Église lui était moins nécessaire, demandait à marcher sans lisières. Dès la fin de ce siècle, la juridiction ecclésiastique commence à être restreinte. La computation civile reprend faveur. La papauté, du reste, ne l'oublions pas, avait déjà fait sur ce dernier point de sages concessions : Grégoire IX avait depuis longtemps reporté les empêchements de parenté dans la ligne collatérale du septième degré au cinquième.

Mise un instant en péril au commencement du quinzième siècle par les victoires des Anglais, la royauté ne tarda pas à reprendre une force et une

¹ V. le cours de M. de Valroger.

autorité plus grandes que par le passé. La lutte recommença entre elle et le saint-siège; elle eut pour résultat la pragmatique sanction (1458), qui fixa les privilèges de l'Église de France. La juridiction ecclésiastique fut de nouveau restreinte. On distingua le contrat civil du sacrement : toutes les questions qui se rattachaient à la validité de ce dernier furent laissées sans difficulté au juge d'Église; mais toutes celles qui ne touchaient qu'au contrat, toutes celles surtout qui n'avaient trait qu'aux intérêts pécuniaires des futurs époux, furent exclusivement revendiquées par le juge séculier. Quant à la computation canonique, de jour en jour elle perdait du terrain, le droit canon lui-même devenait, du reste, moins rigoureux pour les empêchements de parenté; les dispenses étaient plus facilement accordées : on abaissa la limite au quatrième degré; les mariages entre cousins germains étaient même quelquefois autorisés.

Les idées, que la réforme avait répandues dans les esprits, rendirent bientôt complète l'émancipation de la société civile : les prétentions du saint-siège à la suprématie temporelle furent définitivement écartées. Après une lutte sanglante de plus de cent ans, le calvinisme finit, il est vrai, par être vaincu; mais il le fut seulement comme parti politique; il conserva en France de nombreux adhérents. Cette coexistence

dans le royaume de deux religions rivales devait amener tôt ou tard le renversement de l'ancien ordre de choses. Luther et Calvin étaient les précurseurs de la révolution de 1789. La liberté de conscience faillit même plusieurs fois triompher d'une façon définitive : d'abord sous Charles IX et Henri III, mais surtout sous Henri IV, en vertu du célèbre édit de Nantes (1598). Cet édit accordait aux protestants le libre exercice de leur culte. Pour le mariage particulièrement, ils n'étaient plus obligés de se présenter devant le prêtre pour faire bénir leur union : leurs ministres remplaçaient, il est vrai, les prêtres catholiques ; mais aucune cérémonie religieuse n'étant, d'après les principes du protestantisme, indispensable à la validité du mariage ; à leur égard, il se trouvait complètement sécularisé, comme il l'est de nos jours ; il était exclusivement considéré comme contrat civil. Bientôt du reste le protestantisme abusa des droits qu'on lui avait accordés : il s'était reconstitué comme parti politique. Richelieu fut obligé d'entrer en lutte contre lui : après d'assez longs efforts, il réussit à l'abattre. Louis XIV alla plus loin ; obéissant à ses inspirations personnelles qui le portaient à l'absolutisme, mais poussé aussi, il faut le reconnaître, par les idées qui régnaient alors (1685), il révoqua l'édit de Nantes¹ et poursuivit les

¹ Les esprits les plus éclairés de l'époque applaudirent à cette révoca-

protestants avec la plus grande rigueur. La célébration du mariage, devant le *propre curé*, devint de nouveau obligatoire pour tous les Français ; à défaut de cette célébration, le mariage était radicalement nul : les enfants qui en naissaient étaient des bâtards, exclus par la loi de tout droit à la succession de leurs père et mère. Cet état de choses dura presque jusqu'à la veille de la révolution : deux ans seulement avant la réunion des états généraux, le 28 novembre 1787, Louis XVI rendit, par un édit, l'état civil aux protestants ; il déclara que leurs ministres, et, à défaut de ceux-ci des officiers civils à ce désignés, — les officiers de justice — seraient chargés de constater les naissances, mariages et décès « *des religionnaires ;* » que la bénédiction nuptiale devant l'Église ne serait plus nécessaire à leur égard ; que, par conséquent, les mariages ainsi célébrés seraient aussi valables que ceux consacrés par le *propre curé*, et que les enfants qui en naîtraient seraient légitimes¹. Du reste ce n'est qu'à l'égard de la nécessité de la célébration re-

tion ; quelques-uns même l'avait sollicitée, — V. notamment les *Lettres* de madame de Sévigné, — V. également l'*Histoire de France* d'Amédée Gabourd, t. III, p. 87 et 88.

¹ Ce dernier point avait du reste été admis depuis assez longtemps par la pratique judiciaire : quoique les mariages des protestants, qui n'avaient pas été célébrés « en face de l'Église, » fussent nuls strictement et légalement parlant, les enfants qui en naissaient étaient cependant regardés comme légitimes.

ligieuse que l'Église avait vu au treizième siècle consacrer ses principes par le pouvoir civil ; la lutte avait continué sur tous les autres points entre la royauté et elle ; ses privilèges étaient devenus de plus en plus rares ; ses droits avaient été de plus en plus restreints. Au point de vue de la juridiction, la théorie des cas royaux, qui triompha définitivement dès la fin du seizième siècle, lui avait porté les premiers coups ; la création de l'appel comme d'abus l'avait encore amoindrie ; enfin, la distinction que nous avons indiquée plus haut entre les questions qui intéressaient la validité du sacrement et celles qui se rattachaient exclusivement au contrat, avait définitivement prévalu ; les officialités n'étaient compétentes que pour décider les premières. Quant à la computation canonique, le droit civil n'en tenait plus aucun compte ; l'Église elle-même avait renoncé, à cet égard, à ses prétentions ; tout au moins elle ne cherchait plus à l'imposer sous peine d'anathème ; elle se bornait à en conserver l'usage au point de vue purement religieux, et à en prescrire l'observation aux fidèles comme obligation de conscience. Telle fut, sauf quelques modifications de détail que nous n'avons pas le temps de signaler, la législation française en matière de mariage pendant le dix-septième et le dix-huitième siècle. Elle se maintint ainsi jusqu'à Pothier, qui en formula

les principes dans son *Traité du contrat de mariage*.

D'une part, double caractère du mariage, à la fois contrat civil et sacrement; distinction et non plus, comme autrefois, confusion de ces deux caractères; droit pour la puissance séculière d'établir des empêchements dirimants sans avoir besoin du concours ni de l'approbation de l'autorité ecclésiastique; nullité, même au point de vue religieux, des unions contractées en violation de ces empêchements; juridictions ecclésiastiques jugeant, en vertu d'une concession spéciale de la royauté, certaines questions limitativement déterminées.

Il était indispensable de résumer en quelques mots ces règles avant d'entrer dans l'examen de la matière spéciale qui va nous occuper; demandons-nous maintenant quelles étaient les conditions imposées par la loi à la validité du mariage, et quelle était la sanction de leur violation.

Mais auparavant il nous faut revenir sur un point que nous n'avons fait qu'indiquer tout à l'heure.

C'était dans l'ancien droit une question fort agitée et fort célèbre que de savoir quelles étaient les limites de l'autorité du prince et de l'autorité de l'Église sur les mariages : la lutte des deux puissances était sur ce point des plus vives.

Trois systèmes principaux étaient en présence :

Dans une première opinion, l'on disait que le pouvoir d'établir des empêchements dirimants n'appartenait qu'à l'Église, et que les princes n'avaient aucun droit à cet égard; c'était le sentiment de tous les ultramontains. Elle fut notamment soutenue par Habert, théologal de Paris¹. Cet auteur se fonde sur ces trois principes : 1° l'interprétation du droit divin n'appartient qu'à l'Église; 2° la déclaration de tout ce qui appartient à l'essence, c'est-à-dire à la validité ou à l'invalidité des sacrements, est un des articles principaux du droit divin; 3° la validité du contrat et du sacrement de mariage n'est qu'une même chose à l'égard des chrétiens, l'un « n'étant jamais valable ni subsistant sans l'autre; » et en effet, ajoute-t-il, « le contrat n'existe qu'au moment où se fait le sacrement de mariage. » Enfin, répondant à l'objection principale de ses adversaires, que la base du mariage étant un *contrat civil*, il doit être régi par les règles portées par la puissance séculière, il dit que ce n'est pas le contrat civilement valable qui est essentiel au sacrement de mariage, mais le *contrat naturel*, soumis à la direction du droit divin, interprété par l'Église.

Un second système diamétralement opposé préten-

¹ *Traité du pouvoir de l'Église et des princes sur les mariages de leurs sujets.*

dait au contraire, que les princes seuls avaient le droit de mettre des empêchements dirimants au mariage, et que si l'Église jouissait de ce droit, ce n'était qu'en vertu d'une concession toute bienveillante faite par ceux-ci. Pothier était le plus célèbre de ses défenseurs¹. Avant lui, Jean Launoï, docteur en Sorbonne, dans un ouvrage qui fit grand bruit au dix-huitième siècle², avait soutenu avec éclat les mêmes principes. — Le savant jurisconsulte part de cette base que la dignité du sacrement, ajoutée au contrat de mariage, n'a pas pu changer la nature de ce contrat ; le prince conserve sur lui le même pouvoir qu'il avait avant que la dignité de sacrement y fût jointe. Il fait d'ailleurs remarquer qu'en fait il est constant que les différentes lois concernant les empêchements ont été établies d'abord par les princes, et notamment par les empereurs chrétiens du Bas-Empire.

Enfin une troisième opinion attribuait concurremment à l'Église et au prince le droit d'établir des empêchements dirimants. Cette doctrine est enseignée par un grand nombre de jurisconsultes et de théologiens ; mais ces auteurs ne sont pas d'accord entre eux. Les uns veulent que le prince et l'Église

¹ V. partie I^{re}, chapitre III, nos 11 à 14 et 19 à 22.

² C'était un traité latin intitulé : *Regia in matrimonium potestas* ; il fut publié en 1674, et dédié à Achille de Harlay, procureur général.

aient un pouvoir égal dont ils font usage, le premier sur le contrat, celle-ci sur le sacrement; d'autres disent que les princes ont cédé à l'Église les droits qu'ils avaient à cet égard et qu'ils n'en font plus aucun usage. Parmi les premiers il faut citer d'Héricourt et l'auteur des Conférences de Paris; parmi les seconds, Pierre Soto et Gerbais. Entre autres observations, celui-ci fait remarquer qu'il n'y a pas incompatibilité entre les deux pouvoirs. L'Église et les princes en ont usé longtemps ensemble sans inconvénient, et si l'Église est seule aujourd'hui en possession de disposer des empêchements, c'est par un effet de la piété et de la condescendance des princes¹.

Pour notre compte, nous serions disposé à adopter ce dernier système. Dans notre ancien droit, la majorité des jurisconsultes et des théologiens était d'accord sur ce point : le mariage était, à la fois, un contrat civil et un sacrement; partant de cette distinction, nous pensons que le prince avait un pouvoir absolu pour régler tout ce qui regardait le contrat;

¹ V. *Traité du pouvoir de l'Église et des princes* sur les empêchements dirimants, publié en 1696. La première édition avait paru en 1690 sous le titre de *Traité pacifique*. — V. le Code matrimonial de Camus, au mot *Souverains*, tome II, p. 900 et suiv. — V., dans le sens du premier système, un arrêt du Parlement de Paris du 16 février 1677.

mais, d'un autre côté, nous croyons qu'on ne saurait sans injustice refuser à l'Église le droit de mettre à la validité du sacrement telle condition que bon lui semblait.

CHAPITRE PREMIER

DES EMPÊCHEMENTS DIRIMANTS OU DES CONDITIONS MISES PAR LA LOI A LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

Notre intention n'est pas d'examiner en détail toutes les conditions auxquelles notre ancien droit subordonnait la validité du mariage ; une pareille étude serait trop longue pour la place que nous pouvons consacrer au droit coutumier ; peut-être même manquerait-elle un peu d'intérêt , puisqu'il s'agit après tout d'une législation qui n'est plus aujourd'hui en vigueur. Nous nous attacherons donc seulement à faire ressortir les différences les plus saillantes qui séparaient le droit en vigueur avant la révolution, du Code Napoléon. Nous parlerons d'abord des conditions communes aux deux législations , puis nous étudierons celles qui étaient spéciales à notre ancien droit.

SECTION PREMIÈRE.

CONDITIONS COMMUNES.

§ 1. *Puberté.*

L'âge de la puberté légale était fixé, dans notre ancien droit, à douze ans pour les femmes et à

quatorze ans pour les hommes. Mais, bien que « le commerce charnel » ne fût pas de l'essence du mariage, — Pothier¹ le dit expressément, — on était cependant beaucoup plus sévère qu'aujourd'hui relativement à la faculté d'engendrer. Non-seulement le défaut de puberté, mais l'impuissance, qu'elle fût naturelle ou accidentelle², manifestée ou non par des signes extérieurs, formait un empêchement dirimant³. Il paraît en avoir été longtemps de même pour la vieillesse; mais à l'époque de Pothier, la loi civile avait fini par permettre les mariages entre vieillards, parce que nous dit cet auteur, « il y a eu des exemples, quoique très-rares, de personnes qui ont eu des enfants dans un âge très-avancé⁴. » — La règle qui faisait de l'impuissance, quelque

¹ V. le n° 4 du *Traité du contrat de mariage*.

² Un des premiers conciles qui s'occupa de cette question, paraît avoir été celui de Verberie, tenu, en 752, en présence du roi Pépin. Le dix-septième canon de ce concile s'exprime, en effet, ainsi : *Si qua mulier se reclamaverit, quod vir sibi nunquam cum ea mansisset, exeant inde ad crucem, et si verum fuerit, separentur, et illa faciat quod vult*. Le dix-septième canon du concile de Compiègne, tenu en 757, fait aussi allusion à cet empêchement. — La puissance séculière confirma dès cette époque les règles du droit canon; nous en avons la preuve dans un capitulaire, relaté dans la collection d'Ansegise (Livre VI, capitulaire 55). — Les arrêts des Parlements étaient unanimes pour considérer l'impuissance comme un empêchement dirimant au mariage.

³ On exigeait qu'elle fût perpétuelle et qu'elle existât à l'époque du mariage.

⁴ V. n° 97 du *Traité du contrat de mariage*.

fût sa nature, un empêchement dirimant, était certainement en elle-même très-sage et éminemment morale, car la procréation des enfants étant, comme le dit fort bien Pothier¹, « la fin principale du mariage, et cette procréation étant impossible sans l'union intime des corps, pour être capable de mariage, il faut avoir au moins le pouvoir de parvenir à cette union. » D'ailleurs l'impuissance, alors du moins qu'elle est de nature à rendre impossible tout rapport entre les conjoints, expose l'autre époux « à la tentation de pécher; » et c'est surtout ce que voulait empêcher le droit canon, sanctionné sur ce point par le droit civil; aussi cette règle existe-t-elle dans toutes les législations vraiment chrétiennes². Son seul défaut était la difficulté, sinon l'impossibilité des moyens de preuve, et surtout les graves inconvénients qu'ils présentaient au point de vue de la décence. Lorsque la femme demandait la nullité du mariage

¹ V. n° 97.

² M. Chambellan à son cours, quatrième leçon, année 1864-1865. — L'impuissance constitue encore aujourd'hui un empêchement dirimant au mariage dans un grand nombre de législations étrangères; il en est ainsi notamment, en Autriche (art. 60); en Bavière (§ 7 et suivants), en Wurtemberg, en Espagne, enfin en Angleterre (Statut 15, Georges II, chap. 80). -- Dans le grand duché de Bade, l'action en nullité est ouverte en cas d'impuissance antérieure au mariage et ignorée par l'autre conjoint. Nous essayerons plus tard de prouver qu'un système identique a été implicitement sanctionné par le Code Napoléon, dans l'art. 180.

pour cause d'impuissance, le mari devait prouver matériellement devant témoins¹ sa puissance génératrice; c'est ce qu'on appelait *épreuve du congrès*; cette épreuve, aussi immorale que peu probante, était déjà justement flétrie par nos anciens auteurs² et, à l'époque de Pothier, elle avait disparu depuis près de cent ans³. Pour la remplacer, le juge ordonnait que la partie prétendue impuissante serait visitée par des chirurgiens ou des matrones.

Du reste, notre droit civil n'accepta jamais à cet égard toutes les dispositions du droit canon. Ainsi la décrétale de Célestin III (1191-1198), qui permettait à la femme de faire annuler son mariage trois ans après sa célébration, lorsqu'elle jurait sur les saints Évangiles que tout rapport avec son mari avait été impossible, ne fut jamais reçue en France⁴.

¹ Ordinairement devant des médecins et des chirurgiens. Il en fut ainsi, notamment dans un procès jugé par le parlement de Paris en 1659 (V. Code matrimonial au mot *Congrès*.)

² V. notamment Vincent Tagereau, Anne Robert et surtout Antoine Hotman, avocat au parlement de Paris à la fin du seizième siècle. Ce dernier assure que cette pratique ne s'était établie qu'à son époque.

³ Voir Pothier, n° 458, *Contrat de mariage*. — L'épreuve du congrès fut supprimée par un arrêt de règlement du parlement de Paris du 18 février 1677, rendu sur les conclusions de Lamoignon. La cour, porte cet arrêt, fait « défense à tous juges, même à ceux des officialités, d'ordonner à l'avenir, dans les causes de mariage, la preuve du congrès. »

⁴ M. Chambellan à son cours, leçon déjà citée. — Selon Pothier (n° 458),

§ 2. *Non-existence d'un premier lien.*

Rien de particulier à signaler sur ce point à l'époque de Pothier, si ce n'est relativement à l'absence. Le droit canonique n'avait pas suivi la tradition romaine qui permettait à la femme, en cas d'absence de son mari, de se remarier au bout de cinq ans¹. Celle-ci ne pouvait contracter aucune nouvelle union, tant que la mort de son mari n'était pas certaine. Il ne lui était même permis de le faire qu'un an après l'expédition du procès-verbal, constatant son décès. La discipline de l'Église s'était toujours montrée fort sévère à cet égard, et ses principes avaient toujours également été sanctionnés par la législation française.

Il en avait été ainsi à toutes les époques, sauf une exception toute transitoire édictée par le concile de Verberie en 752, en vertu de laquelle le mari partant pour faire la guerre à l'étranger pouvait contracter un *second mariage du vivant même de sa première femme*, lorsque celle-ci refusait de le suivre². Cette

il fallait « le serment *des deux* parties, soutenu par quelques indices extérieurs de défaut de virilité. »

¹ Cette règle avait du reste, comme nous l'avons vu, été abrogée par Justinien.

² Le 9^e canon de ce concile s'exprime ainsi : *Si quis, necessitate inevitabili cogente, et alium ducatum seu provinciam fugerit..... et*

décision, unique dans le droit canonique, ne tarda pas du reste à être rapportée et paraît n'avoir jamais été admise par le droit civil¹.

§ 5. *Non parenté ou affinité civile.*

Les empêchements résultant de la parenté étaient beaucoup plus nombreux dans notre ancien droit qu'aujourd'hui. C'est donc un point qui demanderait de longs développements si nous voulions entrer dans les détails; mais cela nous entraînerait trop loin et aurait d'ailleurs bien peu d'intérêt; bornons-nous donc à faire un résumé de la matière.

On distinguait la parenté proprement dite, l'alliance civile, et l'alliance purement spirituelle. Parlons d'abord de la parenté. Quant à la ligne directe, pas de difficulté; la prohibition fut toujours la même: toujours aussi énergique, aussi étendue.

Il n'en était pas de même de la ligne collatérale; nous avons déjà indiqué, dans notre aperçu historique, combien furent grandes les vicissitudes de la

uxor ejus, cum valet et potest, amore parentum.... eum sequi noluerit; ipsa..... innupta permaneat; nam ille vir.... si se abstinere non potest, ALIAM UXOREM CUM PŒNITENTIA POTEST ACCIPERE.

¹ Une pareille concession, si grave qu'elle soit de la part de l'Église, s'explique lorsqu'on réfléchit à la barbarie des mœurs et à l'immoralité qui régnaient encore à cette époque.

législation à ce sujet; il nous faut maintenant insister sur quelques points qu'il nous a été impossible d'aborder alors. Les empereurs chrétiens, nous le savons¹, avaient appliqué aux cousins germains l'empêchement, qui n'existait autrefois qu'entre le frère et la sœur, l'oncle et la nièce, et réciproquement. Cet empêchement, abrogé en Orient, par Justinien, se perpétua en Occident.

Une fois convertis au christianisme, les Francs ne tardèrent pas à l'adopter. Non-seulement la prohibition du mariage entre cousins germains est renouvelée par tous les conciles tenus au sixième et au septième siècle; mais, elle est même étendue aux cousins issus de germains (sixième degré civil, troisième degré canonique²). La puissance séculière elle-même sanctionna bientôt ces décisions: en 615, Clotaire II confirme les canons du cinquième concile de Paris. « Les mariages entre cousins au troisième degré canonique se trouvèrent donc défendus « en France par la loi du prince aussi bien que par « la loi ecclésiastique³. » On ne devait même pas s'arrêter là. L'autorité du droit canon devenait de jour

¹ Ce fut, on se le rappelle, Théodose le Grand qui publia à ce sujet la première constitution prohibitive. — V. première partie, page 65.

² V. notamment les canons des conciles d'Épaunense (513), de Clermont (535), d'Auxerre (578), du cinquième concile de Paris tenu en 615.

³ Pothier, Contrat de mariage, n° 140.

en jour plus grande ; or, l'esprit de l'Église, gardienne jalouse — quelques-uns disent même gardienne trop sévère, nous verrons plus tard jusqu'à quel point ce reproche peut être mérité — de la pureté des mœurs, était de multiplier le plus possible les empêchements entre parents, afin de ne laisser aucun espoir aux passions si vives, si violentes même à cette triste époque. Aussi voyons-nous bientôt, en 757, une *additio* au capitulaire de Compiègne faire, sur ce point, un nouveau pas en portant l'empêchement jusqu'au septième degré¹. Ceci n'était rien encore, au milieu des convulsions qui bouleversèrent les neuvième et dixième siècles, l'Église, seule debout au milieu de ces ruines, voyait chaque jour accroître son prestige. C'est alors qu'apparut, au milieu du onzième siècle (1061), la fameuse décrétale d'Alexandre II qui imposa, pour la première fois, au monde catholique la computation canonique. Bientôt après, à la suite de deux conciles réunis à Rome en 1065, le pape adressa à tous les évêques de la chrétienté une lettre décrétale, par laquelle il défendit, *sous peine*

¹ Pothier (n° 129, Contrat de mariage) prétend à tort que l'*additio* au capitulaire de Compiègne se référerait à la computation canonique ; M. Chambellan fait remarquer avec raison que ce mode de computation n'avait pas encore triomphé à cette époque. Elle n'était pas encore alors en usage en France ; ce ne fut que deux ou trois siècles plus tard qu'elle commença à pénétrer dans le droit civil.

d'excommunication, de compter les degrés de parenté pour le mariage, suivant le mode de computation du droit civil¹. L'empêchement dans la ligne collatérale était porté au septième degré canonique, ce qui correspondait au *quatorzième* degré suivant le mode de computation civile². On comprend sans peine quel trouble immense dans les esprits, quelle perturbation dans les consciences jetèrent ces différents actes d'Alexandre II. Aujourd'hui ce serait déjà une chose bien grave que d'interdire le mariage jusqu'à un degré aussi éloigné : fort souvent en effet, pour ne pas dire presque toujours, nous ne connaissons pas ceux qui sont nos parents au quatorzième degré ; on serait donc exposé à violer la loi à son insu, à commettre, au point de vue religieux, un sacrilège sans le savoir ; enfin, ce qui serait encore plus déplorable, on aurait le droit de demander la nullité d'une union après vingt ans, trente ans peut-être d'une longue et tranquille possession : et ainsi, on arriverait à compromettre, sinon l'honneur, tout au moins la

¹ V. Pothier, n° 130, Contrat de mariage ;—M. de Valroger, à son cours.

² La différence qui séparait les deux modes de computation était la suivante : en droit canon, on ne comptait que la génération de l'un des parents jusqu'à la souche commune ; tandis que, suivant le droit civil, on comptait les générations des deux côtés ; ainsi, d'après le droit canon, deux frères étaient au premier degré, et deux cousins germains au second ; ils étaient, au contraire, les premiers au second degré, les derniers au quatrième, suivant la computation civile.

tranquillité et le bonheur d'une famille pour punir une faute que, le plus souvent, on ne pouvait pas éviter.

Mais ces inconvénients étaient encore mille fois plus sérieux à l'époque où parurent les décisions d'Alexandre II. La difficulté des communications rendait, dans les campagnes surtout, les relations entre chaque village excessivement rares ; il en résultait que les mariages n'avaient guère pu avoir lieu qu'entre les habitants d'une même paroisse. Aussi étaient-ils presque tous parents ; de là, impossibilité pour ainsi dire absolue de contracter de nouvelles unions, sans transgresser les préceptes du droit canon. L'intention de l'Église en les promulguant avait été du reste excellente. Elle avait voulu rapprocher les familles, multiplier les rapports entre personnes étrangères, afin d'adoucir les haines alors si vivaces et si cruelles, et d'arriver par là peu à peu à la pacification des esprits¹. But assurément bien digne de la mission qu'elle s'était donnée de guider les peuples vers la civilisation et le progrès ; mais, si élevé qu'il fût, ce but n'aurait pas dû lui faire oublier, même pendant quelques siècles, que la modération doit être la loi suprême des

¹ V. l'*Histoire de France* de M. Amédée Gabourb, tome II, pages 145 et suivantes.

choses de ce monde, qu'un principe vrai peut produire les plus déplorables conséquences lorsqu'on l'exagère comme à plaisir, et qu'on l'applique sans restriction et sans limite ! Le saint-siège du reste finit par comprendre qu'il avait été trop loin. Au commencement du treizième siècle, Innocent III, dans le concile général de Latran (1215), abrogea¹ les décisions de ses prédécesseurs, et restreignit les prohibitions au cinquième degré canonique. Quelques années plus tard, Grégoire IX (1227-1241) décida même que le mariage serait permis entre parents dont l'un se trouverait être au quatrième et l'autre au cinquième degré². Pothier ajoute même³ que d'après le principe posé par Grégoire IX, *non-seulement un cousin au quatre, mais un cousin au trois et même au deux, peut épouser sa cousine qui est au cinquième degré*⁴. Ces règles furent depuis observées sans modification, tant par le droit canon que par notre droit séculier lui-même, qui les avait sanctionnées au point de vue civil.

¹ V. notamment le 50^e canon de ce concile.

² V. dans la collection de *Benedictus Levita* les décrétales de Grégoire IX.

³ V. n° 147 du Contrat de mariage.

⁴ Pothier, au numéro 148, se demande s'il en serait de même d'un oncle et d'une tante. Pourrais-je épouser, par exemple, une fille de la descendance de mon frère qui se trouverait au cinquième degré de notre souche commune ? Il résout cette question négativement, en se fondant sur ce que *parentum loco habentur*.

Quant à l'affinité, elle fut aussi soumise aux mêmes principes : elle produisait empêchement au mariage en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré canonique. La seule différence c'est qu'on distinguait ici entre le mariage *ratum*, c'est-à-dire celui où le contrat et le sacrement seuls étaient parfaits, et le mariage *consummatum*, c'est-à-dire consommé charnellement, ce dernier seul produisant l'affinité. D'autre part, faisons observer que l'affinité naissait, même hors du mariage, entre concubin et concubine et leurs parents réciproques. Le concile de Trente, sanctionné sur ce point par le droit civil, apporta seulement une légère modification à l'ancienne législation : il borna l'empêchement au deuxième degré canonique.

§ 4. *Consentement des personnes sous l'autorité desquelles les conjoints étaient placés.*

A Rome, la puissance paternelle était organisée dans l'intérêt exclusif du père de famille. Il en résultait, ainsi que nous l'avons vu en détail¹ : 1° que le consentement du père seul était nécessaire ; jamais celui de la mère, tout au moins à l'époque du droit classique ; 2° que ce consentement était exigé, quel que fut l'âge

¹ V. I^{re} partie, pages 57 et suiv.

de l'enfant, tant qu'il était soumis à la *patria potestas*. A ce double point de vue, grâce aux principes qui dominaient les vieilles législations germaniques, notre ancien droit était plus humain et plus équitable. Mais il n'en avait pas toujours été ainsi : il n'arriva que progressivement à la perfection où nous le voyons à l'époque de Pothier. Examinons rapidement ses différentes transformations. Sous l'empire des lois barbares¹, et des Capitulaires² on distinguait à cet égard les fils et les filles. Les premiers étaient soumis à l'obligation de demander le consentement paternel seulement jusqu'à un certain âge ; les secondes n'en étaient jamais relevées : la même règle paraît avoir été appliquée aux femmes veuves³. A l'époque féodale, les femmes continuent de rester perpétuellement mineures à l'égard du mariage ; mais la protection qu'on leur accorde change un peu de nature. A la mort du père, on ne voit aucun individu spécialement désigné pour donner son consentement ; cette charge incombe en général à tous les membres de la famille.

A côté du consentement de la famille se plaça alors celui du seigneur féodal⁴. Il avait, à certains égards,

¹ V. la troisième formule lombarde. Canciani, tome II, p. 467.

² Livre VIII, art. 453.

³ Cours de M. Chambellan, leçons 17^e et 18^e.

⁴ La législation russe avait conservé jusque dans ces dernières années des dispositions analogues ; avant l'abolition du servage par Alexandre II,

quelque rapport avec celui qu'on exigeait en droit romain du *paterfamilias* ; il avait été admis, non pas dans l'intérêt de la femme, mais dans celui du seigneur. Les femmes ou filles héritières d'un fief « mouvant » d'une autre seigneurie y furent seules d'abord soumises. Le refus du seigneur de consentir au mariage n'était même pas sans appel : lorsqu'il n'était pas motivé, la femme pouvait offrir une somme d'argent, comme indemnité du droit de garde, et la cour des barons avait le droit de forcer le seigneur à l'accepter, et par conséquent à se désister de son opposition¹. — Ces règles furent appliquées avec plus ou moins de rigueur jusqu'au quinzième siècle environ. A cette époque, la décadence de la féodalité devenant de plus en plus marquée, la nécessité du consentement du seigneur disparut. Le consentement des père et mère fut de nouveau seul exigé. Mais l'autorité paternelle avait été fort ébranlée : les désordres de toute sorte du commencement du moyen âge en avaient été la cause principale ; l'Église elle-même, en ne se montrant pas assez sévère

les serfs ne pouvaient contracter mariage sans le consentement de leur seigneur.

¹ V. l'ordonnance de saint Louis de 1246. V. également les Établissements. — Certaines lois féodales étaient encore plus sévères. Ainsi, en Écosse, la loi *ad regiam majestatem* frappait d'une exhérédation perpétuelle, c'est-à-dire d'une saisie du fief, les filles ou femmes qui se mariaient sans le consentement du seigneur.

sur ce point, y avait contribué pour sa part¹. Il fallut frapper fort, pour ramener les esprits dans la voie qu'ils avaient abandonnée. C'est ce que firent successivement trois décisions émanées de la royauté. En première ligne se place un édit de Henri II du mois de février 1556. En vertu de ses dispositions, les fils mineurs de trente ans, et les filles mineures de vingt-cinq qui se mariaient sans le consentement de leurs père et mère étaient frappés d'une double peine. 1° Ils pouvaient être exhérédés par leurs parents ; 2° en cas d'exhérédation, ils perdaient tout droit au bénéfice de leurs conventions matrimoniales². — Les majeurs de vingt-cinq et de trente ans étaient assujettis à de-

¹ Cependant le concile d'Orléans (541), canon 22, et le deuxième concile de Paris (557), canon 6, défendent sous peine d'excommunication d'épouser une fille sans avoir obtenu le consentement de son père. — Le concile de Trente condamna les doctrines des luthériens, qui prétendaient que « le consentement des parents était nécessaire de droit naturel et de droit divin, et que ceux-ci pouvaient rendre nuls par leur seule autorité le mariage de leurs enfants. » (Session 24, *De reform. matrimonii*, chap. 1^{er}.) Mais ses anathèmes ne s'étendaient évidemment pas aux décisions rendues à ce sujet par l'autorité royale. En effet, plusieurs conciles provinciaux, tenus depuis le concile de Trente, conseillent aux enfants de ne pas contracter mariage, sans avoir obtenu l'assentiment de leurs parents. — V. notamment concile de Cambray, chap. 5 (1565); règlement de Melun (1579): *Non liceat filiis familias sine parentum consensu nuptias contrahere*; concile de Bordeaux, canon 2 (1624).

² V. Pothier, n° 324, Contrat de mariage. Il fait remarquer avec raison que les père et mère étaient maîtres absolus de la pénalité; leur exhérédation seule, et une exhérédation toute volontaire de leur part, la mettait en mouvement.

mander l'avis de leurs parents. Vint ensuite la deuxième ordonnance de Blois rendue par Henri III en 1579. Elle est plus sévère que l'édit de 1556. Les mêmes sanctions y sont reproduites; la nullité du mariage y est de plus implicitement prononcée : elle décide en effet que les prêtres qui donneraient la bénédiction nuptiale sans demander aux parties la preuve du consentement de leurs parents seront poursuivis comme auteurs du crime de rapt¹. — L'année suivante, en 1560, une nouvelle ordonnance confirma celle dont nous venons de rappeler les principales dispositions.

Nous arrivons enfin à la déclaration de Louis XIII, du mois de novembre 1639. Elle est encore plus rigoureuse que les précédentes, tout au moins pour les mineurs de vingt-cinq ans. Elle distingue en effet entre ceux-ci et les mineurs de trente ans. Elle laisse ces derniers sous l'empire de l'édit de Henri II, mais elle déclare expressément les premiers déchus de tout droit aux successions *ab intestat* ou testamentaires, qui pourraient leur échoir. En outre, le fils ou la fille étaient présumés avoir été séduits, et par conséquent la nullité du mariage pouvait être demandée². Remarquons du reste que cette présomption ne paraît s'être appliquée dès l'origine qu'aux mineurs de vingt-

¹ V. Pothier, Contrat de mariage, n° 526.

² M. Chambellan à son cours, 18^e leçon

cinq ans. Ce qui est d'ailleurs certain, c'est qu'à l'époque de Pothier, la distinction indiquée par la déclaration de 1639 était depuis longtemps admise sans difficulté. Il y a, nous dit cet auteur¹, deux grandes différences entre les enfants majeurs, — il entend ici parler de la majorité civile, qui était fixée à vingt-cinq ans — et les mineurs : la première, c'est que le mariage des majeurs n'est jamais présumé entaché de séduction : la nullité ne saurait par conséquent en être demandée. La seconde est qu'il ne suffit point aux mineurs de solliciter le consentement de leurs père et mère, il faut encore qu'ils l'obtiennent ; et ils ne peuvent jamais être dispensés de l'obtention de ce consentement². Pour les majeurs, au contraire, l'autorité judiciaire a le droit de briser les résistances injustes que les père et mère opposent au mariage, lorsque le refus de ceux-ci n'est pas justifié ; elle peut en un mot suppléer à l'autorisation paternelle. C'est ainsi du moins que le décida un arrêt du parlement de Paris du 12 février 1718. « Il donna congé de l'opposition » formée par un père au mariage de son fils âgé de vingt-six ans, posant en principe que le majeur de vingt-cinq ans « ne pouvait être empêché de se marier, qu'il était seulement frappé, si son père ne consentait pas au mariage,

¹ V. n° 337, Contrat de mariage.

² V. Pothier, n° 338, Contrat de mariage.

des peines de l'exhérédation prononcées par l'édit de Henri II¹. »

En cas de mort du père, la mère, à qui passait l'exercice de la puissance paternelle, succédait également au droit de consentir au mariage. Lorsque l'enfant était orphelin, c'était le tuteur, et non pas comme aujourd'hui le conseil de famille (art. 160 du Code Napoléon) qui devait consentir au mariage ; toutefois, la famille devait être préalablement consultée. — Tout ce que nous venons de dire s'appliquait aux enfants légitimes ; quant aux bâtards, ils étaient majeurs pour le mariage à l'âge de vingt-cinq ans, sans qu'on distinguât entre les garçons et les filles. Au-dessous de cet âge, le consentement de leur tuteur ou curateur leur était indispensable ; au-dessus de vingt-cinq ans, au contraire, ils n'avaient besoin d'aucune autorisation.

Nous en avons fini avec les personnes qui, en raison de leur âge, avaient besoin du consentement d'autrui ; mais notre paragraphe ne serait pas complet si nous ne disions pas quelques mots d'une classe d'individus dont la liberté, quant au mariage, était également restreinte : je veux parler des serfs.

¹ Un autre arrêt de Paris, de 1680, permit également à un fils de vingt-sept ans de se marier, malgré l'opposition de son père ; mais l'espèce était plus favorable, car la mère et les plus proches parents donnaient leur assentiment au mariage.

Le serf ne pouvait, en principe, se marier qu'avec une personne serve, habitant la même seigneurie que celle dont il était lui-même *mouvant*. Cette double prohibition n'était cependant pas absolue ; il était permis au serf de s'y soustraire ; mais il fallait : 1° qu'il obtînt la permission expresse de son seigneur ; 2° qu'il lui payât un droit appelé *droit de fors mariage*¹. L'Église ne ménagea pas plus que les autres abus ce prétendu droit du seigneur : elle entra en lutte contre lui : elle déclara valables les mariages des serfs avec les personnes libres, quoique contractés sans la permission du seigneur : là encore, elle fit triompher le grand principe de l'égalité ; tant il est vrai que c'est au christianisme que la société civile doit la plupart des conquêtes dont elle est si fière aujourd'hui ! Grâce à son influence, d'importantes modifications furent apportées dans la législation féodale. Lorsqu'un serf et une serve, appartenant à deux seigneurs différents, s'étaient mariés sans leur permission, le mariage n'était plus nul comme autrefois : le serf échappait même au *droit de fors mariage* ; mais le seigneur du serf s'obligeait à rendre à l'autre seigneur une serve en place de celle que le mariage

¹ La quotité du droit de fors mariage variait d'une coutume à l'autre. A Vitry-le-François, elle était de 60 sous et 1 denier (Cout. de Vitry, art. 144). Ailleurs l'indemnité était fixée proportionnellement à la valeur des biens que possédait le serf ; le plus souvent elle comprenait un tiers des meubles ou un tiers des immeubles.

lui avait enlevée, et lorsqu'il n'en avait pas, il était tenu de substituer un serf. Les enfants qui naissaient de ces mariages se partageaient entre les deux seigneurs. C'est ce qu'on appelait *mariage par échange*. Ces usages se perpétuèrent même après l'affranchissement des serfs ; au moment de la révolution, plusieurs coutumes, et entre autres celle du Nivernais (chapitre 33, art. 25), et celle du Bourbonnais (article 265) en conservent encore des vestiges¹.

§ 5. *Consentement des futurs époux.*

Le consentement des futurs époux est sans contredit la plus importante de toutes les conditions exigées pour la validité du mariage ; c'est elle qui met le sceau à toutes les autres ; seule elle est vraiment essentielle. Malgré son importance, nous n'en dirons cependant que quelques mots ; nous aurons en effet à donner plus loin² de longs développements à cet égard dans notre étude sur le Code Napoléon ; nous devons donc être ici fort laconique ; nous indiquerons seulement les points spéciaux à l'ancien droit, dans la crainte d'être obligé plus tard de nous répéter.

On ne distinguait pas autrefois, tout au moins au point de vue des effets qu'ils pouvaient produire,

¹ V. le répertoire de Merlin, au mot *Mariage par échange*.

² V. notre troisième partie, chapitre v.

entre le défaut de consentement et ses vices : dans toutes les hypothèses, le mariage était nul de droit. Examinons rapidement, en les passant l'un après l'autre en revue, les principes généraux qui régissaient les vices du consentement.

1^o Violence.

Pas de difficultés sur ce premier chef. La violence était certainement, comme aujourd'hui, un vice du consentement, et comme aujourd'hui aussi elle rendait nulle l'union qui s'en trouvait infectée.

2^o Séduction.

La séduction était, jusqu'à un certain point, un vice spécial à l'ancien droit; le mot, en effet, ne se trouve pas employé dans nos codes modernes; mais elle produit en définitive le même effet qu'autrefois, car les expressions dont se sert l'art. 180 du Code Napoléon — *consentement libre* — sont aussi larges que possible et comprennent, selon nous, aussi bien la séduction que la violence. Quoi qu'il en soit de cette controverse, ce vice avait dans notre ancienne législation un nom tout spécial : on l'appelait *rapt de séduction*¹.

La séduction était présumée dans deux cas. Nous avons déjà indiqué le premier; c'était, on se le rap-

¹ Pothier (n^o 228) se sert de cette expression.

pelle, le mariage que contractait un mineur sans le consentement de ses ascendants. La seconde espèce était tout autre : il s'agissait de l'hypothèse où deux personnes majeures s'unissaient légalement entre elles après un commerce illicite¹. Dans tous les autres cas il n'y avait pas de règles fixes et déterminées ; la séduction résultait de telle ou telle circonstance de fait, dont l'appréciation était laissée à la prudence des juges.

3° Erreur.

De tous les vices du consentement, l'erreur était celui qui donnait naissance aux plus nombreuses difficultés. On distinguait d'ailleurs plusieurs hypothèses. L'erreur pouvait, en effet, porter, sur le nom, sur les qualités sociales et personnelles, enfin sur la personne physique.

a. — *Erreur portant sur le nom.*

Point d'hésitation, point de doute dans cette espèce. Pothier est aussi formel que possible : rappelant la règle *Nihil facit error nominis quum de persona constat*, il décide que le consentement n'est pas vicié, et que par conséquent le mariage est valable.

b. — *Erreur portant sur les qualités sociales et personnelles.*

Il faut ici sous-distinguer. Que si l'erreur portait

¹ V. Pothier, n° 230.

seulement sur les qualités personnelles; si par exemple, pour citer les espèces indiquées par Pothier¹, « j'ai épousé Marie la croyant noble, quoiqu'elle soit « de plus basse roture; ou la croyant vertueuse, quoiqu'elle se fût prostituée, etc...., dans tous ces cas, « le mariage que j'ai contracté ne laisse pas d'être « valable, nonobstant mon erreur. » Il en était autrement si elle portait sur l'état civil, — ou tout au moins la question était vivement controversée, — lorsqu'il s'agissait, par exemple, d'un mariage contracté avec un mort civilement.

c. — Erreur portant sur la personne physique.

Citons encore l'exemple indiqué par Pothier. Croyant épouser Marie, Pierre épouse Julie. Le consentement est réputé ne pas avoir été librement donné; le mariage est nul.

En résumé, on le voit, dans l'ancien droit, l'erreur n'était considérée que par exception comme un vice du consentement. Quant au motif de cette décision, beaucoup d'auteurs ne l'ont pas aperçu. Il tenait au caractère religieux du mariage, à la fois contrat civil et sacrement; or, comme la matière du sa-

¹ N° 310, Contrat de mariage.

² Pothier se prononce pour la validité du mariage (n° 311); la jurisprudence était également de son temps fixée en ce sens.

crement était la personne, il n'est pas surprenant qu'une erreur portant seulement sur les qualités ne le fît point annuler. C'est donc à tort que quelques jurisconsultes contemporains ont voulu tirer argument, pour soutenir certain système que nous aurons plus tard à combattre, des décisions de Pothier¹. Selon nous, elles ne sauraient plus avoir aucune valeur; aujourd'hui que le mariage est exclusivement un contrat civil, tout est changé; le substance n'est évidemment pas la même : c'est le consentement et non plus la personne; en présence de deux situations aussi différentes, l'argument d'analogie n'a aucune valeur.

4° Dol.

La législation n'a pas varié à l'égard du dol; pas plus dans notre ancien droit qu'aujourd'hui, il ne viciait le consentement en matière de mariage. On avait considéré avec raison que le dol était ici presque inévitable; vérité de tous les temps et de tous les lieux qu'un de nos vieux auteurs — Loisel, — avait formulée dans son style pittoresque en disant : *En mariage trompe qui peut.*

¹ V. notre troisième partie, chapitre V.

SECTION DEUXIÈME.

EMPÊCHEMENTS SPÉCIAUX A L'ANCIEN DROIT.

Nous retrouvons dans le Code Napoléon, sauf quelques modifications de détail, les empêchements que nous venons de passer en revue; il n'en est pas de même de ceux dont nous allons maintenant parler; ils sont spéciaux à notre ancienne législation; ils y étaient la conséquence de la confusion qui régnait alors entre le pouvoir civil et le pouvoir religieux, entre l'Église et l'État.

§ 1. *Affinité spirituelle.*

Cette affinité n'avait aucun rapport avec l'affinité civile : elle ne supposait ni parenté, ni alliance. C'était un lien purement spirituel, qui naissait, d'une part, de la collation, d'autre part, de la réception du sacrement de baptême.

Ces empêchements étaient fort nombreux au moyen âge¹; la matière n'est pas assez importante, et offre trop peu d'intérêt pour que nous les recher-

¹ Ils ne paraissent pas avoir existé dans la primitive Église. On voit, en effet, dans saint Augustin (épître XCVIII, *Ad Bonif.*) et dans saint Césaire d'Arles (homélie XII) que c'étaient les père et mère qui tenaient eux-mêmes leurs enfants sur les fonts baptismaux. — V. Van Esten, *Jus eccles.*

chions. Bornons-nous à indiquer la législation qui était en vigueur à l'époque de Pothier. Le concile de Trente, dont les canons avaient été sur ce point reçus en France, les avait restreints à trois hypothèses. L'empêchement n'existait plus qu'entre :

1° La personne baptisée et son parrain.

2° La personne baptisée et celui qui lui avait administré le baptême.

3° Les parents de la personne baptisée et celui qui avait conféré le sacrement.

§ 2. *Empêchements basés sur l'honnêteté publique.*

Ils étaient au nombre de trois :

1° *Empêchement entre chaque fiancé et les parents de l'autre fiancé.* Les fiançailles étaient en effet, un mariage *in spe*, suivant l'expression de Pothier¹ ; elles établissaient des rapports continuels et fort intimes non-seulement entre les fiancés, mais même entre les parents de chacun d'eux ; il était donc, jusqu'à un certain point, naturel qu'elles produisissent les mêmes effets que le mariage. Du reste, et c'était justice, l'analogie était loin d'être complète : en ligne directe, l'empêchement existait aussi, il est vrai, à l'infini ; mais en ligne collatérale, le concile de Trente l'avait

¹ V. Contrat de mariage, n° 215.

restreint au premier degré : discipline sanctionnée par le droit civil.

2° *Affinité résultant d'un mariage non consommé*. Le droit canonique n'avait pas adopté au point de vue de la perfection du mariage les mêmes principes que le droit romain. On distinguait, ainsi que nous l'avons déjà dit, le mariage *ratum* du mariage *consummatum*¹ : ce dernier seul était considéré comme parfait ; il devenait dès lors indissoluble, tandis que le premier ne l'était pas. Toutefois, on n'allait pas jusqu'à ne tenir aucun compte du mariage simplement *ratum* ; en raison des relations nombreuses et intimes qui avaient nécessairement existé entre les deux familles, l'on prohibait le mariage — prohibition qui était sanctionnée par la nullité — en ligne directe à l'infini, et en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré canonique.

3° *Mariage d'un mari avec la belle-mère de sa défunte femme*. Cet empêchement avait d'abord été général à toute la chrétienté. Mais l'Église crut devoir le supprimer au quatrième concile de Latran, tenu à Rome en 1215. Il tomba dès lors partout en désuétude aussi bien au point de vue civil qu'au point de vue religieux. Il ne se maintint que dans une seule province de la France, sur les terres normandes, habitées par

¹ Nous avons indiqué plus haut, le caractère de ces deux mariages.

une race qui, plus que toute autre, avec sa ténacité presque bretonne, a eu le respect des vieilles traditions, et s'est toujours montrée fidèle aux anciens usages¹. Remarquons du reste qu'il n'existait entre ces deux personnes ni aucun lien de parenté, ni même aucune affinité; l'empêchement n'avait qu'un seul motif: il paraissait dangereux pour l'honnêteté publique que le mari pût avoir la pensée qu'à la mort de sa femme, il lui serait permis d'épouser la belle-mère de celle-ci.

§ 5. *Engagement dans les ordres sacrés, et vœux solennels de religion.*

Nous avons vu quelles furent sur ce point les vicissitudes du droit romain; l'empêchement n'était pas d'abord sanctionné par le droit civil. Justinien fit de sa violation une cause de nullité de mariage; mais il ne tarda pas à modifier lui-même sa propre législation: l'empêchement devint simplement prohibitif². Le droit canon fut également longtemps sans avoir à cet égard des règles fixes et invariables.

¹ C'est ainsi, pour citer un second exemple, que, seule des provinces du nord de la France, la Normandie conserva le régime dotal qu'elle avait emprunté au droit romain.

² V. notre première partie, chapitre premier, p. 55.

Nous avons vu dans notre première partie que le célibat ecclésiastique ne fut d'abord qu'un conseil¹; mais il se développa peu à peu avec les progrès du christianisme. Les premiers conciles et notamment les conciles d'Elvire (305), d'Ancyre (314), de Néocésarée (314), de Nicée (325), de Carthage (390) se bornèrent à défendre, sous peine de déposition, aux personnes consacrées à Dieu — aussi bien aux membres des communautés religieuses qu'aux prêtres, diacres, sous-diacres — de contracter un mariage après leur profession ou leur ordination. La prohibition n'était même pas absolue; ainsi nous voyons saint Augustin, au commencement du cinquième siècle, combattre la doctrine de ceux qui regardaient de pareilles unions comme des adultères: « *Qui dicunt, écrit-il, talium nuptias NON ESSE NUPTIAS SED ADULTERIA, non videntur diligenter considerare quid dicant.* » La discipline de l'Église ne tarda pas du reste à devenir plus sévère. Dès le concile de Chalcédoine, tenu en 451, la peine de l'excommunication est prononcée contre les violateurs de

¹ Ce conseil avait, du reste, été plusieurs fois formulé par le Christ lui-même. Nous le voyons dans l'Évangile promettre le royaume de Dieu pour prix du célibat: « Si quelqu'un, dit-il, quitte sa femme pour l'amour de moi, il recevra le centuple et la vie éternelle. » Mais il résulte également d'un texte de saint Paul, cité plus haut (page 55), que le célibat n'était pas alors obligatoire pour les ministres de la religion chrétienne.

cette prohibition ¹. Jusqu'au milieu du dixième siècle, la sanction ne paraît pas avoir jamais été plus rigoureuse. Vers cette époque plusieurs conciles provinciaux, et notamment celui de Troisli (909) prononcent la nullité du mariage; mais uniquement pour les personnes engagées par des vœux solennels dans une communauté religieuse d'hommes ou de femmes; c'était du reste seulement là des décisions spéciales qui n'avaient d'autorité que dans les provinces ecclésiastiques où elles avaient été rendues. Pour trouver une règle générale applicable à toute la chrétienté, il faut arriver au second concile œcuménique de Latran ² tenu à Rome, en 1159. L'empêchement devint dès lors dirimant, et les mariages contractés en violation furent par conséquent déclarés nuls. Cette discipline fut depuis confirmée et de nouveau solennellement sanctionnée par le concile de Trente ³; il prononça même anathème contre ceux

¹ V. le canon 16^e. Une peine à peu près identique avait été prononcée par le concile de Néocésarée (314), mais seulement contre les prêtres qui auraient commis une fornication. *Si quis presbyter fornicatus fuerit, amplius pelli debet*. Le célibat ne tarda pas à devenir, en Occident, une obligation absolue (V. notamment concile d'Agde (506), premier concile de Tolède, canon 1.)

² V. le canon 9^e du concile, cité par Pothier, au n° 111 de son *Traité du contrat de mariage*. Il s'applique à l'engagement dans les ordres sacrés aussi bien qu'aux vœux solennels.

³ Session 24, canon 9, *De reform. matrim.*

qui soutiendraient la validité des mariages¹ contractés par les membres des communautés religieuses ou par les personnes engagées dans les ordres sacrés². Remarquons du reste, que, relativement aux vœux prononcés dans les communautés, on était assez sévère ; il fallait : 1° que la profession ou l'émission des vœux eût été solennelle ; 2° qu'elle eût été faite dans un ordre approuvé par le saint-siège. Le droit civil français adopta les différentes règles que nous venons d'indiquer : avant la Révolution, les deux pouvoirs, sauf quelques luttes passagères, se prêtaient en effet généralement un mutuel appui : l'État comprenait qu'il était non-seulement de son devoir, mais aussi de son intérêt de faire respecter les prescriptions de l'Église, pour que, à son tour, celle-ci commandât aux fidèles le respect du prince et de l'autorité ! Toutefois nous ne trouvons, ou tout au moins il n'existe à notre connais-

¹ Les anathèmes du concile de Trente ne sauraient atteindre, croyons-nous, ceux qui pensent, ainsi que nous essayerons de le démontrer plus tard (III^e partie, chap. VI) que les lois françaises, ne prononcent pas aujourd'hui la nullité de ces mariages, considérés exclusivement comme contrat civil. Il en est évidemment ainsi du canon 12, qui porte : *Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ecclesiasticos, anathema sit*. Dans l'état actuel de la législation, il ne saurait être question de la juridiction ecclésiastique.

² La discipline de l'Église grecque-unie est sur ce point moins sévère que celle de l'Église latine. (V. Chardon, *Histoire des Sacrements* page 1085.)

sance, aucun texte législatif qui ait expressément déclaré l'engagement dans les ordres sacrés et les vœux solennels, civilement obligatoires au point de vue du mariage¹. Ces deux empêchements ne sont sanctionnés par aucune des ordonnances royales qui se sont occupées de notre matière. Mais, en fait, il n'en était pas qui fussent plus respectés; et, sans qu'on puisse citer aucune disposition spéciale qui les ait consacrées, les règles du droit canon étaient devenues sur ce point de véritables lois de l'État². Ce qui est certain, c'est que la jurisprudence était en ce sens unanime : tous les tribunaux séculiers, les parlements eux-mêmes, gardiens si jaloux des droits du pouvoir civil, adversaires si terribles et si constants des prétentions dominatrices de l'Église, n'hésitaient pas à marcher avec elle sur ce terrain, et, dans toute circonstance, à sanctionner par ses arrêts l'exécution de ses prescriptions. Rappelons seulement les décisions les plus remarquables. La première est du 15 juillet 1630; le parlement de Paris y déclare nul le mariage d'une certaine Gilberte d'Angelot, qui avait

¹ Il n'en était pas de même sous d'autres rapports; ainsi plusieurs ordonnances décident que la profession dans un ordre religieux reconnu en France, entraînerait la mort civile et rendrait par conséquent le profès incapable de disposer ou de recevoir entre-vifs et par testament.

² V. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n^{os} 111, 113, 117.

fait autrefois profession dans une maison religieuse, bien qu'elle eût depuis abjuré le catholicisme ¹. La seconde intervint dix ans plus tard (22 août 1640) dans des circonstances identiques : il s'agissait de savoir si le mariage contracté par un prêtre, après que celui-ci avait embrassé la religion protestante, était valable. Comme la première fois, le parlement décida qu'il ne l'était pas, l'empêchement continuant d'exister, malgré son changement de religion ².

§ 4. *Empêchement résultant de l'adultère.*

L'adultère et son complice ne pouvaient pas s'unir entre eux. Nous avons vu que cet empêchement existait en droit romain ³. Le droit canonique le lui emprunta, mais l'étendit d'abord beaucoup plus que ne l'avait fait la législation romaine. Dans le courant du treizième siècle, il fut restreint à deux cas : 1° celui où l'adultère avait assassiné son conjoint ; 2° celui où les coupables s'étaient promis mutuellement le mariage, avant de consommer leur crime. Il continua à en être ainsi jusqu'au dix-huitième siècle.

¹ V. le recueil de Bardet, livre III, chap. cxv.

² V. Pothier, n° 117, Contrat de mariage — V. dans le même sens Fevret, d'Iléricourt, Durand-Maillane, et deux arrêts du tribunal de cassation, le premier du 12 prairial an XI, le second du 3 floréal an XIII.

³ V. notre première partie, chapitre premier.

§ 5. *Empêchement résultant du meurtre.*

L'empêchement résultant du meurtre est relativement assez récent. Il fut édicté par le pape Célestin III, en 1196 ¹, et, bientôt après, adopté par le droit civil. A l'époque de Pothier, le mariage n'était interdit entre le meurtrier et le conjoint survivant que dans le cas où ces trois circonstances se trouvaient réunies : 1° consommation du meurtre; 2° participation non douteuse de l'époux survivant au crime; 3° adultère du meurtrier avec l'autre conjoint ².

§ 6. *Empêchement résultant de la diversité de religion.*

Les empereurs chrétiens du Bas-Empire commencèrent d'abord, on se le rappelle³, par défendre les unions entre les juifs et les chrétiens; plus tard la prohibition fut étendue aux hérétiques, et les mariages que ceux-ci contractaient avec les orthodoxes furent également déclarés nuls. Un concile, tenu à Constantinople en 692, prétendit, il est vrai, sanctionner au nom de l'Église les constitutions impé-

¹ La décrétale de Célestin III est remarquable par la fermeté du langage et l'élévation des idées qui y sont exprimées.

² V. Pothier, Contrat de mariage, nos 240 et 241.

³ V. notre première partie, chapitre premier.

riales ; mais ce concile n'ayant pas été approuvé par le saint-siège, ses décisions n'eurent aucune force légale dans la catholicité. Depuis cette époque différentes assemblées ecclésiastiques — synodes ou conciles — s'occupèrent de la question, mais aucune ne crut devoir la trancher dans le sens d'une prohibition absolue. On se borna à conseiller aux fidèles de s'en abstenir, et à leur en signaler les dangers, mais sans jamais mettre en doute leur validité. Ce fut Louis XIV qui prononça pour la première fois en France la nullité des mariages mixtes contractés entre catholiques et protestants¹. Cette décision resta en vigueur jusqu'à la Révolution ; mais à l'époque de Pothier, elle n'était plus guère appliquée, puisque, depuis la révocation de l'édit de Nantes, il n'y avait plus en France, au point de vue de l'État, que des catholiques. Quoi qu'il en soit, il n'est pas inutile de faire remarquer, en terminant, que la puissance séculière devança toujours en cette matière le pouvoir religieux ; l'Église fit constamment preuve d'une grande prudence ; c'est donc à tort que quelques écrivains ont pris

¹ « Voulons et nous plaît, dit le roi, qu'à l'avenir nos sujets de la religion catholique ne puissent contracter mariage avec ceux de la religion prétendue réformée, déclarant tels mariages *non valablement contractés*, et les enfants qui en proviendront illégitimes et incapables de succéder aux biens de leurs père et mère. » (Édit du mois de novembre 1680.)

prétexte de ces prohibitions par l'accuser d'intolérance.

Tous les empêchements que nous avons étudiés jusqu'ici étaient dirimants ; leur violation , comme nous l'avons dit plusieurs fois, entraînait la nullité du mariage. A côté d'eux se plaçaient quelques conditions secondaires qui formaient autant d'empêchements prohibitifs ; ces empêchements étaient au nombre de trois : 1° le vœu simple de chasteté ; 2° le mariage annulable, qui n'avait pas encore été déclaré nul ; 3° les fiançailles. Mais nous ne voulons entrer , à leur égard, dans aucun détail ; l'étude que nous en ferions nous éloignerait trop de notre sujet ; il nous suffit de les avoir énumérés.

CHAPITRE II

DE LA FORME DU MARIAGE.

Les conditions de forme auxquelles notre ancien droit subordonnait la validité du mariage étaient nombreuses. Mais toutes se résumaient dans un seul mot, la *célébration devant le propre curé* ; elle se composait de différentes cérémonies et formalités que nous allons successivement passer en revue ; faisons d'abord une courte excursion dans le domaine de l'histoire pour rechercher depuis quelle époque cette célébration était obligatoire.

Il est certain que sous les empereurs chrétiens du Bas-Empire aucune célébration, pas plus au point de vue religieux qu'au point de vue civil, n'était exigée pour la validité du mariage. Ce principe a été par nous établi dans la partie de notre étude que nous avons consacrée au droit romain¹ ; bornons-nous à rappeler ici qu'il était nettement posé dans plusieurs textes du Code, et, notamment par la loi 22 *De*

¹ V. notre première partie, chap. II.

nuptiis. — Il en était de même chez les Germains et chez les Francs ; seulement le mariage s'y formait par la tradition : il était donc essentiellement un contrat réel.

Cependant dès les premiers temps du christianisme, les fidèles avaient pris la pieuse habitude de faire bénir leurs unions par le prêtre ; cela résulte implicitement d'un passage de saint Paul ¹. A la fin du deuxième siècle, cet usage était généralement observé, car, Tertullien le célèbre avec enthousiasme dans son style un peu emphatique : *Unde sufficimus*, dit-il, *ad enarrandam felicitatem ejus matrimonii* QUOD ECCLESIA CONCILIAT, *confirmat oblatio* ², *obsignat benedictio* ³. Au quatrième et au cinquième siècle, nous voyons le clergé le recommander avec instance. Néanmoins, pour trouver une prescription formelle de l'autorité ecclésiastique, il faut aller jusqu'au commencement du sixième. En 524, un canon du concile d'Arles ordonna la célébration publique des mariages. Mais ce ne fut là qu'une décision isolée, ou qui du moins ne fut pas longtemps appliquée. Un texte célèbre, que nous rencontrons dans le courant du

¹ V. Épître aux Éphésiens, chap. v, verset 52.

² L'*oblatio* dont parle Tertullien est probablement le sacrifice de la messe.

³ V. lib. II, *Ad uxorem*, chap. viii.

neuvième siècle, en est la preuve irrécusable. Les Bulgares, jusque-là restés païens, étaient sur le point de se convertir au christianisme : ils demandèrent au pape Nicolas I^{er} si la bénédiction nuptiale était obligatoire sous peine de péché. Celui-ci répondit, après avoir exposé en quelques mots les cérémonies en usage, suivant les rits de l'Église romaine : PECCATUM AUTEM ESSE, SI HÆC CUNCTA... NON INTERVENIANT, NON DICIMUS..... *Præsertim cum tanta soleat arctare quosdam rerum inopia, ut ad hæc præparanda nullum his suffragetur auxilium ; ac per hoc sufficiat, secundum leges, SOLUS EORUM CONSENSUS de quorum conjunctionibus agitur.* Ainsi, au milieu du neuvième siècle — cette lettre fut en effet écrite vers 860¹, — la papauté elle-même reconnaissait que le consentement des parties était seul de l'essence du mariage ; bien plus, comme le fait remarquer avec tant de justesse Pothier², elle enseignait que la bénédiction nuptiale non-seulement n'était pas nécessaire à la validité du contrat civil, mais encore, ce qui au premier abord semble plus extraordinaire, n'était pas indispensable pour qu'il y eût *sacrement*.

La discipline de l'Église continua longtemps encore

¹ Le pape Nicolas I^{er} gouverna l'Église de 858 à 867.

² V. Contrat de mariage, n° 345. — V. également le Répertoire de Merlin, au mot *Mariage*.

à ne pas être plus sévère à cet égard. Alexandre III (1159-1161) sanctionne les fiançailles par paroles de présent — *Sponsalia de præsenti*¹ — et déclare dans plusieurs lettres ou décrétales qu'elles ont la même valeur que les mariages célébrés devant l'Église². Innocent III revint, il est vrai, quelques années plus tard (1198-1216) sur ces concessions un peu exagérées : il prohibe les mariages clandestins et les fiançailles *par*

¹ Ces fiançailles consistaient en une simple déclaration des futurs conjoints, par laquelle ceux-ci disaient qu'ils se prenaient actuellement pour époux. *Matrimonium imitantur*, disait le droit des décrétales. Il n'y avait besoin pour leur perfection d'aucune cérémonie ou célébration religieuse. Ces unions prirent plus tard le nom de « mariages par paroles de présent; » elles furent longtemps en usage en France. Plusieurs anciens arrêts du parlement de Paris les déclarèrent même valables; un des plus célèbres est celui du 4 février 1576; il est rapporté par Thèvenau dans son Commentaire sur les ordonnances. — L'article 44 de l'ordonnance de Blois défendit, sous peine corporelle, à tous notaires de recevoir aucun mariage par paroles de présent. — V. Code *Matrimonial*, de Camus.

² V. notamment, dans la collection des décrétales, celles qui sont citées au chapitre ix, *Ext. de sponsal*; au chapitre viii, *De Sponsal. duorum*. — Chose curieuse et digne de remarque, ces unions, consacrées pendant quelque temps par la discipline de l'Église, se sont conservées jusqu'à nos jours dans la législation écossaise; elles y ont seulement changé de nom. En Écosse on distingue encore aujourd'hui les mariages réguliers contractés *per verba de præsenti*, et les mariages irréguliers ou *per verba de futuro*. Pour les premiers, on exige les formalités ordinaires, publication, célébration devant un ministre du culte. Pour les seconds, au contraire, — et ils ont au point de vue légal la même valeur, — il suffit que les futurs époux comparaissent devant une personne qui prend le titre et la qualité de ministre du culte, ou devant deux témoins notables. (Logan cité par M. Félix, pages 8 à 14; et 174 à 180. — V. également un article publié dans la *Gazette des Tribunaux* du 15 février 1859 sur les mariages de Gretna-Green.)

paroles de présent : mais cependant il ne va pas jusqu'à les déclarer nuls. Le concile de Trente fut plus absolu, et plus rigoureux : le premier, il posa une règle générale inflexible : la nécessité de la célébration devant le propre curé fut définitivement sanctionnée, et la nullité du mariage prononcée en cas d'inobservation des formalités prescrites ¹.

Depuis longtemps, nous allons le voir, la puissance séculière avait devancé l'Église. Les plus anciens monuments que nous ait conservés l'histoire, datent de la seconde race. La collection de Benedictus Levita², renferme en effet un capitulaire attribué par ce savant moine à Charlemagne ou à ses successeurs, dans lequel on lit ces mots : NEC, SINE BENEDICTIONE SACERDOTIS, *qui ante inmundi erant*, NUBERE AUDEANT³. Les secondes noces étaient donc exceptées de la règle. D'autres textes paraissent plus généraux, et notamment le capitulaire 179 et 463 du livre septième. La sanction de ces prescriptions n'était pas du reste la nullité du mariage, mais seulement une peine pécuniaire ou

¹ Le décret fut rendu dans la vingt-quatrième session, après de longues et très-vives discussions.

² Benedictus Levita composa dans le courant du dixième siècle un recueil des Capitulaires des rois francs, mais il y mêla à dessein plusieurs dispositions du droit canonique, favorables aux prétentions de l'Église. Aussi ne doit-on pas avoir une confiance absolue dans les textes cités dans ce recueil. — V. le cours de M. de Valroger, 59^e leçon.

³ V. livre VI, art. 150.

afflictive¹. Si insuffisantes qu'elles fussent, elles étaient cependant fort précieuses, et rendirent certainement les services les plus signalés. Malheureusement au milieu des bouleversements qui désolèrent les dixième, onzième et douzième siècles, ces sages dispositions ne tardèrent pas à tomber en désuétude. Les mariages étaient redevenus clandestins. Aucune publicité, aucune célébration n'étaient plus exigées : et cet état de choses produisait les résultats les plus fâcheux. Il faut arriver jusqu'au règne d'Henri III pour trouver sur ce point de nouvelles décisions législatives. L'ordonnance de Blois (1579), dans son article 40, déclare : « *qu'aucun mariage ne pourra être VALABLEMENT CONTRACTÉ sans proclamations précédentes et CÉLÉBRATION PUBLIQUE, à laquelle assisteront quatre témoins dignes de foi, et dont sera fait registre, etc.* » Cette ordonnance est le point de départ d'une nouvelle série de décisions royales, qui toutes sont venues la confirmer ou y ajouter quelques dispositions nouvelles. Vint d'abord un édit d'Henri IV du mois de décembre 1606 ; puis la célèbre déclaration de Louis XIII de 1639, dont l'art. 1^{er} ordonne qu'à la célébration du mariage assisteront quatre témoins avec le curé, qui recevra le consentement des parties et les con-

¹ V. le quatrième supplément des Capitulaires de Charlemagne.

joindra en mariage. Enfin, citons, pour terminer, un des articles de l'édit rendu par Louis XIV, en 1697, il est ainsi conçu : *Voulons que les ordonnances des rois nos prédécesseurs, concernant la célébration des mariages et notamment celles qui regardent LA NÉCESSITÉ DE LA PRÉSENCE DU PROPRE CURÉ de ceux qui contractent, soient exactement observées.*

Tels étaient encore à l'époque de Pothier les principes qui dominaient la matière : les règles que nous venons d'exposer n'avaient éprouvé aucune modification nouvelle ; il ne nous reste donc plus, pour compléter notre exposé, qu'à résumer les différentes formalités exigées.

1° Célébration devant le propre curé.

Il faut d'abord que le curé, devant lequel le mariage est célébré, soit compétent. Il ne l'est que lorsqu'une au moins des deux parties contractantes est domiciliée sur sa paroisse. Notons du reste que le curé peut déléguer un autre prêtre ; mais en vertu de la déclaration de 1639, la délégation n'est valable que si elle est donnée par écrit ; on fait seulement exception à cette règle en faveur des vicaires : leur qualité les dispense d'obtenir une « commission particulière ; » ils sont censés avoir une permission générale.

La compétence du propre curé, sa présence même ne suffisent pas : il faut qu'il y ait eu célébration proprement dite par celui-ci. Il faut, en d'autres termes, que toutes les cérémonies prescrites par les rituels des différents diocèses aient été accomplies.

Enfin, alors même que tout ceci aurait été observé, le mariage ne serait pas moins annulable s'il n'y avait pas eu publicité. Quant aux conditions de la publicité, la seule qui fût indispensable était la présence de quatre témoins ; on ne paraît pas avoir exigé, tout au moins à peine de nullité, que la bénédiction nuptiale ait été donnée à l'église et que des personnes étrangères à la famille aient pu y assister.

2° Rédaction d'un acte constatant l'accomplissement de la célébration.

La rédaction d'actes constatant la célébration des mariages fut prescrite pour la première fois par l'ordonnance de 1667¹. Cette ordonnance se trouva plus tard confirmée et complétée par une déclaration de Louis XV, du 9 avril 1756.

Les registres étaient cotés, signés et paraphés par première et dernière feuille, par le juge royal du lieu. Les actes de mariage devaient être inscrits sur-le-

¹ Titre XX, art. 8. — V. également les articles suivants jusqu'à l'art. 18.

champ sur un double registre, en ayant soin d'y consigner les noms, prénoms et qualités des parties contractantes. En un mot, toutes les formalités aujourd'hui prescrites pour la tenue des registres de l'état civil étaient en général également exigées¹.

¹ L'ordonnance de 1667, et la déclaration de Louis XV de 1736, peuvent en effet être considérées comme les sources principales des dispositions que nous retrouvons aujourd'hui dans le Code Napoléon au titre des *Actes de l'état civil*.

CHAPITRE III

DES NULLITÉS DE MARIAGE ET DES ACTIONS EN CASSATION.

La violation de tous les empêchements dirimants entraînait sous notre ancienne législation, la nullité du mariage. La seule distinction que nous voyions apparaître dans nos vieux auteurs — Pothier la sanctionne expressément de son autorité¹, — est celle qui existe encore aujourd'hui entre les nullités absolues et les nullités relatives; nous en indiquerons bientôt la portée et le sens. Nous serons donc nécessairement plus bref que dans notre premier chapitre : la matière, quoique plus abondante qu'en droit romain, est cependant encore, en effet, assez restreinte.

Toutefois, qu'on ne s'y trompe pas, l'assimilation entre les deux législations était loin d'être complète. Il y avait notamment entre elles une différence capitale. A Rome, les mariages contractés au mépris des

¹ V. n° 444, Contrat de mariage.

dispositions légales étaient, on se le rappelle, nuls de droit, la nullité produisait son effet *ipso facto* indépendamment de tout fait postérieur, de toute décision judiciaire ; en France, au contraire, avant la Révolution comme aujourd'hui¹, la nullité ne résultait pas *ipso facto* de la violation des prescriptions légales ; dès qu'il y avait eu célébration, elle devait être demandée par les parties, et prononcée par les juges compétents. Quoiqu'il en soit de ce parallèle, nous diviserons notre chapitre en deux grandes sections. Dans la première, nous verrons quelles étaient les personnes qui avaient le droit de se prévaloir de la nullité ; dans la seconde nous rechercherons quels étaient les tribunaux compétents et quelle procédure on y suivait

PREMIÈRE SECTION.

QUELLES PERSONNES POUVAIENT INVOQUER LA NULLITÉ.

Avant de passer en revue les personnes qui avaient le droit d'invoquer « les demandes en cassation, » il est bon, croyons-nous, de préciser nettement le caractère de la distinction que nous avons an-

¹ Nous parlons ici en général, nous ne nous occupons pas des nombreuses difficultés de détail que nous aurons plus tard à examiner dans notre troisième partie.

noncée tout à l'heure. Il y avait, pour parler le langage de notre ancien droit, des vices absolus et d'autres qui étaient seulement respectifs¹.

1° Vices absolus.

Les vices absolus résultaient : 1° de la présence d'un empêchement dirimant inhérent à la personne de l'un des conjoints ; 2° du non-accomplissement de l'une des formalités essentielles prescrites pour la célébration du mariage. Ainsi constituaient un vice absolu : d'une part, la parenté, l'affinité, l'engagement dans les ordres sacrés, ou les vœux solennels de religion ; d'autre part, le défaut de bénédiction nuptiale devant le propre curé, ou son incompetence, etc... Le caractère propre de ces vices, c'est qu'ils pouvaient être invoqués, non-seulement par chacune des parties, mais encore par toutes les personnes intéressées.

2° Vices respectifs.

Les vices respectifs, au contraire, résultaient, non pas du non-accomplissement d'une condition inhérente au mariage, mais de la violation du droit de l'une des personnes intéressées. Ils étaient par conséquent de deux sortes ; les uns relatifs aux ascendants ; les autres aux parties contractantes elles-

¹ V. Pothier, n° 444.

mêmes. Les premiers comprenaient seulement le défaut de consentement des parents ; les seconds étaient plus nombreux : la violence, l'erreur sur la personne physique, le rapt de séduction, faisaient partie de cette catégorie. A la différence des vices absolus, certaines personnes pouvaient seules les invoquer : celles dont le droit se serait trouvé lésé ; ainsi dans la première hypothèse, ils étaient opposables par les ascendants non consultés ; dans la seconde par le conjoint induit en erreur ou violenté.

Ces quelques mots suffisent pour mettre en lumière notre distinction ; nous aurons, du reste, plusieurs fois l'occasion d'y revenir, en passant successivement en revue, les différentes personnes qui avaient le droit d'intenter l'action en cassation.

Ce droit existait en faveur de cinq classes de personnes :

1° Les parties contractantes elles-mêmes ; 2° les ascendants, parents ou tuteurs des conjoints ; 3° L'époux, au mépris duquel une seconde union aurait été contractée ; 4° certains tiers intéressés ; 5° enfin, les procureurs ou avocats du roi, qui dans notre ancienne organisation judiciaire, représentaient le ministère public.

§ 1. *Parties contractantes.*

C'est ici surtout que la distinction indiquée par nous tout à l'heure, présentait de l'intérêt. S'agissait-il en effet d'un vice absolu, il pouvait être invoqué par chacun des deux conjoints. Que si, au contraire, le vice était simplement respectif, celui qui avait été induit en erreur ou trompé avait seul, le droit de s'en prévaloir. Il en était de même en cas d'impuissance, quoique l'empêchement qui en résultait fût dirimant. On avait considéré « *que le vice faisait exclusivement tort à la partie avec qui l'impuissant avait contracté*¹; qu'étant secret, il ne pouvait blesser l'honnêteté publique »; que par conséquent il n'y avait qu'avantage à restreindre le plus possible les actions en cassation fondées sur un pareil fait.

Les vices absolus, disons-nous, étaient proposables par chacun des époux; mais si l'un d'entre eux avait sciemment violé un empêchement, pouvait-il se prévaloir lui-même de cette violation? n'était-on pas en droit de lui opposer la fameuse maxime : *Nemo audiatur allegans suam turpitudinem*? Pothier répond négativement à cette question². En effet, dit-il, l'in-

¹ Pothier, n° 445.

² V. n° 445, Contrat de mariage.

térêt du demandeur n'est pas ici seul en jeu ; mais l'honnêteté publique est également intéressée à la cassation du mariage.

Signalons enfin, au point de vue des conjoints, une dernière différence entre les vices absolus et les vices respectifs ; ceux-ci ne pouvaient jamais être couverts, tandis que ceux-là l'étaient pour différentes causes.

L'impuissance était soumise à cet égard à une règle spéciale : lorsque les conjoints avaient continué à cohabiter ensemble depuis l'âge légal de la puberté¹, leur mariage se trouvait ratifié par une sorte de nouveau consentement tacite, et n'était plus par conséquent susceptible d'être attaqué².

Du reste, pour que ce vice cessât d'être proposable, il ne suffisait pas que la cohabitation eût duré quelques jours ou même quelques mois, il fallait qu'elle eût persisté pendant un grand nombre d'années³.

Pour l'erreur, aucun délai ne paraît avoir été fixé. Il n'existe, à notre connaissance, aucune disposition à ce sujet. Il n'en était pas de même de la séduction et de la violence ; on décidait que le vice

¹ Nos anciens auteurs ne s'expliquent pas sur la longueur du délai, à la différence du Code Napoléon, qui exige un laps de temps de six mois.

² V. dans ce sens Fevret, *Traité de l'abus*, livre 1^{er}, chap. 1^{er}, n° 7 : et la loi 4 *De ritu nuptiarum*.

³ V. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 445.

pourrait être couvert, alors seulement que le séducteur et la personne séduite se seraient séparés. Remarquons enfin le non-accomplissement des cérémonies prescrites pour la bénédiction nuptiale, l'absence du propre curé, en un mot, toutes les nullités qui tenaient à la forme du contrat, n'étaient pas proposées par les époux, dès qu'il y avait eu au moins apparence de célébration. Ils pouvaient bien alors demander à rectifier par une réhabilitation les omissions qui inquiétaient leur conscience, mais ils n'étaient pas recevables à réclamer la cassation du mariage.

§ 2. *Parents des conjoints.*

Ils n'avaient le droit de se prévaloir que d'une seule nullité ; celle qui résultait du défaut de consentement, dans les hypothèses où il était exigé¹. Ce droit était un des attributs les plus précieux de la puissance paternelle ; il en constituait l'indispensable sanction. Trois circonstances diverses rendaient leur action non recevable.

¹ V. dans ce sens le Répertoire de Merlin, au mot *Mariage*, section vi, § 5. Cet auteur reconnaît que la question était vivement controversée. Mais il cite plusieurs arrêts du parlement qui prouvent que la jurisprudence avait fini par se fixer dans le sens du système que nous avons indiqué au texte.

² V. à cet égard notre premier chapitre, pages 52, et suiv..

1° L'expiration d'un délai d'un an, à partir du moment où ils avaient eu connaissance du mariage¹.

2° L'approbation expresse ou tacite donnée à cette union¹. Ainsi, pour citer un exemple de ratification tacite, un arrêt du Parlement de Paris du mois de décembre 1672, avait déclaré non recevable l'action d'un père qui avait consenti à être le parrain d'un enfant né du mariage qu'il attaquait.

3° Enfin la majorité de l'enfant, lorsque celui-ci déclarait librement et sans fraude vouloir persister dans son mariage⁵.

Lorsque le père, la mère et les ascendants étaient morts, ou dans l'impossibilité de manifester leur consentement, le droit d'intenter l'action en nullité passait au tuteur ou au curateur. Mais ce droit était subordonné à la volonté de la famille; il suffisait que celle-ci approuvât le mariage pour que l'action du tuteur tombât immédiatement; en définitive c'était donc toujours la famille qui avait le dernier mot.

¹ L'art. 183 du Code Napoléon a reproduit exactement la même décision.

² Même règle dans l'art. 185. C'est toujours du reste, une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux.

⁵ Le Code Napoléon (art. 184) ne déclare aujourd'hui l'action non recevable qu'après un délai d'un an

§ 3. *Conjoint au mépris duquel un second mariage a été contracté.*

L'action sera perpétuelle ; car la bigamie est, nous l'avons vu, un vice absolu. Par conséquent, elle ne sera couverte par aucun fait postérieur : aucune fin de non-recevoir ne pourra lui être opposée.

§ 4. *Tiers intéressés.*

Nous comprenons sous ce titre trois classes de personnes : 1° les enfants du premier lit ; 2° les collatéraux ; 3° les tiers qui, abstraction faite des enfants du premier lit, et des collatéraux, avaient un intérêt quelconque à la nullité du mariage.

a. *Enfants du premier lit.*

Leur intervention était vue sans trop de défaveur. Ils n'avaient en effet nullement pour mobile l'intérêt pécuniaire ; leur action était basée sur un intérêt moral, intérêt trop respectable pour ne pas être entouré de toute la sollicitude et de toute la protection de la loi. Ils pouvaient donc invoquer sans difficulté tous les vices absolus dont se trouvait infecté le mariage de leurs parents, mais ils n'étaient recevables à se prévaloir d'aucun vice respectif¹.

b. *Collatéraux.*

On était beaucoup plus sévère à leur égard. Il

¹ V. le cours de M. Chambellan, 25^e leçon.

va sans dire d'abord que les vices respectifs n'étaient pas opposables par eux ; mais les vices absolus eux-mêmes, du moins, d'après certains auteurs, ne pouvaient pas être invoqués. Ainsi nous lisons dans un plaidoyer de d'Aguesseau¹ : « Si l'on excepte certains défauts essentiels qui forment des nullités que le temps ne peut jamais couvrir, certaines circonstances où *la considération du bien public, toujours plus forte que celle de l'intérêt particulier, semble se joindre aux collatéraux pour s'élever contre un mariage odieux* ; il est difficile que ceux-ci puissent détruire toutes les fins de non-recevoir qu'on leur oppose (de la part des enfants, dont ils contestent l'état), le silence des père et mère et des contractants, l'union de leur mariage, la possession paisible de leur état... » Pothier approuve également ces principes, sinon expressément, du moins d'une façon assez claire pour ne laisser aucun doute sur son opinion². Il nous apprend de plus qu'ils furent sanctionnés par un arrêt du Parlement de Paris du 27 avril 1738. Cet arrêt statua dans une espèce où les collatéraux opposaient « l'alliance du compérage » qui avait existé entre les conjoints. L'action de ceux-ci fut rejetée, et la validité du mariage maintenue. En

¹ Tome II, plaidoyer 11^e.

² V. n° 448, du Contrat de mariage.

somme donc, d'après cette doctrine et cette jurisprudence, l'action des collatéraux n'était recevable que lorsqu'il s'agissait d'un empêchement dont la violation intéressait la société tout entière. Cela ne suffisait pas encore ; si grave que fût le vice dont le mariage était entaché, les collatéraux n'étaient jamais admis à demander la cassation du mariage du vivant des époux ; il fallait que ceux-ci fussent décédés : leur seul intérêt était en effet l'intérêt pécuniaire, — *l'intérêt temporel*, comme dit Pothier — et cet intérêt ne pouvait *ordinairement*¹ naître tant qu'existaient les conjoints ; on sait le principe : *Pas d'intérêt, pas d'action*. Enfin les collatéraux ne pouvaient pas non plus attaquer le mariage, même après la mort des époux, lorsqu'ils l'avaient approuvé, soit expressément, soit tacitement. Toutefois, leur approbation ne constituait pas contre eux une fin de non-recevoir lorsqu'elle avait été donnée du vivant des époux. Leur droit à l'action n'étant pas encore né à cette époque, comment en effet auraient-ils pu, être raisonnablement présumés, y avoir renoncé ?

¹ Nous examinerons plus tard, dans nos explications sur le Code Napoléon, l'importante question de savoir si les collatéraux ne peuvent pas avoir quelquefois intérêt, même du vivant des époux, à demander la nullité du mariage, et si dans ce cas leur action ne serait pas recevable. Nos anciens auteurs ne s'étaient pas occupés de cette difficulté. Inutile donc d'en parler ici.

c. — *Tiers.*

En première ligne, notre ancien droit plaçait le conjoint du bigame. Il avait en effet le plus grand intérêt à faire annuler le premier mariage contracté par celui-ci ; car le sien n'était valable que si la nullité en était déclarée. Il avait donc, dès à présent, un intérêt né actuel et aussi, à la différence des collatéraux, il pouvait intenter l'action en cassation du vivant même des premiers époux.

§ 5. *Procureurs ou avocats du roi.*

Le rôle protecteur du ministère public était moins étendu avant la Révolution qu'il ne l'est aujourd'hui. Les procureurs et avocats du roi¹, les procureurs fiscaux près les justices seigneuriales, non-seulement n'étaient pas obligés, — comme paraît l'exiger l'art. 190 des procureurs impériaux², — d'attaquer tous les mariages entachés d'une nullité absolue ; mais ils ne pouvaient pas même le faire. Ils avaient mission d'agir alors seu-

¹ Nous n'indiquons cette séparation des deux fonctions que pour mémoire ; à l'époque de Pothier, elles étaient déjà, comme aujourd'hui, réunies en une seule.

² Nous examinerons plus tard dans notre troisième partie, chapitre II, l'importante question de savoir si l'art. 190 impose véritablement au ministère public une obligation absolue.

lement qu'il y avait *scandale*. Ils devaient par exemple demander la cassation des mariages en cas de bigamie ou d'inceste, lorsque ces crimes étaient publics. Il importait en effet alors au bon ordre qu'ils fussent réprimés, et la meilleure répression était d'obliger les prétendus époux à se séparer. Dans toutes les autres circonstances, l'avocat du roi devait garder le silence. Cette réserve imposée au ministère public était peut-être excessive. Souvent, il est utile que les représentants de la société interviennent même lorsqu'il n'y a pas scandale ; c'est le seul remède contre les négligences de la famille ou contre certaines complaisances intéressées. Mais plus encore peut-être en cette matière que dans les autres, les excès de zèle, la protection à outrance de l'ordre public sont bien autrement dangereux que les exagérations de la prudence. D'ailleurs le principe du droit-canon, principe éminemment sage et éminemment moral ; c'est qu'une fois le mariage célébré, il valait mieux chercher à en effacer les vices, à le réhabiliter en un mot, soit par une manifestation nouvelle même tacite de volonté, soit par une cérémonie postérieure, que d'en demander la nullité. Cette règle avait fini par passer dans la législation civile elle-même ; plusieurs fois déjà dans le cours de cette étude, nous en avons vu l'application. La restriction apportée aux pouvoirs du ministère public est sans contredit

une des plus marquantes, et une des plus dignes d'attention.

DEUXIÈME SECTION

QUELS ÉTAIENT LES TRIBUNAUX COMPÉTENTS ET QUELLE
PROCÉDURE Y ÉTAIT SUIVIE.

§ 1. *Tribunaux compétents.*

A l'époque de Pothier, et même à la veille de la Révolution, trois espèces de tribunaux, tout à fait distincts et tout à fait indépendants les uns des autres coexistaient encore dans le royaume de France : la justice royale, les justices seigneuriales, enfin la justice ecclésiastique. Nous avons longuement parlé dans notre résumé historique de cette dernière juridiction; nous avons assisté à sa naissance, nous avons suivi et ses progrès, et sa décadence; enfin nous avons vu qu'au commencement du dix-huitième siècle, elle n'était plus compétente que pour certaines causes limitativement déterminées. En matière de mariage spécialement, la distinction entre les questions civiles et les questions religieuses avait définitivement prévalu. Celles-ci étaient réservées à la juridiction séculière, celles-là seules étaient de la compétence « des juges d'Église. » En d'autres termes, tout ce qui de près ou de loin touchait à la validité du sacrement

était du ressort des premiers; tout ce qui, au contraire, regardait les intérêts pécuniaires échéaient aux seconds. Remarquons, du reste, que si la loi civile elle-même reconnaissait et sanctionnait les décisions rendues par la juridiction ecclésiastique, elle n'abandonnait pour cela en aucune façon les droits et les immunités de la puissance séculière. Tous nos anciens auteurs, et Pothier à leur tête, enseignent en effet que les privilèges reconnus sur ce point à l'Église n'étaient que le résultat d'une concession de la royauté, concession toute bienveillante et toute volontaire de sa part, et que, par conséquent, elle pouvait restreindre et même retirer à son gré.

a. — *Juges compétents.*

Les juges d'Église auxquels le pouvoir civil avait attribué la connaissance des causes matrimoniales étaient les officiaux. Dans le principe, les évêques eux-mêmes décidaient seuls ces questions, ainsi que toutes les affaires spirituelles. A une époque qu'il est difficile de préciser¹, ils déléguèrent à leur place un de leurs prêtres, qui prit le nom d'*official*. Cette pratique était tellement devenue générale, qu'aux dix-

¹ V. à ce sujet le Répertoire de Merlin, au mot *Official*. La majorité de nos anciens auteurs pensait que l'institution des officiaux ne remontait pas au delà de la fin du treizième siècle. Mais de nombreux documents historiques découverts de nos jours prouvent qu'ils existaient auparavant.

septième et dix-huitième siècles, il était de principe que les évêques ne pouvaient pas se ressaisir de l'exercice de la juridiction, dont ils s'étaient volontairement dépouillés; la justice était toujours rendue en leur nom, mais ils n'avaient pas le droit de siéger eux-mêmes : ils devaient nécessairement déférer leurs pouvoirs à un ou plusieurs ecclésiastiques qui composaient les officialités¹. Du reste, non-seulement les officiaux étaient choisis et nommés par l'évêque; mais ils pouvaient même être révoqués au gré de celui-ci, et sans qu'il fût besoin par lui d'alléguer aucun motif. Enfin disons pour terminer qu'il y avait des officialités de deux degrés : les unes jugeaient en premier ressort; les autres, placées ordinairement au siège des archevêchés, étaient tribunaux d'appel.

Un mot seulement sur la juridiction séculière, chargée de statuer sur les causes qui n'étaient pas du domaine de l'Église. Les questions matrimoniales y étaient décidées par les juges ordinaires : en première instance, par les prévôtés; en appel, par les bailliages et les présidiaux. Les parlements s'en occupaient aussi, mais seulement par voie extraordinaire d'appel comme d'abus.

b. — *Causes attribuées à chaque juridiction.*

Le principe en cette matière, c'est que la juridic-

¹ V. Pothier. N° 452 *in fine*.

tion ecclésiastique était la règle, et la juridiction séculière l'exception. Nous n'avons donc pas à rechercher les causes attribuées au juge d'Église, mais seulement à énumérer celles réservées au juge civil. On pouvait les ranger sous trois catégories :

1^o Venaient d'abord les demandes qui ne tendaient pas à l'annulation du mariage, mais qui avaient pour cause un intérêt purement pécuniaire. Telle était par exemple l'action par laquelle le paiement d'une dot ou d'un préciput était réclamé. Ces causes furent presque toujours du domaine de la justice séculière. Aux dixième, onzième et douzième siècles, seulement alors que la société civile était à la fois et trop faible pour réclamer ses droits et indigne de les exercer, l'Église s'en empara momentanément. Mais ces questions ne tardèrent pas à revenir à leurs juges naturels.

2^o En seconde ligne se plaçaient les actions intentées par les enfants du premier lit ou par les collatéraux. Ces actions en effet tendaient bien à l'annulation du mariage ; mais, comme elles n'étaient proposables qu'après la mort des époux, la validité du sacrement ne pouvait être en question, et par conséquent l'Église n'était pas intéressée à la solution du procès.

3^o Enfin, il en était encore de même de certaines demandes formées par l'un des époux contre son conjoint. Supposons par exemple que la femme eût à

se plaindre d'avoir été victime de violence ou de séduction, sans que, bien entendu, ces vices fussent suffisants pour vicier le consentement. La validité du mariage n'était pas en jeu ; l'Église n'avait donc pas à intervenir ; et, par conséquent, la juridiction ecclésiastique n'était pas compétente. Les hypothèses de ce genre pourraient être multipliées à l'infini ; mais une pareille énumération manquerait d'intérêt ; l'espèce, que nous avons citée, suffit pour indiquer clairement le principe ; toutes les fois que le sacrement n'était pas menacé, la justice séculière seule était appelée à trancher la difficulté.

§ 2. *Procédure.*

Nous venons de voir avec détail quels étaient les tribunaux compétents ; disons maintenant, pour terminer, quelques mots de la procédure qui y était suivie, particulièrement devant la juridiction ecclésiastique.

Observons d'abord que la principale préoccupation des officiaux, le but de tous leurs efforts, était de réhabiliter les mariages ; ils ne les annulaient qu'à la dernière extrémité, et alors seulement qu'ils étaient entachés de vices tout à fait « insanables ». Lorsque le maintien de l'union paraissait impossible, l'on se montrait d'une sévérité extrême relativement à l'ad-

mission des cas de nullité. Et d'abord, ni l'aveu, ni l'acquiescement de l'une des parties, ni même sa déclaration confirmée par serment ne suffisaient pour faire admettre l'existence d'un empêchement dirimant. La preuve testimoniale elle-même était rejetée dans un grand nombre d'hypothèses. Elle n'était pas admise, par exemple, pour les empêchements résultant de l'engagement dans les ordres sacrés, de la profession religieuse, de la parenté, ou de l'affinité; il fallait que ces faits fussent établis soit par les registres de baptême, soit par les actes dressés à la suite des ordinations ou professions. Toutefois, ce n'était pas là une exigence absolue. Lorsque, par suite d'un cas de force majeure, il y avait eu pour les parties impossibilité de se procurer un écrit, la preuve par témoins était admissible, et elle pouvait suffire pour faire prononcer l'annulation du mariage¹. Il en était de même des autres empêchements dirimants, où la preuve littérale n'était pas possible.

Une double particularité distinguait les décisions rendues en cette matière. Et d'abord la rétraction pouvait toujours être prononcée par le tribunal qui avait rendu la première sentence, alors même qu'elle était passée en force de chose jugée. C'était là une règle fort ancienne; elle paraît remonter à une décrét-

¹ V. Pothier, N° 457.

tale rendue, en 1180, par le pape Alexandre III. Beaumanoir en cite de nombreuses et fort intéressantes applications dans son *Commentaire sur la coutume du Beauvoisy*. A l'époque de Pothier, nous retrouvons encore le même principe. Cet auteur nous dit en effet, dans son *Traité du contrat de mariage*, « qu'un nouveau jugement peut rétracter le premier, lorsque
« de nouvelles preuves survenues depuis établissent
« que l'empêchement n'existait pas réellement. » Il ajoute que « les parties, nonobstant la nullité prononcée, seront condamnées à retourner ensemble¹. » Enfin il était également sanctionné par la jurisprudence. On cite en effet dans ce sens plusieurs arrêts du parlement de Paris; un des plus célèbres est celui qui fut prononcé le 30 décembre 1700. Le motif de cette dérogation au droit commun était le respect que l'on portait au sacrement; les réhabilitations si fréquentes que nous avons constatées tout à l'heure n'avaient pas d'autre cause.

Enfin, seconde particularité: en cette matière, non-seulement les jugements des officialités étaient toujours réformables par la voie de l'appel comme d'abus; mais aussi, en vertu d'un arrêt de règlement rendu par le parlement de Paris en 1687, jamais les offi-

¹ V. n° 46, I.

ciaux ne pouvaient déclarer que leur sentence serait exécutée nonobstant appel ¹.

Ainsi au dix-huitième siècle, même dans les causes matrimoniales, la juridiction séculière en était arrivée à absorber presque complètement la juridiction ecclésiastique. Elle était exclusivement compétente dans toutes les questions où se trouvait mêlé, soit directement, soit même indirectement, l'intérêt pécuniaire. Les autres affaires restaient, il est vrai, aux juges d'Église; mais leurs décisions n'étaient pas souveraines. Non-seulement, elles pouvaient être cassées par une sentence rendue par une officialité d'un degré supérieur, mais, ainsi que nous venons de le dire, la voie de l'appel comme d'abus devant le parlement était ouverte contre elles; et, elles y étaient réformées, lorsqu'il s'y trouvait quelque chose de contraire aux ordonnances et aux canons reçus en France.

Quant à la procédure qui était en usage soit devant le juge séculier du premier degré, soit devant le parlement, nous n'avons rien de particulier à en dire; on y suivait les mêmes règles et les mêmes errements que dans les autres affaires; essayer d'en retracer ici les différentes phases serait sortir du cadre que nous nous sommes tracé.

¹ V. Pothier, n° 460.

TROISIÈME PARTIE

CODE NAPOLÉON

DES NULLITÉS DE MARIAGE

PROLÉGOMÈNES.

Les conditions — soit positives, soit négatives — mises par le Code Napoléon, à la validité du mariage, sont de deux sortes : l'accomplissement des unes précède la perfection du contrat ; l'exécution des autres doit au contraire l'accompagner, ou même constitue cette perfection. Les premières, que l'on pourrait appeler conditions préliminaires sont : 1° la puberté légale ; 2° la non-existence d'un premier lien ; 3° la non-parenté des futurs conjoints au degré prohibé ; 4° le consentement des personnes sous l'autorité desquelles

chacun d'eux est placé. Les secondes qui pourraient être qualifiées de conditions concomitantes sont : 1° une célébration publique devant un magistrat compétent ; 2° le consentement des futurs époux librement et clairement manifesté, c'est-à-dire exempt de violence et d'erreur.

D'après cette base, nous diviserons nos explications sur le Code Napoléon en six chapitres.

Dans un premier chapitre nous traiterons du défaut de puberté. Nous réunirons, sous un même chef, dans le second la bigamie et l'inceste. Le troisième chapitre sera réservé tout entier à la quatrième condition, le consentement des parents : nous résumerons seulement les articles 149, 150 et 151, nous étendant au contraire fort longuement sur les art. 182 et 183. Dans un quatrième chapitre, divisé en deux sections, nous examinerons les effets du défaut de publicité et de compétence. Notre cinquième chapitre sera consacré à l'étude des différents vices qui peuvent affecter le consentement en matière de mariage. Nous étudierons donc, chacun à leur tour et séparément, les principaux cas de nullité, nous rappelant ces paroles de Portalis dans son exposé des motifs : « Les règles applicables à une nullité ne doivent pas en général être étendues à d'autres. » Enfin dans notre sixième chapitre, nous passerons en revue les différents cas

de nullité qui n'ont pas été spécialement prévus par le Code Napoléon; nous nous occuperons en d'autres termes des nombreuses questions controversées qui s'élèvent à l'occasion du mariage des prêtres, des fiançailles et des autres empêchements consacrés par notre ancien droit; c'est aussi dans ce chapitre que nous traiterons des mariages contractés à l'étranger.

Cette marche a le tort peut-être de s'écarter de l'ordre suivi par les rédacteurs du Code. Cependant nous avons cru devoir nous y attacher, bien qu'elle n'ait pas été généralement adoptée : elle a en effet, selon nous, le précieux avantage d'être à la fois et plus logique et plus claire : toutes les idées se suivent et s'enchaînent rigoureusement l'une à l'autre. L'âge, la non-parenté et la non-existence d'un premier lien sont en effet les premières conditions que doivent réunir les parties qui veulent contracter mariage; vient ensuite à peu près sur la même ligne, — moins important toutefois, parce qu'il n'est pas indispensable pour tous, — le consentement des parents; puis, nous approchons de la perfection du contrat : la publicité de la célébration et la compétence du magistrat chargé d'y procéder en sont deux éléments indispensables; mais le dernier et le plus essentiel, celui qui les domine tous, celui qui

seul donne le sceau à tous les autres, c'est le consentement des parties, et un consentement libre, réfléchi, éclairé !

Ici, du reste, pas plus que précédemment, nous ne séparerons le précepte de la sanction : ces deux sujets doivent en effet, selon nous, marcher de front, car sans un pareil parallèle il nous semble impossible de traiter avec quelque clarté la difficile matière que nous avons à étudier. Mais au lieu d'insister, comme dans nos deux premières parties, sur les conditions essentielles à la validité du mariage, nous résumerons seulement sur ce point les règles générales de notre législation ; nous nous arrêterons au contraire fort longuement, sur les conséquences de leur violation, en d'autres termes, sur les nullités.

— Avant de passer à l'examen des différentes questions spéciales que nous venons d'énumérer, il nous faut parler de deux grandes distinctions qui dominent toute la matière.

Et d'abord, doit-on admettre celle que proposent un grand nombre d'auteurs entre les mariages nuls et les mariages annulables ; en d'autres termes, y a-t-il des nullités de droit et des annulabilités ? Grave question, qui n'est pas seulement spéciale à notre sujet, mais qui se reproduit ailleurs, dans diffé-

rentes autres hypothèses, et notamment au titre des Contrats !

Avant tout, afin que l'équivoque ne soit pas possible, fixons bien la valeur des termes. Qu'est-ce qu'un mariage nul ? et qu'est-ce qu'un mariage annulable ? Un mariage nul est celui qui, bien qu'il ait paru se former, n'a réellement aucune existence légale ; ce n'est pas seulement un mariage *imparfait* et *vicieux*, c'est un mariage *inexistant*, un pur fait dénué de tout effet civil. Le mariage annulable, au contraire, est celui qui s'est vraiment formé, mais qui s'est trouvé entaché d'un vice par lequel la loi permet de le faire briser, casser, annuler ; tel serait le mariage que contracterait une personne qui n'est pas encore arrivée à l'âge de puberté.

En un mot, le premier est, si l'on peut s'exprimer ainsi, « un mariage mort-né, » et qui par conséquent ne peut jamais avoir d'existence ; le second, un mariage malade et infirme : la cause de la maladie disparaissant, il peut être guéri et sauvé, et devenir par conséquent aussi valide que s'il n'avait jamais été affecté d'aucun vice.

Un exemple fera sentir mieux que les plus longs développements la nature de cette distinction. Un homme et une femme, après avoir vécu en concubinage, ont déclaré s'unir, s'épouser devant un juge de

paix, devant un prêtre ; croyez-vous, dit avec raison M. Demolombe, qu'il me faudra intenter une action en nullité de mariage, pour m'opposer aux prétentions que ces individus qui se diraient légitimement mariés pourraient élever contre moi ? Une demande en nullité dans cette hypothèse ! mais il n'y a aucune espèce de mariage ; il n'y en a ni l'ombre, ni l'apparence ; il n'y a rien.

Plusieurs auteurs, et entre autres MM. Duranton¹, Toullier², Delvincourt³, ont cependant repoussé cette distinction. Ils ont dit : 1° qu'elle n'était pas exacte et qu'elle était contraire à la nature des choses ; 2° qu'elle n'avait pas été admise par le Code Napoléon. Essayons de démontrer le contraire.

Le premier point sera facile à établir. L'exemple que nous avons indiqué plus haut est déjà, ce nous semble, une preuve frappante du bien fondé de cette distinction. Il nous paraît en effet que lorsqu'il n'y a pas eu célébration, ou lorsque cette célébration a été extra-légale, on ne saurait sérieusement soutenir qu'un tel acte est simplement annulable ; pour qu'il y eût lieu à l'annulation, il faudrait que ce prétendu mariage eût au moins l'apparence de l'existence ; il

¹ T. II, n° 265 ; la question n'y est pas résolue d'une façon bien nette.

² T. I, n° 601.

³ T. I, page 70.

faudrait que l'annulation portât sur un acte légal quelconque ; or, aucun acte de cette espèce n'existe ; par conséquent un tel mariage est radicalement nul.

La seconde branche de la question est plus délicate ; le Code Napoléon a-t-il admis cette distinction ? Il semblerait, au premier abord, qu'on doit sans hésiter répondre négativement ; c'est ce qu'ont fait les éminents jurisconsultes dont nous parlions tout à l'heure. Dans aucune partie du Code, nous ne trouvons en effet les mots : *annulation*, *annulables* ; la loi se sert toujours des mots *nuls* et *nullité*. D'ailleurs, ajoute-t-on, cette distinction ferait double emploi avec celle, généralement admise par les auteurs, entre les nullités *relatives* et les nullités *absolues*.

A la première objection, double réponse. D'abord, il faut le reconnaître, notre langue juridique est trop souvent bien imparfaite, bien insuffisante pour exprimer les diverses nuances que l'esprit saisit pourtant très-bien. Il n'est donc pas surprenant que les rédacteurs du Code se soient exclusivement servis des mots *nuls* et *nullités*. Cela indiquerait tout au plus que parfois ils ne se sont pas suffisamment rendu compte de la valeur des expressions qu'ils employaient ; cela ne prouverait nullement qu'ils ont entendu repousser notre distinction. La loi pouvait du reste le faire sans danger : aucune confusion n'était possible. Elle n'a-

vait pas en effet à organiser la nullité proprement dite, aussi ne s'en occupe-t-elle pas ; l'art. 146 en indique, il est vrai, un cas ; mais cet article est en dehors du chapitre iv, et, s'il a été écrit, c'est seulement pour prouver que le principe de la distinction était admis par les rédacteurs ; quant aux autres causes de nullité, il n'était pas nécessaire de les énumérer dans des textes spéciaux.

Enfin, les travaux préparatoires nous montrent quelle a été l'intention et le système du législateur. La distinction que nous défendons fut en effet plusieurs fois reproduite devant le conseil d'État¹. La discussion s'engagea surtout à propos de l'art. 146. On en demanda d'abord le renvoi au chapitre iv. « Non, dit le premier consul, *ce serait mêler ensemble le cas où IL N'Y A PAS MARIAGE et les cas où il peut être cassé*². » Plus tard on proposa une nouvelle rédaction : « Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a pas de consentement. — Il n'y a pas de consentement, lorsqu'il y a violence ou erreur sur la personne. » Mais vous mêlez, s'écria Bonaparte, deux hypothèses complètement distinctes, et qui n'ont entre elles aucun point de ressemblance : « 1^o IL N'Y A PAS DE MARIAGE à défaut de consentement devant l'officier de l'état

¹ Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 324, 327 et 371.

² V. Fenet, t. IX.

« civil, et si l'on a écrit que la femme a dit *oui*, quand
« elle a dit *non*. 2° Si la femme ayant dit *oui*, prétend
« ensuite avoir été forcée, IL Y A MARIAGE, *mais il peut*
« *être annulé* ! » Impossible de formuler d'une ma-
nière plus nette et plus précise la distinction. Eh
bien, l'opinion du premier consul fut adoptée; elle
fut sanctionnée par le législateur; et, ce qui le
prouve péremptoirement, c'est qu'on plaça l'art. 146
dans le premier chapitre, et qu'on y résuma ainsi
la pensée du premier consul : « *Il n'y a pas de ma-*
riage, lorsqu'il n'y a pas de consentement. » (Art.
146.)

Cet argument nous paraît topique, et il nous semble
difficile de répondre à ce texte, surtout lorsque l'on
sait dans quelles circonstances il fut rédigé. Encore un
mot, pour réfuter une dernière objection : votre dis-
tinction, nous dit-on, fait double emploi avec celle
généralement admise entre les nullités absolues et les
nullités relatives. Ces deux distinctions, dirons-nous,
ne se confondent nullement; en effet, le mariage,
même entaché d'une nullité absolue, celui du bigame
par exemple, n'en existe pas moins légalement tant
qu'il n'a pas été annulé; cela est si vrai que la nullité
absolue, bien qu'en général perpétuelle et irrépa-
rable, peut néanmoins quelquefois se couvrir (art. 185)
ou n'être pas indistinctement proposable par toute

personne, dans le cas d'un mariage contracté par un impubère par exemple (art. 186).

Mais dans quels cas peut-on dire que le mariage est nul de droit? Ici la question se complique, les difficultés se multiplient; les auteurs qui admettent la distinction, dont nous venons de chercher à établir l'exactitude; se divisent: ces luttes et ces malentendus sont même un des arguments les plus séduisants peut-être des partisans du système contraire.

Pour nous, adoptant la doctrine de deux de nos plus éminents jurisconsultes, M. Demolombe et M. Marcadé, nous admettrons trois espèces de mariages nuls, trois causes de nullité: 1° l'absence complète de consentement; 2° l'identité de sexe; 3° le défaut de célébration devant un magistrat compétent¹.

1° Absence complète de consentement.

Le consentement peut faire complètement défaut dans trois hypothèses principales: 1° une substitution de personne a eu lieu au moment même du mariage;

¹ Avant l'abrogation de la loi de 1854, on y ajoutait la mort civile. On peut aussi y joindre les conventions matrimoniales entre les membres de la famille impériale (statut du 21 janvier 1855, rendu conformément au sénatus-consulte du 7 novembre 1852, art. 6). Nous dirons quelques mots de ce dernier point dans notre sixième chapitre.

2° l'un des conjoints a dit non au lieu de oui ; 3° enfin l'un des deux n'était pas sain d'esprit¹.

Occupons-nous d'abord de l'espèce indiquée par Pothier dans son *Traité du contrat de mariage*. Croyant épouser Marie, j'ai épousé Jeanne, qui a été substituée à celle-ci au moment de la célébration. Je connaissais bien Marie, mais la jeune fille était voilée, c'est ce qui m'a empêché de découvrir mon erreur. Cette hypothèse du reste, est aujourd'hui, surtout avec la publicité dont la loi entoure le mariage, presque chimérique ; mais sa réalisation est possible, et elle est commode en théorie, parce que c'est un des cas où le doute est le moins admissible ; évidemment ici le mariage n'est pas seulement annulable, mais nul de droit. En effet, le consentement n'est pas seulement vicié, il n'existe pas ; or, l'art. 146, que nous avons déjà cité, porte : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement.* »

Les deux espèces suivantes ne nous paraissent pas beaucoup plus délicates. Une des parties, interrogée par l'officier public sur le point de savoir si elle veut prendre un tel ou une telle pour son légitime époux ou pour sa légitime épouse, a répondu négativement ; ce

¹ Nous pourrions parler ici du mariage de l'interdit judiciaire : mais comme il donne lieu à de très-longues controverses, nous croyons préférable de renvoyer l'examen de cette question à notre sixième chapitre.

pendant l'officier de l'état civil les a déclarées unies au nom de la loi; direz-vous que le mariage n'est qu'annulable? soutiendrez-vous qu'il faudra en demander la nullité? Non, sans aucun doute. Il en serait de même enfin si l'une d'elles était atteinte de folie au moment de l'éhonniation de son consentement: ici encore il n'y en aurait véritablement aucun; car, pour que le consentement signifie quelque chose, il faut qu'il soit éclairé par la raison, guidé par la volonté, et un insensé n'a ni l'une ni l'autre; c'est un enfant qui profère des paroles pour lui vides de sens. L'art. 146 est donc encore applicable: pas de consentement, par conséquent pas de mariage.

2° Identité de sexe.

Deux hommes ont surpris la bonne foi de l'officier public: l'un d'eux a réussi à se faire passer pour une femme; la célébration a eu lieu.

Que direz-vous d'un pareil acte? oserez-vous soutenir qu'il y a eu véritablement mariage? prétendrez-vous même qu'il faudra aller en demander la nullité aux tribunaux? Non, n'est-il pas vrai? Eh bien, cependant, toutes les formalités exigées par la loi ont été remplies, et aucun texte n'en prononce la nullité. Argument irréfragable, qui prouve que, malgré le silence apparent de la loi, il faut admettre, au moins

dans cette hypothèse, l'existence des mariages nuls. En vain nous objecterait-on, pour en atténuer la force que nous prévoyons là une hypothèse de fantaisie. Si invraisemblable que cela paraisse au premier abord, un certain nombre de cas de ce genre se sont présentés dans la pratique; plusieurs fois avant la Révolution, nous en avons la preuve dans l'ancien répertoire; et même, ce qui est plus extraordinaire encore, une fois de nos jours, dans un procès célèbre qui s'est déroulé en 1854 devant le tribunal de la Seine¹.

3° Absence de célébration légale.

Nous avons déjà parlé plus haut de cette hypothèse; et nous avons vu, avec M. Demolombe, qu'ici encore la nullité absolue ne pouvait pas être sérieusement contestée; la justice, s'il est besoin de recourir à elle, ne fera que constater les faits: elle ne prononcera pas l'annulation du mariage, elle déclarera qu'il n'a jamais existé. Nous ne nous arrêterons donc pas à développer ce dernier cas. Mais avant de quitter ce point, il nous faut dire quelques mots des différences qui existent entre les mariages nuls et les mariages annulables, et des effets produits par eux.

¹ V. la *Gazette des Tribunaux*, du 19 décembre 1854. Affaire Lejasseur contre Beaumont, jugement du 4 octobre 1854.

Le mariage annulable est un acte infecté d'un vice qui le rend seulement « cassable » ; le mariage nul au contraire n'a aucune existence légale ; de là dans leurs effets les différences profondes que nous allons mettre en lumière. On peut en signaler trois principales :

1° Le mariage nul n'est pas susceptible de ratification.

Un acte qui n'a pas d'existence ne peut jamais se trouver vivifié par une cause postérieure quelle qu'elle soit ; tout ce qui est possible pour un mariage nul, c'est donc sa création, sa formation postérieure.

Le mariage annulable au contraire peut être ratifié. Il le sera, soit par un certain laps de temps si la nullité est simplement relative, soit par certaines personnes, moyennant certains actes postérieurs, et même par le simple silence de ceux à qui la loi a conféré l'action.

2° La nullité n'a pas besoin d'être prononcée par la justice.

Elle ne peut pas même l'être : comment en effet annuler ce qui est nul ? comment anéantir le néant ? A la vérité, lorsqu'il y aura difficulté sur le point de savoir s'il y a nullité, il faudra bien s'adresser aux tribunaux ; mais alors, comme l'a exprimé avec tant de justesse et de netteté Marcadé, « on ne leur demandera pas d'annuler le mariage dont il s'agit ; on

leur demandera de *reconnaître* et de *proclamer* que cet acte n'existait pas, et n'a jamais existé. »

L'annulabilité ne peut au contraire être prononcée que par la justice. Tant qu'elle ne l'a pas été, le mariage subsiste : il est vicieux, mais ce vice ne l'empêche pas de produire en attendant tous ses effets. Pour le faire casser, il faudra intenter contre lui une demande en annulation, en d'autres termes, une action en nullité.

3° Enfin la loi n'a pas organisé l'action en nullité.

Cette troisième différence n'est du reste que le corollaire de la seconde. Puisque la justice avait seulement à appliquer les règles ordinaires de la procédure, il n'y avait pas à s'occuper d'une action spéciale. D'autre part, comme on ne peut agir contre ce qui n'existe pas, la voie d'action étant fermée, celle de l'exception sera toujours ouverte. Si l'on vient m'opposer les effets d'un mariage nul, je pourrai repousser toujours cette demande, quels que soient mon titre et ma qualité, si long que soit le laps de temps écoulé depuis sa célébration.

L'action en annulation au contraire, improprement appelée action en nullité¹, a été organisée par le législateur avec grand soin. Les cas dans lesquels on pour-

¹ Dans l'ancien droit, on disait, nous l'avons vu : demandes en cassation. — V. notre deuxième partie, chap. III.

rait l'invoquer, les personnes qui auraient qualité pour s'en prévaloir; sa procédure, ses fins de non-recevoir provenant soit de la ratification, soit du silence, soit du laps de temps, tout a été prévu et tout ici est de rigueur.

En principe donc, sauf à discuter plus tard son plus ou moins d'étendue, une pareille action ne peut être invoquée que dans les hypothèses spécialement prévues, dans le laps de temps indiqué par la loi, et par les personnes qu'elle a expressément dénommées.

La seconde distinction, celle qui existe entre les nullités absolues et les nullités relatives, nous arrêtera beaucoup moins longtemps; car elle est loin de donner naissance à d'aussi nombreuses controverses. Tous les auteurs ont admis, en effet, ces deux classes de nullités¹.

Les nullités absolues sont celles qui sont fondées sur un motif d'ordre public, ou, en d'autres termes, celles qui sont prononcées pour la violation de prescriptions dont le maintien intéresse la société tout entière. Aussi sont-elles perpétuelles, et peuvent-elles être invoquées par toute personne intéressée. A leur défaut, si une

¹ Un auteur, M. F. Berryat Saint-Prix, a fait observer que le Code ne parle nulle part d'une façon expresse de cette distinction; mais on la trouve indiquée incidemment dans Pothier, n° 362, et 444 du Contrat de mariage.

coupable indifférence, ou une connivence plus criminelle encore leur fait garder le silence, elles sont proposables par celui que la loi a établi comme le gardien des intérêts sociaux, par le ministère public (art. 190). Dans ce cas, en effet, on ne saurait trop multiplier le nombre des personnes qui ont le droit de se prévaloir de la nullité, car « il s'agit, comme l'a si bien dit d'Aguesseau, d'hypothèses où la considération du bien public semble se joindre aux collatéraux pour s'élever contre un mariage indigne. » Ces nullités sont énumérées dans les art. 184 et 190. Elles résultent soit de la violation des empêchements dirimants les plus graves, le défaut de puberté, l'existence d'un premier lien, la parenté ou l'alliance à un degré prohibé; soit du défaut de publicité, de compétence de l'officier chargé de la célébration. Nous consacrerons notre premier et notre second chapitre à l'examen des trois premières; quant aux deux autres, nous les étudierons dans notre quatrième chapitre.

Les nullités relatives, au contraire, résultent encore de la violation d'un empêchement dirimant, mais d'un empêchement dirimant moins grave; l'ordre social est bien encore troublé par elle, mais il l'est moins profondément; aussi la sanction, sans cesser d'être sévère, est-elle cependant moins énergique.

Ceux-là seulement peuvent les invoquer dont l'au-

torité a été injustement méconnue, ou la bonne foi surprise : la nullité est *relative* quant aux personnes. Elle est de plus temporaire; le pardon et la ratification se présument facilement; on ne demande pas même un acte extérieur, le silence suffit; après six mois dans un cas, et une année dans l'autre, le mariage est aussi valide, aussi indissoluble que s'il n'avait été infecté d'aucun vice, atteint d'aucune maladie.

Ces nullités sont au nombre de deux seulement : la première, relative aux vices du consentement, se divise en deux branches; elle est prévue par l'art. 180; nous en parlerons longuement dans notre cinquième chapitre. La seconde a trait au défaut de consentement des parents. Les articles 182 et 183 en font mention; nous y consacrerons notre troisième chapitre.

CHAPITRE PREMIER

DU DÉFAUT DE PUBERTÉ.

Nous examinerons successivement trois points principaux dans ce chapitre. Nous verrons d'abord dans quels cas il y a lieu de prononcer la nullité pour défaut de puberté. Nous étudierons rapidement en un mot la nature et les conditions de l'empêchement prévu par les art. 144 et 145 ; c'est ainsi que nous rattacherons, comme nous l'avons annoncé, les empêchements aux nullités. Comment, en effet, pourrait-on faire une étude approfondie sur les conséquences de la violation d'un précepte, si l'on ne connaissait pas le précepte lui-même ; et, si à côté de la sanction, l'on ne plaçait pas la règle en regard ?

Les caractères de la nullité bien établis, les hypothèses où elle peut se produire bien posées, nous dirons quelles sont les personnes qui peuvent l'invoquer. Enfin nous examinerons en troisième lieu les fins de non-recevoir qui sont opposables à l'action.

Nous aurons soin de suivre la même marche dans

l'étude des autres nullités. Nous croyons que tel est en effet l'ordre logique des idées. Et, comme dans toutes les sciences morales, mais surtout lorsqu'on est en présence d'une matière aussi difficile que la nôtre, il faut une méthode, nous nous écarterons le moins possible du plan que venons de tracer. Puissions-nous arriver ainsi à jeter dans notre sujet toute la clarté dont il est susceptible !

§ 1. *Dans quels cas il y a lieu de prononcer la nullité.*

La première condition pour pouvoir contracter mariage est d'être arrivé à l'âge de la puberté. Avant cette époque, en effet, la puissance génératrice n'existe pas, l'enfant ne peut pas reproduire son espèce ; or, comme la procréation est, sinon le but exclusif, tout au moins le but principal du mariage, il est de toute évidence qu'on ne devait pas le permettre avant cette époque. Il était prudent même d'aller un peu au delà de la puberté ; la limite pouvait sans inconvénient être éloignée ; d'abord parce que les forces physiques seraient plus développées ; ensuite et surtout parce que la raison serait plus mûre : il fallait ménager le corps, mais il fallait surtout ne laisser aucun espoir aux passions prématurées ; il ne fallait pas jeter trop tôt deux jeunes gens sans expérience dans les bras l'un de l'autre, sou-

vent au péril de leur vie physique, et trop souvent aussi de leur vie morale. Peut-être même les législateurs de 1804, en fixant à dix-huit ans pour les hommes, et à quinze ans pour les femmes, l'âge compétent pour contracter mariage, n'ont-ils pas encore été assez loin, et, rompant avec trop peu de courage avec l'ancien droit, se sont-ils montrés novateurs trop timides¹. Il est vrai qu'ici, comme dans beaucoup de cas, la pratique a corrigé la théorie, et que l'on voit peu d'exemples d'unions contractées dans un âge aussi peu avancé; mais au lieu d'atténuer notre critique, ceci serait plutôt un nouvel argu-

¹ Quelques législations étrangères ont fixé un âge plus reculé. En Danemark et en Norwège, 20 ans pour l'homme, 16 ans pour la femme; en Suède, 21 ans et 15 ans; en Wurtemberg, 25 ans pour l'homme; en Hesse, 22 ans et 18 ans pour la femme; en Russie, 18 ans et 16 ans. Une disposition identique à cette dernière se retrouve dans le Code des Pays-Bas (art. 86). Tous ces pays, on le voit, sont situés dans le Nord; or, on sait que le développement des forces physiques, et par conséquent des facultés génératrices, y est beaucoup plus tardif. Il en est naturellement tout autrement dans le Midi, aussi la limite est-elle en général beaucoup plus basse. Dans les anciens royaumes des Deux-Siciles et de Sardaigne, 14 ans pour l'homme et 12 ans pour la femme. La législation espagnole renferme aussi une disposition identique. Notons encore que par une anomalie tout à fait en contradiction avec la position géographique et le climat de l'Angleterre, la législation de ce pays a adopté la même règle que les lois italiennes et espagnoles. Enfin, chez un assez grand nombre de peuples situés dans les régions tempérées on a copié notre art. 144; il en est notamment ainsi en Belgique, dans le duché de Berg, en Hongrie à l'égard des Luthériens, en Prusse. — V. Félix, *Traité du droit international*, tome II.

ment pour demander la réforme de la loi. C'est avec raison, du reste, que le Code, suivant sur ce point l'exemple du droit romain¹ et de notre ancienne législation, a fixé pour tous un âge déterminé et précis, sans tenir compte des différences physiques et morales : décider le contraire eût été faire naître de nombreuses difficultés de fait qui n'eussent pu être résolues que par des moyens de preuve, tous plus ou moins scandaleux.

Remarquons d'ailleurs qu'il ne suffit pas d'être dans sa dix-huitième ou dans sa quinzième année ; un mariage contracté par un jeune homme qui n'aurait pas dix-huit ans *accomplis* (art. 144) serait frappé d'une nullité absolue

Enfin, faisons observer que l'âge le plus avancé, la plus extrême vieillesse, n'est pas, au contraire, un obstacle au mariage. Cette règle était déjà admise dans l'ancien droit² ; car, comme le fait remarquer Pothier, pour justifier une pareille décision : « *Le commerce charnel n'est pas de l'essence du mariage*³, » c'est aussi une société de secours et d'assistance. Notre Code le dit formellement dans l'art. 212. La jurisprudence a donc eu

¹ Nous parlons ici du dernier état du droit romain ; nous avons vu dans notre première partie (pages 24 et 25) combien avaient été grandes sur ce point les variations de cette législation.

² V. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 97.

³ *Contrat de mariage*, n° 4.

raison de repousser constamment les demandes en nullité fondées sur cette cause, alors même que la disproportion d'âge la plus inconvenante existait entre les époux¹.

Il en est de même des mariages *in extremis* ; aucune prohibition n'existe sur ce point dans nos Codes. Les dispositions si sévères de la déclaration de 1639, qui, en admettant la validité de ces unions, leur refusaient tout effet civil, ont même été, à tort ou à raison, complètement écartées. La question est plus délicate pour l'impuissance. Sans vouloir entrer ici dans la discussion de cette controverse, disons seulement que nous inclinons à penser avec M. Demolombe que l'impuissance ne forme pas un empêchement dirimant au mariage. Du reste, nous aurons de nouveau à nous en occuper dans nos explications sur l'art. 180, et

¹ V. notamment un arrêt de la Cour de Paris, du 26 avril 1835. — En Russie, nul ne peut contracter mariage s'il est âgé de 90 ans révolus. C'est, croyons-nous, la seule des législations européennes qui renferme une disposition de ce genre. Toutefois, en Wurtemberg, la disproportion d'âge est un obstacle au mariage : ainsi une femme âgée de 40 ans ne peut épouser un homme ayant dix-huit ans de moins qu'elle. (V. M. Mittermaier, §. 337, note 1^{re}.) Ces dispositions empêchent assurément bien des unions scandaleuses, et, à ce point de vue, elles ne sauraient être trop approuvées ; mais, d'un autre côté, peut-être méritent-elles quelques critiques : elles gênent la liberté individuelle, et elles méconnaissent l'un des buts du mariage ; il n'est pas seulement, en effet, une union des corps, il est aussi une société de secours et d'assistance, dans laquelle l'homme et la femme s'unissent pour s'aider mutuellement à supporter le poids de la vie. (V. définition de Portalis.)

nous nous demanderons alors, si elle ne peut pas au moins servir de base à une action en nullité pour cause d'erreur sur sa personne ¹.

§ 2. *Quelles personnes peuvent invoquer le défaut de puberté.*

La nullité résultant du défaut de puberté est une nullité absolue; or, nous l'avons dit tout à l'heure, toute personne peut en principe attaquer les mariages infectés d'une nullité absolue. Il va sans dire du reste que par ces mots *toute personne*, la loi ici, comme dans les autres matières, entend seulement toute personne intéressée : l'intérêt est, en effet, la mesure des actions.

Quelles sont donc les personnes qui peuvent avoir intérêt à la nullité d'un mariage? Ce sont :

1° Les époux eux-mêmes; 2° les père, mère, ou ascendants, ou même la famille; 3° tous ceux qui ont un intérêt pécuniaire né et actuel (art. 187); 4° le ministère public.

¹ V. notre cinquième chapitre. — Toutes les législations étrangères n'attachent pas la peine de la nullité à la violation des règles édictées par elles relativement à l'âge compétent. Ainsi, dans le grand-duché de Hesse, bien que le mariage ne soit pas permis aux deux sexes avant l'âge de 21 ans, les unions contractées au mépris des prescriptions de la loi ne peuvent être annulées que si l'homme a moins de 14 ans et la femme moins de 12.

Toutes ces personnes ont le droit de se prévaloir des nullités absolues quelles qu'elles soient. On peut même encore citer une cinquième classe de personnes ; c'est l'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage, mais nous en parlerons seulement dans notre deuxième chapitre, à propos de la bigamie ; c'est aussi dans ce chapitre que nous approfondirons les questions controversées et que nous présenterons un tableau d'ensemble aussi complet que possible. Ici, pour éviter des redites, nous nous bornerons à indiquer les exceptions aux règles générales que nous exposerons plus loin.

En principe, les ascendants peuvent invoquer toutes les nullités absolues dont sont infectés les mariages de leurs descendants. L'art. 186 fait exception à cette règle : « Le père, la mère, les ascendants et la famille qui ont consenti au mariage contracté par un impubère, ne sont pas recevables à en demander la nullité. »

Remarquons d'abord que la loi n'exclut que les parents qui, ayant qualité pour consentir au mariage, ont donné à ce mariage leur consentement exprès. Par conséquent, l'action en nullité pour cause de défaut de puberté, appartient : 1° Aux parents à l'insu desquels le mariage a été contracté ; 2° à ceux même qui ont eu connaissance du mariage, mais qui,

au moment de la célébration, n'avaient pas qualité pour s'y opposer.

Le plus souvent, il est vrai, cette action leur sera inutile; ils ont déjà, en effet, l'action en nullité pour défaut de consentement; toutefois, elle pourra leur servir dans quelques cas : 1° Si l'action en nullité, fondée sur le défaut de consentement est prescrite parce qu'il s'est écoulé plus d'un an depuis la connaissance de la célébration du mariage; 2° si les ascendants, qui ont consenti au mariage était décédés, l'exercice de la puissance paternelle se trouve actuellement dans d'autres mains; 3° si enfin, l'ascendant ou le conseil de famille, qui a donné son consentement au mariage, avait été trompé sur l'âge véritable de l'enfant; car, comme l'a dit fort exactement Portalis, ils ne sont non recevables (que lorsqu'ils ont consenti avec connaissance de cause). Notons aussi que leur consentement doit avoir été exprès et formel; une simple approbation qu'on prétendrait prouver, par exemple, par leur présence à la célébration du mariage ne suffirait pas; nous sommes en effet, ici, en face d'une exception, et l'on sait que les exceptions ne peuvent pas être étendues par voie d'analogie, *exceptiones strictissimæ sunt interpretationis*; or, le texte refuse seulement l'action à ceux qui ont *consenti au mariage*; donner une approbation tacite,

souffrir et tolérer une chose qu'on n'a pas le courage d'empêcher, la consacrer même, si vous le voulez par sa présence, certes ce n'est pas là consentir dans le sens strictement légal du mot. La loi doit protéger la puissance paternelle même contre ses propres faiblesses, elle doit venir en aide aux volontés vacillantes. Ses rigueurs, elle les réserve à ceux qui, pour nous servir de l'expression de Portalis, « voudraient, après s'être joués des lois, se jouer également de la foi du mariage ¹. »

Avant de passer à l'examen d'une dernière question controversée, faisons encore observer que, par le mot *famille*, notre texte entend ici parler du conseil de famille qui aurait donné son consentement au mariage de l'impubère. On pourrait croire d'abord qu'il s'agit de la famille tout entière; mais, il n'en est pas ainsi; en effet, après les ascendants, aucun membre de la famille ne peut *individuellement* donner son consentement, et d'ailleurs nous trouvons dans nos Codes une foule d'exemples du mot *famille*, employé dans le sens de conseil de famille ².

¹ V. dans ce sens Demolombe, tome III, page 514. V. aussi Toullier et Vazeille.

² V. dans ce sens Marcadé, sur l'art. 186; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 627. MM. Aubry et Rau, après avoir enseigné le système contraire dans leurs premières éditions, se sont ralliés à cette opinion dans leur quatrième édition (t. IV, § 461, note 25).

Demandons-nous maintenant si l'époux pubère peut invoquer la nullité d'un mariage contracté avec un impubère.

M. Delvincourt¹ a enseigné la négative. L'époux pubère, dit-il, a donné son consentement; or l'art. 186 décide que les parents qui ont consenti au mariage de leur enfant impubère sont non recevables de se prévaloir de cette nullité; donc, en vertu de la règle *ubi eadem ratio idem jus*, on doit le repousser par la même fin de non-recevoir qui serait opposée aux ascendants. Les principes résistent, selon nous, à l'adoption de cette doctrine; quelle est la règle générale admise par la loi? Que les nullités absolues établies pour sauvegarder l'ordre public et les bonnes mœurs puissent être invoquées par toute personne intéressée. L'art. 186 a fait, il est vrai, exception à ce principe pour les ascendants qui ont donné leur consentement; il les a punis en leur enlevant l'action en nullité, mais ses termes sont limitatifs; il n'exclut que les ascendants, il ne dit pas un mot du conjoint pubère; donc l'exception ne l'atteint pas; donc, il reste dans tous les cas sous l'empire des dispositions édictées par l'art. 184. Les textes, on le voit, ne sauraient être plus formels. Il

¹ T. I, p. 71, note 6.

est vrai, — et cette considération explique la doctrine de M. Delvincourt, — que les deux situations sont à peu près identiques : lorsque, avant le mariage, l'époux pubère a eu connaissance du défaut de puberté de son conjoint, il est aussi coupable que l'ascendant qui a donné son consentement au mariage, on aurait donc pu lui appliquer la même peine ; mais enfin, à tort ou à raison le Code ne l'a pas fait ; et réformer la loi n'appartient pas aux interprètes.

Nous donnerions la même décision pour l'époux bigame, malgré la maxime : *Nemo audiatur allegans suam turpitudinem* ; les motifs sont en effet les mêmes, et nous dirons avec Pothier, qui, dans son *Traité du contrat de mariage*¹, se prononce sur une espèce identique « que ces maximes n'ont d'autre objet que l'intérêt particulier du demandeur ; mais dans notre hypothèse, la demande a en outre un objet d'honnêteté publique, qui serait blessée si on laissait subsister un mariage que l'honnêteté publique et les lois ne permettent pas de maintenir. »

§ 3. Des fins de non-recevoir qu'on peut opposer à la demande.

Certaines fins de non-recevoir peuvent être opposées à toutes les actions en nullité en général ; nous

¹ V. le n° 445.

en parlerons plus loin. Pour le moment bornons-nous à examiner celles qui sont spéciales à l'action en nullité que nous étudions.

L'art. 185 devant servir de base à nos explications, il importe, par conséquent, d'en connaître les termes précis; il est ainsi conçu : « Le mariage contracté par des époux qui n'avaient pas encore l'âge requis, ou dont l'un d'eux n'avait pas atteint cet âge, ne peut plus être attaqué : 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent ; 2° lorsque la femme qui n'avait pas cet âge, a conçu avant l'échéance de six mois. »

Nous trouvons là deux fins de non-recevoir : 1° un laps de temps de six mois depuis l'âge de dix-huit ans ou de quinze ans ; 2° la conception de la femme après un délai que la loi fixe également à six mois.

1° Laps de temps de six mois depuis la puberté.

Une assez grave difficulté s'est présentée sur ce point si grave même qu'elle est résolue différemment par les jurisconsultes les plus autorisés. Que devra-t-on décider si avant l'expiration des six mois depuis la puberté acquise, l'un des époux ou les deux époux ont ratifié tacitement ou expressément le mariage? La nullité sera-t-elle alors immédiatement couverte? On peut

à cet égard se demander : 1° si l'époux qui a ratifié le mariage ou son conjoint a, nonobstant la ratification qu'il a donnée, ou plus exactement nonobstant sa confirmation, le droit d'invoquer encore la nullité ; 2° si les autres personnes intéressées ne continuent pas au moins à pouvoir s'en prévaloir.

1° Quant à l'époux, la question est des plus délicates. Si l'on s'attachait aux considérations morales, si l'on consultait exclusivement la logique, si l'on se bornait à raisonner en faisant abstraction des textes positifs, sans contredit, on déciderait comme incline à le faire M. Demolombe, que l'action n'est plus recevable. Le droit romain¹ et notre ancienne législation² étaient d'accord sur ce point ; et quoi de plus juste ? Pourquoi en effet, maintenir la nullité alors que le mariage a été confirmé par la volonté libre et éclairée des parties ? pourquoi leur permettre de revenir sur leur parole, et de rompre leurs engagements ? pourquoi, puisque l'intérêt de la société ne l'exige pas ? Tout cela est fort bien ; mais en droit, il ne faut pas se laisser éblouir par des considérations de fait, si puissantes qu'elles soient ; il ne faut pas toujours admettre même ce qui paraît naturel et logique. La loi écrite seule doit être notre guide, et elle nous paraît formelle. L'article 184 pose

¹ L. 4 *De ritu nuptiarum*.

² Pothier, n° 95.

en principe que les époux ont le droit d'invoquer les nullités absolues. L'article 185 fait, il est vrai, exception à l'article 184, mais seulement dans le cas où il s'est écoulé six mois depuis que l'un des deux conjoints a atteint l'âge compétent; le texte est clair et précis; la condition des six mois est une condition absolue. Avant l'expiration de ce délai, le droit de chacun des époux reste entier quels que soient les engagements par lui pris; les confirmations qu'il a données peuvent bien engager sa conscience, mais elles ne sauraient paralyser l'exercice de l'action qu'il tient de la loi.

2° Nous déciderons de même à plus forte raison, pour les autres personnes intéressées. Ici le doute est beaucoup moins grand, et M. Demolombe lui-même, bien qu'en désaccord avec nous sur la première branche de la question, a peine à refuser aux intéressés l'action en nullité¹. Que les époux gardent le silence, rien de mieux; mais ils ont contrevenu à une prescription dont le maintien intéresse l'ordre social tout entier; il ne doit pas leur être permis d'empêcher les tiers, à qui cette mission a été confiée, de les rappeler, par une leçon même un peu sévère, au respect de la loi! Si le ministère public, ou leurs

¹ T. III, n° 518, *In fine*.

ascendants jugent à propos d'élever la voix pour faire cesser les effets d'une union déplorable, il ne saurait pas dépendre de leur caprice ou de leur passion d'étouffer cette voix qui presque toujours n'aura pour guide que leur intérêt bien entendu. D'ailleurs, répétons-le, en dehors de toute considération de fait, le texte de l'art. 186 est formel; l'action en nullité aussi bien à l'égard des ascendants, du ministère public et autres intéressés, qu'à l'égard des parties elles-mêmes, est seulement couverte après un délai de six mois; or, dans notre hypothèse, six mois ne sont pas écoulés depuis la puberté; jusqu'à l'expiration du dernier jour de ce délai, ils pourront donc utilement l'invoquer.

2° Conception de la femme avant l'échéance de six mois.

Quel est le point de départ de ce nouveau délai de six mois? est-ce six mois depuis le mariage, comme l'ont enseigné quelques auteurs; ou bien le délai de six mois ne partirait-il pas plutôt seulement du jour où la femme a atteint l'âge de la puberté légale?

Prenons une espèce pour mieux faire comprendre la différence des deux systèmes. Jeanne s'est mariée à quatorze ans; à quatorze ans et sept mois elle devient grosse; plus de six mois, par conséquent, se sont écoulés depuis son mariage: l'action en nullité serait

donc recevable, d'après le premier système; le mariage pourrait être rompu, malgré la preuve palpable et évidente de la puberté physique. Marie, au contraire, qui s'est également mariée à quatorze ans, est devenue grosse, cinq mois, quatre mois, trois mois même après la célébration; son mariage sera dès lors inattaquable; on arriverait ainsi à ce résultat bizarre que plus on approcherait de l'époque de la puberté légale, plus facilement la nullité pourrait être prononcée. Il faudrait que le texte de la loi fût bien formel, pour que nous nous décidassions à admettre une doctrine dont les conséquences sont si étranges. Or, la fin de l'art. 185 est seulement ambiguë; il suffit de consulter les travaux préparatoires pour savoir quelle a été l'intention des rédacteurs du Code¹: on sera convaincu qu'il y a ici une simple amphibologie grammaticale, mais que la pensée véritable des rédacteurs n'est pas douteuse; ce qu'ils ont voulu, c'est que la nullité ne fût plus opposable dès que la femme impubère aurait conçu à une époque quelconque depuis la célébration du mariage, et avant l'échéance de six mois, à partir de l'époque de la puberté légale.

Ainsi donc, si la femme seule était impubère, sa grossesse couvrira à l'égard de tous les intéressés les

¹ V. Loqué, *Légis. civile*, t. IV, p. 512.

nullités qu'on pouvait baser sur ce chef. Mais cette grossesse rendra-t-elle également l'action non recevable si le mari lui aussi était impubère? On serait tenté au premier abord de le décider, car les termes de l'art. 185 sont absolus : « Le mariage ne peut plus alors être attaqué, » dit-il d'une façon générale. Mais la seconde partie de l'article rectifie ce qu'a de trop absolu la première, et d'ailleurs on ne comprendrait pas comment le fait de la femme pourrait dans ce cas influencer sur la position du mari, et lui enlever un droit qu'il tient de la loi; de ce que la femme est nubile, il ne s'ensuit pas que le mari soit pubère; de ce que celle-ci est enceinte, il n'en résulte pas nécessairement qu'elle le soit des œuvres de son mari. Et qu'on ne nous oppose pas la maxime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* : cette règle n'est juste que si le fait du mariage est incontesté, elle le suppose inattaquable; mais ici le point litigieux, c'est le mariage lui-même, c'est sa validité qui est en question, notre maxime n'est donc pas applicable, puisqu'elle se réfère à une espèce tout à fait différente.

Deux points nous restent encore à examiner. Et d'abord est-il nécessaire que la femme ait conçu avant que l'action en nullité soit formée? Il va sans dire que l'espoir de la conception ne suffirait pas pour faire rejeter l'action : il faut un fait positif et non de

vagues allégations et des espérances problématiques pour que la fin de non-recevoir ait chance de se faire admettre. Mais que devra-t-on décider si la femme devient grosse pendant l'instance? si cette grossesse est patente et incontestée, suffira-t-elle pour arrêter l'action? Ceci est fort délicat. D'un côté, nous avons ce principe général que les parties ne devant pas souffrir des lenteurs de la justice, il faut se placer au moment de la demande pour trancher leurs prétentions respectives d'après leur situation à cette époque : les événements postérieurs ne doivent pas influencer sur la décision du juge ; or, à l'époque où elle a été introduite, l'action en nullité était certainement en tous points recevable, elle devrait donc être admise. Mais, d'autre part, de puissantes considérations peuvent aussi être présentées en faveur de l'opinion contraire. Le fait de la grossesse ne fait-il pas tomber de la façon la plus péremptoire la présomption légale? la femme était nubile, puisqu'elle a conçu, cela est de toute évidence. Qui ne voit qu'alors l'annulation du mariage n'offre que des inconvénients? Un enfant va naître de cette union, il sera illégitime, si, ce qui ne se présentera que trop souvent, ses parents sont de mauvaise foi ; c'est donc vouloir de gaieté de cœur l'exposer à tous les périls, à toutes les déchéances qu'entraîne avec

elle une pareille situation. Bien plus, le père ou la mère fussent-ils même de bonne foi, c'est toujours une chose si grave d'annuler un mariage, qu'il ne faut le faire que lorsqu'un texte formel nous y oblige. Or, ajoute-t-on dans ce système, nous n'avons pas ce texte dans la question qui nous occupe ; la loi serait plutôt favorable, puisqu'elle décide d'une façon générale que le seul fait de la grossesse, dans le délai déterminé par elle, entraînera la déchéance de la nullité.

Voyons maintenant, pour terminer, par quels moyens on pourra s'assurer de la grossesse de la femme. La loi est muette à cet égard : comment suppléer à son silence ?

Quelques auteurs proposent une visite par un médecin ou une sage-femme ; mais ce moyen répugne à nos mœurs ; d'ailleurs il ne donnera souvent (tout au moins dans les premiers mois de la grossesse) que des résultats incertains. D'autres voudraient que, pendant l'instance, on ordonnât aux époux de se séparer ; Toulhier notamment est de cet avis¹ « C'est, dit-il avec raison, obéir au vœu de la loi et entrer dans son esprit ; car quel est le but de ses prescriptions à cet égard, si ce n'est d'empêcher les époux de détruire leur santé

¹ T. I, n° 621 ; n° 1.

par des unions prématurées? » Malheureusement ce moyen, quoique assez rationnel en lui-même, a le grand tort d'être arbitraire : l'on agit comme si la nullité était déjà prononcée; il est, de plus, d'une réalisation difficile : à moins de séquestrer complètement les époux, il sera presque impossible de les empêcher de se réunir. De tout cela il résulte qu'aucun de ces moyens n'est sans inconvénients; il faut donc plutôt s'en tenir au sentiment de M. Demolombe; il laisse, à bon droit selon nous, l'appréciation de la question aux tribunaux, qui se décideront d'après les circonstances de la cause.

CHAPITRE II

DES NULLITÉS RÉSULTANT DE LA BIGAMIE ET DE L'INCESTE.

§ 1. *Dans quels cas il y a lieu de prononcer la nullité.*

(Art. 147, 161 à 165.)

La bigamie et l'inceste se référant à des hypothèses tout à fait distinctes, nous examinerons successivement chacun de ces empêchements. Nous dirons d'abord quelques mots de la bigamie, qui ne nous arrêtera que fort peu de temps.

1° Bigamie.

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

Telle est la règle qu'édicte l'art. 147; elle est conforme aux principes de la morale chrétienne et elle est admise aujourd'hui chez tous les peuples civilisés, notamment par toutes les législations européennes, excepté cependant en Turquie¹.

¹ V. entre autres le Code des Pays Bas. art. 84; d'Autriche, art. 62;

Notons tout d'abord que cette prescription, si éminemment sage et si éminemment protectrice de la famille, comme le prouve Montesquieu dans l'*Esprit des lois*¹, est imposée à tous les Français sans distinction de cultes et de croyances religieuses ou philosophiques. Le Code pénal prononce même contre « ceux qui, étant déjà engagés dans les liens du mariage, en auront contracté un autre » une peine fort sévère, celle des travaux forcés à temps (art. 540). Toutefois, ces prescriptions n'atteignent pas les Arabes soumis à la domination française en Algérie ; en vertu des capitulations qui leur furent accordées lors de la conquête, ils restent en effet régis par la loi musulmane ; il en est ainsi, même depuis le sénatus-consulte du 5 juillet 1865 qui les a déclarés *Français* ; ce sénatus-consulte leur réserve en effet expressément le droit de continuer à vivre sous leur législation nationale (art. 1^{er})².

Attachons-nous maintenant aux expressions de notre texte : « On ne peut contracter un second mariage, dit-il, *avant la dissolution du premier* ; » donc, et l'article 189 le dit expressément, la nullité du second est

de Prusse, § 16 ; de Russie, art. 41 et 49 ; etc., etc. — La loi russe ajoute même (art. 12) que l'on ne peut contracter un quatrième mariage.

¹ V. surtout le chapitre vi du livre XVI.

² La question a été tout récemment discutée au Corps législatif. (Voir le *Moniteur*, des 4 et 6 mars 1866.)

subordonnée à la validité du premier; le second sera valable si le premier est annulé, car alors il n'y aura pas eu véritablement de premier mariage. En résumé, un premier mariage valable forme toujours un empêchement dirimant à un autre mariage, s'il n'a pas été régulièrement, c'est-à-dire légalement dissous; tandis qu'au contraire l'existence d'un premier mariage annulable n'est qu'un empêchement prohibitif, puisqu'il forme simplement obstacle à la célébration d'un mariage subséquent.

2° Inceste

Nous nous bornerons ici à poser les principes généraux de la matière; nous en esquisserons seulement les grands traits; en un mot, nous donnerons une simple analyse et non un commentaire complet des art. 161, 162, 163 et 164.

La parenté, c'est-à-dire le lien du sang qui unit entre elles plusieurs personnes, produit en droit différents empêchements au mariage; les uns dans la ligne directe, les autres dans la ligne collatérale. Parlons d'abord des premiers.

Le mariage est interdit d'une façon absolue en ligne directe à l'infini entre tous les ascendants légitimes et naturels, et les alliés dans la même ligne. Cette

prohibition¹ a été éloquemment justifiée par Montesquieu dans son *Esprit des lois* : « Le mariage du fils avec la mère, dit-il, confond l'état des choses; le fils doit un respect sans bornes à sa mère, la femme un respect sans bornes à son mari; le mariage d'une mère avec son fils renverserait dans l'un et dans l'autre leur état naturel. De plus, si le mariage était permis entre la mère et le fils, il arriverait presque toujours que lorsque le mari serait capable d'entrer dans les vues de la nature, la femme n'y serait plus. Le mariage entre le père et la fille, plus dangereux au point de vue moral, « répugne moins à la nature que le précédent. Aussi les Tartares, qui peuvent épouser leurs filles, usage fort ancien puisqu'il existait du temps d'Attila, n'épousent-ils jamais leur mère, comme nous le voyons dans les anciennes relations. »

Du reste, même sur ce point, il ne faut rien exagérer, surtout pour les mariages dans la ligne collatérale. L'horreur qu'inspirait l'inceste dans les temps antiques était certainement plus instinctive que raisonnée; on pourrait même dire qu'elle était un peu

¹ La même prohibition est reproduite dans toutes les législations européennes. Il serait sans intérêt d'indiquer ici toutes les dispositions qui ont statué dans ce sens; il suffira, croyons-nous, de citer le Code prussien, art. 935; le Code bavarois, art. 1§7; le Code suédois, art. 68; enfin le Code de l'ancien royaume de Naples, art. 151.

aveugle. Les tragédies d'Eschyle et de Sophocle¹ sont pour nous de vivants témoignages de ces préventions passionnées. La littérature, comme cela lui arrive trop souvent lorsqu'elle veut toucher aux questions juridiques, s'est laissé entraîner à de vaines déclamations. Et, ce qui le prouve surabondamment, c'est ce qui se passait dans la Grèce elle-même. A Athènes, il était permis d'épouser sa sœur consanguine et non pas sa sœur utérine². A Lacédémone, on pouvait s'unir avec sa sœur utérine³. Cet usage, du reste, existait ailleurs : à Alexandrie, nous dit Sénèque, la permission était générale et sans restriction; il en était de même dans le reste de l'Égypte et chez les Assyriens⁴. Qu'on ne croie pas, du reste, que nous voulions par ces exemples justifier les mariages entre proches parents. « Entre frères et sœurs, comme le dit encore Montesquieu⁵, il est défendu pour conserver intacte la pudeur naturelle dans la maison commune. La prohibition du mariage entre cousins germains a la même origine.

¹ V. surtout *Œdipe* et *Phèdre*.

² *Cornelius Nepos*, in *Præfat.*

³ Strabon, *De specialibus legibus quæ pertinent ad præcepta Decalogi*.

⁴ L'Ancien Testament cite aussi plusieurs exemples de mariages entre proches parents.

⁵ *Esprit des Lois*, liv. XXVI, chap. xiv.

Dans les premiers temps, c'est-à-dire dans les temps saints, tous les enfants restaient dans la maison et s'y établissaient. Les enfants des deux frères étaient regardés et se regardaient entre eux comme frères¹. » Aujourd'hui que ces mœurs sont si loin de nous, la loi civile a eu raison de ne pas adopter ces dernières prohibitions; quelques publicistes ont même pensé qu'elles étaient encore trop multipliées; pour notre compte, alors même que nous n'aurions pas d'autres motifs, les arguments tirés de la physiologie suffiraient à eux seuls, ce nous semble, pour les faire maintenir. C'est, en effet, un point admis par la majorité des auteurs que les mariages entre parents, lorsqu'ils sont trop multipliés dans la même famille, finissent par abâtardir la race; cet affaiblissement est surtout frappant au point de vue intellectuel; la démence ou l'imbécillité sont souvent, pour les enfants, la conséquence de ces sortes d'unions². En

¹ Bentham (*Principes du Code civil*, chap. v, sect. 1) ajoute à ce que dit Montesquieu les considérations suivantes: « La facilité de se marier entre proches parents qui vivent ensemble: 1° serait une source de rivalités et de haines entre les enfants; 2° elle rendrait suspecte la conduite antérieure des personnes qu'on voudrait épouser. »

² Buffon est formel dans le sens de cette opinion. (V. *Histoire naturelle*, de l'Homme.) La question est aujourd'hui assez vivement controversée en médecine. — V. en faveur du système indiqué par nous au texte: M. Prosper Lucas, *Traité de l'hérédité naturelle*, t. II, p. 232 et s.: Mémoire de M. Menière, médecin de l'Institution des sourds-muets, sur

résumé, nous ne pouvons qu'approuver les prescriptions de notre législation, dont nous allons maintenant donner l'analyse.

En ligne collatérale, le mariage est prohibé d'abord entre le frère et la sœur légitimes ou naturels et les alliés au même degré (art. 162). Mais pour les alliés — les beaux-frères et les belles-sœurs — cette prohibition n'est pas absolue; la loi (art. 164, modifiée par la loi du 16 avril 1832) permet au chef du gouvernement d'accorder dans ce cas des dispenses pour des causes graves. La question d'opportunité est laissée à l'appréciation de l'administration.

Le mariage est encore défendu entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. L'art. 163 le décide formellement. Donc, point de difficultés sur ce point¹. Une question fort douteuse, au contraire, est celle de savoir si la prohibition s'étend au grand-oncle et à la grande-tante.

Pour la validité du mariage, on fait remarquer que

l'origine de la surdi-mutité. Cet auteur indique les mariages consanguins comme l'une des principales causes de cette infirmité; M. Rilliet, médecin en chef de l'hôpital de Genève, *Lettre sur l'influence de la consanguinité*. V. surtout une monographie de M. le docteur Devay (de Lyon). — V. en sens contraire : *Dictionnaire de médecine*, au mot *Mariage*, t. XIX, p. 166, article de M. Raige-Delorme; M. Michel Lévy, *Traité de l'hérédité*, t. I, p. 153. — La question a été discutée tout récemment à l'Académie de médecine. (V. le *Moniteur* du 19 janvier 1866.)

¹ V. toutefois l'art. 164.

la nullité étant l'exception, elle ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte formel qui n'existe pas dans notre hypothèse; la faveur dont la loi entoure le mariage, les nombreux inconvénients de son annulation sont encore de puissants arguments en faveur de ce système.

Néanmoins, peut-être, préférerions-nous encore l'opinion contraire¹. Ce n'est pas que nous voulions nous appuyer sur cet acte étrange qui porte la date du 7 mai 1808, intitulé : Décision de Sa Majesté, dans laquelle l'Empereur déclare « que le mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce ne pouvait avoir lieu qu'en conséquence des dispenses accordées, conformément à ce qui est prescrit par l'article 164 du Code. » Une pareille décision émanée de la seule autorité de Napoléon, sur laquelle ni le Corps législatif ni le Sénat, en violation formelle des constitutions impériales, ne se sont prononcés, n'a à nos yeux aucune force législative; c'est l'avis du chef de l'État; c'est, si l'on veut, l'opinion personnelle du plus glorieux et du plus puissant des souverains; ce n'est pas la loi, expression de la volonté de tous. Mais nous sommes guidés par des considérations plus puissantes. Le droit romain et, après lui, l'ancienne pratique judiciaire, défendaient,

¹ V. dans ce sens M. Bugnet, Notes sur Pothier.

comme notre législation actuelle, le mariage entre l'oncle et la nièce, entre la tante et le neveu. Le motif qui avait dicté cette prohibition était, nous l'avons déjà dit, qu'à l'égard de leurs neveux et nièces les oncles et tantes étaient *loco parentum* ; il en était de même, et pour des raisons identiques, de l'union entre le grand-oncle et la petite-nièce¹. Si les rédacteurs du Code Napoléon avaient entendu innover sur ce point, ils n'auraient pas manqué de s'en expliquer formellement. Du reste et c'est là, selon nous, le plus puissant argument, le mot « oncle » dont se sert l'art. 163 est une expression générique qui comprend aussi bien le grand-oncle que l'oncle proprement dit ; on pourrait même en tirer un argument *a fortiori* ; en effet, un mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce serait à la fois et plus contraire aux convenances sociales, et surtout beaucoup plus dangereux, à cause des abus d'autorité possibles, que si les parties étaient chacune à un degré plus rapproché. Quant au silence du Code il s'explique facilement ; d'un côté, la question était formellement tranchée par notre législation coutumière ; de l'autre, un mariage entre personnes d'un âge aussi disproportionné devant se présenter fort rarement dans la pratique, il n'est pas

¹ Pothier contre Covarruvias adopte formellement cette opinion. (V. n° 148, du Contrat de mariage.)

surprenant que cette hypothèse ait échappé aux prévisions du législateur de 1804¹.

Nous avons dit que la prohibition du mariage dans la ligne directe s'entendait aussi bien de la parenté naturelle que de la parenté légitime. Il en est de même entre les frères et sœurs naturels. Mais ici les empêchements ne vont pas plus loin ; dans la ligne collatérale naturelle, ils ne s'étendent pas au delà du second degré (art. 163 *a contrario*).

L'art. 548 établit aussi des prohibitions qui se

¹ Les dispositions des législations étrangères relativement aux empêchements dans la ligne collatérale sont trop multiples et trop divergentes pour que nous puissions essayer d'en donner ici même une analyse succincte. Nous nous bornerons à indiquer les principales dans quelques-uns des États de l'Europe. En Autriche, outre les prohibitions édictées par nos art. 162 et 163, le mariage est encore défendu entre les cousins germains et les alliés au même degré, c'est-à-dire au quatrième. Il en est de même dans le grand-duché de Bade et en Wurtemberg ; enfin il en était également ainsi dans les anciens États qui forment aujourd'hui le royaume d'Italie, et notamment en Sardaigne et dans le royaume des Deux-Siciles. On allait même plus loin dans ces derniers pays ; on suivait, comme on le fait encore aujourd'hui en Espagne et en Portugal, les règles du droit canon ; il y avait par conséquent empêchement jusqu'au quatrième degré suivant la computation canonique, soit le huitième degré suivant la computation civile. Les mêmes règles sont applicables à plusieurs royaumes et principautés allemandes. En Angleterre, le mariage est prohibé, comme en Autriche, entre cousins germains, mais l'empêchement ne va pas plus loin. Enfin, en Russie, le Code sanctionne les prescriptions des différentes religions auxquelles appartiennent les futurs époux, et les déclare civilement obligatoires : les prohibitions de l'Église gréco-russe sont, du reste, identiques à celles du droit canonique. La peine de la nullité est en générale prononcée par toutes les législations que nous venons d'énumérer.

rattachent à celles que nous venons d'étudier : 1° entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; 2° entre les enfants adoptifs du même individu ; 3° entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant ; 4° entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement. Mais ce ne sont là, selon nous, que des empêchements prohibitifs ; aussi, les mentionnons-nous seulement pour mémoire. Les nullités, comme toutes les exceptions, ne s'étendent pas, en effet, par voie d'analogie ; or, comme l'art. 184 ne vise pas l'art. 348, une action en nullité, basée sur la violation de cette disposition, devrait être rejetée par les tribunaux.

§ 2. *Quelles sont les personnes qui peuvent invoquer les nullités fondées sur la bigamie et l'inceste.*

(Art. 184, 187, 188, 189, 190).

L'art. 184 répond d'une façon générale à cette question : La nullité peut être invoquée *soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public.*

Et d'abord *par tous ceux qui y ont intérêt.* Voyons en premier lieu quelles sont les personnes qui ont intérêt à attaquer le mariage ; nous préciserons ensuite, avec l'art. 187, quelle doit être la nature de leur intérêt. Nous avons déjà précédemment nommé ces personnes ; passons-les maintenant successivement en revue.

1° Les époux eux-mêmes.

1° Les art. 184 et 191 le décident formellement et les expressions dont ils se servent sont générales. Donc chacun des époux a le droit d'invoquer l'inceste ou la bigamie dont est entachée son union ; celui-là même qui a violé sciemment la loi ; il en sera ainsi, du reste, d'une façon générale, pour toutes les nullités absolues. L'art. 191 le dit, en effet, expressément de celles qui résultent du défaut de publicité et de compétence ; l'art. 184 le décide également avec non moins de clarté pour les trois autres nullités dont nous avons déjà parlé. En vain nous objecterait-on relativement à l'époux bigame, entre autres, — c'est peut-être, en effet, sur ce point que la loi serait le plus sujette à critique — qu'il a commis un crime ; qu'il doit, par conséquent, être repoussé en vertu de la maxime *Nemo auditur allegans suam turpitudinem* ; cette maxime, répéterons-nous, ne peut être invoquée que lorsqu'il s'agit d'un intérêt privé ; ici, c'est l'intérêt public qui est en jeu ; pour le sauvegarder, la loi a dû laisser de côté toutes autres considérations, si puissantes et si respectables qu'elles soient ; certes, il sera étrange, en effet de voir une personne venir se prévaloir de sa mauvaise foi auprès du conjoint qu'elle a trompé. Mais après tout

peut-être le demandeur se repent-il sincèrement de la faute qu'il a commise, et pourquoi alors lui refuser le moyen de la réparer dans les limites du possible? D'ailleurs, ce repentir fût-il même un jeu, l'intérêt capital qu'a la société à faire respecter les prescriptions que la loi a édictées sur le mariage, suffirait pour justifier une dérogation au droit commun.

2° Les père et mère et les autres ascendants.

Plusieurs questions s'élèvent sur ce point. En premier lieu, demandons-nous, quels sont les ascendants qui ont le droit d'invoquer la nullité?

Pas de difficultés si la cause de nullité est commune aux deux époux, s'ils sont tous les deux bigames, par exemple. Dans ce cas, les ascendants de chacun d'eux peuvent évidemment se prévaloir de cette nullité. Mais *quid* lorsque la cause de nullité ne provient que de l'un des époux? Toullier et M. Duvergier, son annotateur¹, ont enseigné que la nullité n'était alors exclusivement proposable que par les parents de celui des époux qui avait violé la loi. Pour nous, nous croyons plutôt avec M. Demolombe² et Vazeille³ que la nullité est indifféremment proposable par les ascendants de l'un ou de l'autre conjoint. Nulle part, en effet,

¹ T. I, n° 626.

² T. III, n° 502.

³ T. I, n° 246.

dans la loi nous ne trouvons trace de la distinction proposée par Toullier; les art. 184, 185, 191 n'en disent pas un mot; le vieux brocard : *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* nous paraît donc ici rigoureusement applicable; ajoutons que, dans notre hypothèse, il est de plus tout à fait d'accord avec les principes. Les nullités absolues sont en effet, en règle générale, et à moins d'une exception formelle, proposables par tous; elles ne sont pas plus personnelles à l'un des époux qu'à l'autre; elles affectent le mariage d'un vice *réel* et intrinsèque.

Autre difficulté, et celle-ci plus grave. Le droit de demander la nullité appartient-il à tous les ascendants concurremment, ou au contraire, ne peut-il être exercé par eux que successivement et dans l'ordre suivant lequel la loi les appelle à consentir au mariage (art. 148 et suiv.)? Toullier¹, Duranton²; enfin, en dernier lieu, M. Demolombe³, ont défendu le dernier système. Ils ont prétendu que le droit de demander la nullité n'était pour les ascendants que le corollaire et la conséquence de celui de donner leur consentement au mariage; qu'il était, par conséquent, soumis aux mêmes conditions; que, pour l'exercice de ces deux droits parallèles, on devait

¹ V. t. I, n° 655.

² V. t. II, n° 317.

³ V. t. III, n° 303.

donc suivre l'ordre indiqué par les art. 148 et suiv. D'ailleurs, ajoutent-ils, l'art. 186 lui-même, par son énumération successive, se réfère formellement à cet ordre ; enfin ces arguments de textes seraient encore fortifiés par des considérations morales de la plus haute valeur. Adopter la doctrine contraire, donner à tous les ascendants concurremment le droit d'invoquer la nullité, « ce serait briser l'unité d'autorité aussi indispensable dans le gouvernement domestique que dans celui des États, détruire la discipline et la hiérarchie dans la famille et y introduire la plus funeste anarchie. » Nous ne nions pas la gravité de ces arguments, aussi voudrions-nous pouvoir nous ranger à ce sentiment ; mais en présence des principes généraux et des textes, il nous semble impossible de le faire. Les principes généraux en effet sont formels, nous les avons déjà souvent rappelés ; les nullités absolues, tel est leur caractère indélébile, peuvent être invoquées par tous les intéressés, à moins que l'action ne leur soit expressément enlevée par un texte spécial. Que les ascendants aient un intérêt à la nullité, cela n'est pas douteux : intérêt moral d'abord, ne pas laisser leurs enfants violer la loi d'une manière aussi grave, et déshonorer peut-être leur nom et leur famille par une union indigne d'eux ; intérêt pécuniaire même,

tout au moins éventuel, car si les parents les plus rapprochés venaient à succomber, ce serait à eux qu'incomberaient les charges du nouveau mariage, (art. 205 et 206). Les textes ne sont pas moins significatifs : les dispositions de l'art. 191 et même de l'art. 186 *a contrario* sont générales ; ils donnent à tous les ascendants, sans distinction, le droit d'agir. En vain prétendrait-on établir une corrélation entre le droit de demander la nullité et celui de consentir au mariage ; c'est là, répondrons-nous, un rapport imaginaire et tout de fantaisie, qui n'est appuyé sur aucun texte. Dans notre hypothèse, le demandeur n'agit pas comme représentant de la puissance paternelle ; venant demander la nullité d'un mariage contracté sans son consentement, au mépris de son autorité, il agit comme ascendant, en vertu d'un droit qui lui est propre, que lui reconnaissent les art. 186 *a contrario* et 191 ; il agit comme intéressé, en vertu du principe général de l'art. 184 ; comment pourrait-on refuser de l'entendre en cette double qualité ? Aussi le système que nous défendons a-t-il pour lui la majorité des auteurs : Merlin¹, Proudhon et Valette², Vazeille³, Zachariæ⁴, enfin Mar-

¹ V. notamment, *Repert.*, sect. VI, § 2.

² T. I, p. 431.

³ T. I, 218.

⁴ T. IV, § 461, note 19.

cadé¹ ; la jurisprudence est aussi fixée dans ce sens². Nous irions même plus loin que la plupart de ces auteurs, et notamment que Marcadé³, et nous déciderions, avec Zachariæ⁴, que la mère pourrait invoquer une nullité absolue lorsque le père existe et refuse d'agir lui-même. Il est vrai que, en vertu du principe posé par l'art. 215, il faudrait à la femme l'autorisation maritale ; mais, ceci n'est pas une raison pour repousser notre opinion ; peut-être le père, qui ne veut pas agir directement, ne refusera-t-il pas à sa femme la faculté d'intenter elle-même l'action ; une simple autorisation est, en effet, une chose beaucoup moins grave qu'une action directe et personnelle, et l'on comprendrait parfaitement que, tout en ne voulant pas assumer sur lui une aussi lourde responsabilité, il consentît à laisser faire celle-ci. Peut-être pourrait-on soutenir, mais ce point est pour nous beaucoup plus douteux, que, en cas de refus formel du mari, son autorisation sera valablement suppléée par celle de la justice (art. 218).

Enfin, dernière question, les ascendants ont-ils dans tous les cas, et d'une façon absolue, le droit

T. I, n° 655.

² Arrêt de la cour de Lyon, 22 juillet 1846 ; rejet, requête, 15 novembre 1848.

³ N° 659.

⁴ T. III, p. 255, note 25 ; et p. 253, note 19 (première édition).

d'invoquer la nullité résultant de la bigamie et de l'inceste? Pour le défaut de publicité et de compétence, l'art. 191 est formel; aucune controverse n'est donc possible à leur égard, il n'en est pas de même des premières. Toutefois la place que nous donnons à cette difficulté prouve bien qu'à nos yeux elle n'est pas très-sérieuse; car, si nous eussions conçu des doutes véritables, nous n'aurions pas manqué de l'examiner au commencement de ce paragraphe, qui se trouverait, pour ainsi dire, supprimé dans le cas où on la résoudrait négativement. Donc, d'après un premier système, les ascendants ne pourront, dans notre espèce, demander la nullité du mariage de leurs enfants que dans un seul cas : après leur mort, lorsqu'ils sont appelés à leur succession. Le droit d'intenter l'action, fait-on observer, a sa base dans l'art. 184; or, l'art. 184 est complété par l'art. 187, qui exige formellement que l'action soit fondée sur un intérêt *né* et *actuel*; d'autre part, cet intérêt né et actuel existe pour les ascendants alors seulement que dans une succession ils sont en concours avec de prétendus enfants légitimes; donc l'action leur est exclusivement ouverte dans cette hypothèse. Avec un grand nombre d'auteurs ¹, nous

¹ V. notamment Merlin, *Répert.*, t. XVI, sect. VI, § 2; Proudhon, t. I, p. 456; Zachariæ, t. IV, § 461; notes 17 et 20.

pensons, au contraire, que le droit des ascendants est absolu et sans limites.

L'art. 186, en effet, déclare les ascendants non recevables à invoquer la nullité d'un mariage contracté par un impubère *lorsqu'ils y ont consenti* ; n'est-ce pas décider indirectement que, dans tous les autres cas, ils pourront se prévaloir de la nullité sans exception et sans condition aucune. Cette interprétation rejetée, notre article n'a plus de sens ; les rédacteurs du Code Napoléon n'auraient pas, en effet, édicté une disposition spéciale pour refuser dans notre espèce l'action en nullité aux ascendants, s'ils n'avaient pas, en règle générale, le droit de s'en prévaloir. D'ailleurs, quel est le principe ? Nous ne saurions trop le répéter : l'action en nullité peut être invoquée par *tous ceux qui y ont intérêt* ; or, par ce mot *intérêt*, nous savons qu'il faut entendre l'intérêt moral, aussi bien que l'intérêt pécuniaire. Et les ascendants n'ont-ils pas un immense intérêt moral à faire rompre de pareilles unions ? La bigamie ou l'inceste commis par un de ses membres n'atteint-il pas jusqu'à un certain point l'honneur de toute la famille, qu'ils doivent être jaloux de conserver intact ? Du reste, nous n'avons même pas besoin de cet argument, car il nous semble que la principale objection de nos adversaires tombe à la simple lecture du texte ; lorsque l'art. 185 exige un

intérêt né et actuel, il ne parle que des enfants du premier lit et des collatéraux, et nullement des ascendants ; or, on ne peut, selon nous, raisonner par analogie de ceux-ci à ceux-là : personne n'ignore, en effet, que les droits de ces derniers sont toujours et partout plus étendus que ceux des premiers.

Avant de quitter ce point, disons quelques mots du *conseil de famille*. Aura-t-il qualité pour proposer les nullités absolues ?

Pour que la question ait de l'intérêt, il faut supposer deux hypothèses : 1° le mariage a été contracté par le mineur avec le consentement du père, ou, à son défaut, de la mère ; 2° ceux-ci sont décédés sans qu'il reste d'ascendants ; autrement, en effet, le conseil de famille aurait sans conteste l'action en nullité résultant du défaut de consentement.

Que déciderons-nous dans cette hypothèse : l'enfant est encore mineur, son mariage est entaché d'une nullité absolue ; le conseil de famille pourra-t-il l'invoquer quelle qu'elle soit ? Pas de doute sérieux, pour le défaut de puberté ; la recevabilité de la demande résulte, selon nous, nous l'avons vu, de l'art. 186.

Il n'en est pas de même de la bigamie et de l'inceste ; la question pour ces deux nullités, ainsi que pour celles qui résultent du défaut de publicité et de compétence, est beaucoup plus délicate. Les art. 184 et 191

ne mentionnent en aucune façon le conseil de famille; le silence de ces articles, alors qu'ils parlent expressément des ascendants, du ministère public, et même des collatéraux dans l'art. 187 qui complète l'art. 184, est un puissant argument qui a décidé plusieurs auteurs à refuser dans notre double hypothèse l'action en nullité au conseil de famille.

Cependant, peut-être devrait-on plutôt adopter le sentiment contraire. L'art. 186, nous l'avons vu, déclare expressément le conseil de famille recevable à invoquer le défaut de puberté, et lorsqu'il s'agit de vices beaucoup plus graves, de bigamie et d'inceste, par exemple, ce droit lui aurait été refusé! Ne faudrait-il pas un texte bien formel pour se décider à croire que les rédacteurs du Code Napoléon ont commis une pareille inconséquence¹?

3° L'époux au préjudice duquel a été contractée une seconde union.

L'art. 188 nous dit qu'il peut en demander la nullité *du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui.*

Remarquons que, par ces mots : *l'époux*, le texte entend celui qui a cette qualité devant la loi civile; il ne s'appliquerait donc pas à la personne qui in-

¹ V. dans ce sens M. Demolombe, n° 304.

voquerait un mariage célébré seulement devant un prêtre catholique.

Pour être complet sur ce point, nous devons rapprocher la disposition de l'art. 139 : *L'époux absent, porte cet article, dont le conjoint a contracté une nouvelle union sera SEUL recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence.* Observons tout d'abord que, tant que dure l'absence, tant, en d'autres termes, qu'il y a incertitude sur la vie de l'absent, la règle posée par l'art. 147, ou plutôt la sanction de l'art. 184, ne sont applicables; il est défendu à l'époux présent de contracter un nouveau mariage, mais, s'il viole cette défense, personne n'a qualité pour en demander la nullité; en un mot, il n'y a qu'un simple empêchement prohibitif. Il n'en est plus de même lorsque l'absent est de retour, le mariage devient alors annulable. Mais ici s'élève une difficulté des plus graves.

Nous sommes en présence de deux dispositions qui semblent, au premier abord, fort contradictoires. L'art. 139 d'une part, portant que *l'époux absent sera SEUL recevable à attaquer le mariage.* L'art. 184 d'autre part, décidant qu'en cas de violation de l'art. 147 — ce qui est précisément notre hypothèse — la nullité peut être demandée PAR TOUS LES INTÉRESSÉS. Comment concilier ces deux textes? Plusieurs systèmes ont été

proposés; le plus plausible et le plus sage peut-être est celui qui est développé par Marcadé¹. Il reconnaît tout d'abord que l'art. 139 est mal rédigé. Ces erreurs sont malheureusement en effet assez fréquentes dans le Code où, comme l'a fait observer, avec tant de justesse, M. F. Berryat Saint-Prix dans ses Notes, les rédacteurs n'ont pas pris soin de coordonner les différentes dispositions qu'ils ont édictées, et ont même trop souvent oublié ce qui était écrit quelques articles plus loin ou dans un titre précédent. Partant de cette donnée, qu'il faudrait du reste bien se garder de trop exagérer sous peine de renverser une grande partie de notre législation, Marcadé ajoute « que l'art. 139 a pour but d'indiquer non pas PAR QUI le mariage pourra être attaqué, mais QUAND IL pourra l'être. Ce qu'a voulu dire cet article, c'est que le mariage contracté par le conjoint d'un absent ne pourra être attaqué QUE QUAND L'ABSENT SERA DE RETOUR OU QUAND IL AURA DONNÉ DES PREUVES DE SON EXISTENCE. »

Deux puissants arguments nous semblent militer en faveur de ce système. C'est d'abord la généralité de l'art. 184, puis surtout les termes de l'art. 190, qui, en cas de bigamie, exige que le ministère pu-

¹ V. t. I, nos 487 et 488.

blic « demande la nullité du mariage, et fasse condamner les deux époux à se séparer. » Ces deux textes ne distinguent pas, ils ne font aucune exception pour le cas d'absence; l'art. 159 pris à la lettre n'est pas, il est vrai, moins formel dans le sens contraire; mais entre des dispositions aussi contradictoires, il faut évidemment choisir et arriver à sacrifier l'une des deux; car, comme le dit encore avec juste raison M. Berryat Saint-Prix, il faut bien reconnaître que dans nos Codes, comme dans presque toutes les législations, il y a des antinomies insolubles. Quoi de plus rationnel, alors, que d'adopter celle qui est d'accord avec les principes généraux et qui a, de plus, l'immense avantage de sauvegarder les droits de la morale? Qu'on ne l'oublie pas, en effet, avec le système qui applique à la lettre l'art. 159, on arrive à ce déplorable résultat que, si l'époux absent garde le silence, le ministère public est paralysé, et l'on voit se produire ce honteux scandale, si dangereux pour les mœurs publiques, d'une femme ayant notoirement deux maris vivants, ou d'un homme marié avec deux femmes, demeurant toutes deux peut-être porte à porte, dans la même ville. D'ailleurs, le texte de l'art. 159 lui-même est favorable à notre opinion et peut nous indiquer la véritable pensée des rédacteurs. Il n'accorde pas l'action en nullité seulement

à l'absent de retour, il la donne également à son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence. Et remarquez qu'il ne s'agit pas d'un mandataire spécial; ce qui le prouve, c'est que ce mot, qui se trouvait dans le projet, a été retranché lors de la discussion¹; la loi entend parler ici seulement du procureur que l'absent a pu laisser à son départ. Or, s'il en est ainsi, si un simple procureur peut demander la nullité du mariage, alors que d'ordinaire les parents sont obligés de se présenter en personne, il serait bien étrange de refuser, dans une espèce aussi favorable, ce droit aux intéressés et surtout au ministère public; d'une disposition extensive on ferait une règle restrictive, ce qui nous paraît contraire à la logique et au bon sens.

Enfin l'interprétation que nous donnons à l'art. 159 est sanctionnée par les travaux préparatoires. Le consul Cambacérès avait proposé d'ajouter au titre de l'absence les deux dispositions suivantes: 1° le mariage ne pourra pas être annulé sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent; 2° si l'absent se représente, le mariage sera déclaré nul. La discussion fut close en ces termes: *La proposition du consul Cambacérès est adoptée*; et le conseil-

¹ Projet, tit. IV, art. 28; Fenet., t. II, p. 36.

ler Thibaudeau fut chargé de rédiger un article qui reproduisit l'opinion émise par Cambacérès. Malheureusement il formula l'article d'une manière équivoque; mais la pensée des rédacteurs du Code resta toujours la même; et c'est à elle seule que nous devons nous attacher.

4° Tiers intéressés.

Notons tout d'abord qu'il s'agit ici d'un intérêt pécuniaire; l'intérêt moral suffit bien pour le ministère public et pour les ascendants, tout au moins nous nous sommes efforcés de le prouver; mais parce qu'ils ont à sauvegarder, le premier les droits de la morale outragée, les seconds l'honneur de la famille. L'intérêt pécuniaire ne suffit même pas; il faut, l'art. 187 le décide expressément, que ce soit *un intérêt NÉ et ACTUEL*. Mais quel est le sens de ces mots? dans quels cas les collatéraux et les enfants d'un premier lit, dont s'occupe spécialement notre article, pourront-ils dire qu'ils ont un intérêt *né et actuel*? Faudra-t-il que l'un des deux prétendus époux soit décédé, et que ceux-ci aient à réclamer des droits dans sa succession? auront-ils, au contraire, le droit d'agir, même du vivant des deux conjoints? Toutes ces questions ont donné lieu à de nombreuses contro-

verses ; nous allons les passer successivement en revue.

Quelques auteurs ont prétendu que l'action des collatéraux ou des enfants du premier lit n'était jamais recevable du vivant des époux. Ils se sont appuyés : 1° sur le texte de l'art. 187 lui-même ; 2° sur des considérations tirées des principes généraux du Code.

Le texte de l'art. 187, disent-ils d'abord, est formel : les nullités absolues peuvent bien être invoquées par les collatéraux et les enfants du premier lit, mais, aux termes de notre article, cette action n'est pas recevable « du vivant des époux ; » donc la mort au moins de l'un d'entre eux est nécessaire. Cela est étrange, sans doute, c'est peut-être à tort que la loi exige une pareille condition, mais, enfin, elle le fait, et l'on connaît l'axiome : *Dura lex sed lex*. Cette interprétation est, du reste, conforme à l'esprit général du Code, peu favorable, on ne l'ignore pas, aux actions intentées par les collatéraux ; et, après tout, c'est justice : car, trop souvent, ils sont portés à multiplier des attaques dont le mobile exclusif est ou la cupidité ou une basse jalousie. C'est donc à la fois et se montrer interprète fidèle et servir les intérêts de la morale que de restreindre le plus possible des actions de ce genre.

Nonobstant ces arguments, le système contraire, adopté du reste par la majorité des auteurs, nous paraît mieux fondé en droit. Quelle est, en effet, la pensée des rédacteurs dans l'art. 187 ? Elle n'est pas difficile à saisir ; ce que veut la loi, sainement entendue, c'est que les enfants du premier lit et les collatéraux aient au moins *un intérêt NÉ et ACTUEL* ; la probabilité d'un intérêt futur, un intérêt purement éventuel, ne suffiraient pas. Or, cet intérêt *né et actuel* n'existera le plus souvent qu'à la mort de l'un des deux époux, lorsqu'il s'agira, par exemple, pour les collatéraux, de régler leurs droits dans la succession du *de cujus* avec de prétendus enfants légitimes ; c'est pour cela que l'art. 187 s'est servi de cette expression : *du vivant des deux époux*. Néanmoins, qu'on le remarque bien, les termes de la loi ne sont nullement restrictifs ; elle s'est seulement occupée de ce qui arrivera le plus souvent : *Lex statuit de eo quod plerumque fit*. Mais que si, par hasard, cet intérêt existait du vivant des époux ; que si, par exemple, un des prétendus enfants légitimes venait à décéder, et qu'il s'agit de partager sa succession, les enfants du premier lit pourraient avoir grand intérêt à demander la nullité du mariage ; en effet, dans le cas où les conjoints seraient de mauvaise foi, les frères du *de cujus* deviendraient illégitimes par le fait de la dé-

claration de la nullité ; il en serait de même du *de cujus* ; sa succession se trouverait par conséquent réglée par l'art. 766 : les enfants du premier lit auraient un droit exclusif aux biens donnés par leur père, *qui se retrouveraient en nature*. Dans ce cas, pourquoi leur refuserait-on le droit d'intenter l'action en nullité ? leur intérêt n'est-il pas NÉ et ACTUEL, et n'est-ce pas la seule exigence de la loi qui soit véritablement sérieuse ? Ces objections écartées, on ne se laissera pas arrêter davantage par les considérations de fait que nous rapportons tout à l'heure. Certes, nous ne le nions pas, le Code — et nous louons sa sagesse — restreint le nombre des actions qu'il accorde aux collatéraux ; mais il sait aussi sanctionner leurs prétentions, lorsqu'elles sont respectables ; la rigueur exagérée eût été aussi injuste que l'excès contraire ; nos rédacteurs ont su l'éviter ; nous devons entrer dans leur esprit et ne pas marchander aux collatéraux des droits qui leur sont reconnus par des textes formels. Enfin, ne l'oublions pas, nous sommes ici en présence de nullités absolues. Or, nous l'avons déjà dit bien des fois, le Code, afin d'assurer le respect de la loi, a multiplié à dessein le nombre des personnes qui avaient le droit d'invoquer ces nullités ; dès qu'un intérêt quelconque est en jeu, cela suffit, l'action est recevable. Nous avons

prouvé tout à l'heure que l'intérêt existait dans notre espèce, c'est donc pour nous un nouveau motif de persévérer dans notre système.

5° Ministère public.

L'art. 190¹, qui sanctionne dans notre hypothèse le droit du ministère public, est ainsi conçu : « Le procureur impérial, dans les cas où s'applique l'art. 184..... PEUT et DOIT *demandeur la nullité du mariage du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer.* »

Deux hypothèses sont ici prévues : ou bien il n'y a pas de parties intéressées dans le sens indiqué par les art. 184 et 187 ; ou bien par une coupable négligence celles-ci ne veulent pas agir. La loi n'abandonne pas les droits de la société : l'action sera ouverte au ministère public. Mais il pourra seulement agir pendant un certain laps de temps *du vivant des deux époux*. Après leur mort, le scandale qu'on voulait prévenir a disparu ; prétendre le frapper encore serait le mettre inutilement en lumière ; la répression perdrait ses avantages et n'aurait plus que des inconvénients. Enfin, c'est presque une action pénale, et chez nous, Dieu

¹ Nous réservons à notre quatrième chapitre le commentaire de l'art. 191.

merci, on respecte trop la mort pour faire, si peu graves qu'ils soient, des procès de ce genre.

N'oublions pas du reste qu'il s'agit dans notre hypothèse d'une action spéciale, tout à fait distincte de celle que prévoit l'art. 83 du Code de procédure lorsqu'il ordonne communication au ministère public de *toutes les causes qui intéressent l'état des personnes* ; dans les cas prévus par l'art. 83, le ministère public n'est, en effet, que partie jointe ; ici il est, au contraire, partie principale.

Ces principes bien posés, abordons l'examen d'une grave controverse : le ministère public sera-t-il dans notre espèce obligé de provoquer la nullité du mariage ?

Oui, dit-on, dans une première opinion ; et d'abord le texte est formel : l'art. 190 porte que le procureur impérial DOIT demander la nullité ; certes, on ne saurait être plus clair, on ne saurait indiquer d'une façon plus précise qu'il s'agit ici, non pas d'une faculté, mais d'une obligation absolue à laquelle le procureur impérial ne peut se soustraire, quelle que soit son opinion personnelle sur l'opportunité de l'action. Cet argument déjà si puissant est encore fortifié par l'antithèse que les rédacteurs du Code ont établie entre l'art. 190 et l'art. 191 : le ministère public PEUT ET DOIT, porte le premier ; le ministère public PEUT, dit seulement le second ; im-

possible, semble-t-il, d'opposer davantage deux situations l'une à l'autre. Si à tout cela on ajoute les considérations diverses de logique et d'équité qui militent en sa faveur, — les nullités de l'art. 191 constituent toujours, en effet, de graves infractions, tandis que le défaut de publicité est loin de porter la même atteinte à l'ordre public; — on ne s'étonnera pas que ce système ait réuni les plus imposantes autorités¹.

Néanmoins le sentiment contraire a trouvé dans M. Demolombe un éloquent défenseur². Il faut reconnaître tout d'abord, fait-il observer avec raison, que la rédaction de l'art. 190 est fort vicieuse: « Le ministère public *peut*, dit-il en premier lieu, ce qui indique une faculté; il *doit*, ajoute-t-il ensuite, ce qui indiquerait une obligation. Ces deux propositions sont contradictoires. Il ne faut donc pas prendre notre texte à la lettre, sous peine d'en faire un non-sens; il faut l'expliquer, le commenter, retourner sa rédaction embarrassée; il faut, en un mot, donner à ces termes une interprétation raisonnable. » Eh bien, quoi de plus plausible et de plus sensé, que

¹ V. notamment Toullier, Vazeille, et l'ouvrage tout spécial à cette matière, de MM. Ortolan et Ledeau, *du Ministère public en France*, t. I, p. 168. — V. aussi, dans le sens de ce système, un discours de Boutteville, au Tribunat. — Locré, *Légis. civ.*, t. IV, p. 561.

² V. n° 511, t. III.

celle qui a été proposée par MM. Aubry et Rau¹ ? « Chacune de ces expressions, écrivent ces auteurs, a un sens différent : d'une part, le procureur impérial PEUT toujours demander la nullité du mariage dans les hypothèses prévues par l'art. 190 : ce n'est qu'une faculté, mais s'il veut l'exercer il DOIT, pour être recevable dans son action, l'intenter *du vivant des époux*. Le mot DOIT n'a donc pas pour but de convertir en obligation ce que la loi vient à l'instant même de concéder à titre de faculté, mais uniquement de déterminer *pendant quel temps cette faculté doit être exercée*. » D'ailleurs les travaux préparatoires sont encore plus favorables à cette opinion qu'à la première ; au nom de Boutteville on oppose l'autorité beaucoup plus imposante de Portalis. « Gardons-nous, a-t-il dit dans son exposé des motifs, gardons-nous de donner à cette censure confiée au ministère public dans l'intérêt de la société, une étendue qui la rendrait oppressive et la ferait dégénérer en inquisition. » Et plus loin : « Le ministère public *ne doit se montrer que quand le vice du mariage est notoire*, quand il est subsistant, ou quand une longue possession n'a pas mis les époux à l'abri des recherches directes du magistrat². » Ne l'oublions

¹ MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, § 461, note 23, p. 55.

² V. l'*Exposé des motifs*, par Portalis. — Locré, *Légis. civ.*, t. IV. p. 512 et 514.

pas, en effet : il est des cas où les poursuites du procureur impérial auraient plus d'inconvénient que son silence ; les désordres cachés sont fâcheux, sans doute, mais ce n'est pas à la justice humaine de les atteindre ; en constituant le ministère public toujours et partout redresseur de torts, vous le forcez à usurper un rôle qui ne lui appartient pas ; d'un autre côté, vous attirez l'attention sur ces désordres, vous faites naître le scandale, vous produisez cette déplorable contagion du mal qui est toujours la conséquence du mauvais exemple. Tout ceci arrivera en cas de bigamie, par exemple, dans l'hypothèse où le premier mariage est resté inconnu ; il en serait de même en cas d'inceste, alors que des dispenses postérieures pourraient lever l'obstacle qui s'oppose à la légitimité de l'union. Des inconvénients d'un autre genre, mais tout aussi déplorables, pourraient se produire, s'il s'agissait d'un mariage contracté par un impubère ; les parents ont consenti : quelques jours encore et le mariage, aux termes de l'art. 185, ne pourra plus être attaqué. Qui ne voit que là encore le procureur impérial, s'il est prudent, devra s'abstenir ? Et l'on voudrait le forcer à agir dans de pareilles circonstances !

Pour notre compte, si puissantes que soient à nos yeux ces considérations, nous hésitons beaucoup, nous l'avouons, à nous prononcer. Notre désir serait

de pouvoir adopter le dernier système. Plus que personne, en effet, nous reconnaissons les inconvénients d'une disposition absolue, en présence de l'immense variété des espèces que l'on rencontre dans la pratique ; dans les questions de ce genre, plus on s'en rapporte à la prudence des magistrats, plus on a de chances de faire bonne justice ; une règle inflexible est presque toujours mauvaise ! Malheureusement, le texte de l'art. 190 nous paraît formel ; quant à l'explication proposée par les partisans de la seconde opinion, elle est fort ingénieuse sans doute, mais peut-être n'est-elle pas très-juridique ; ce n'est pas un commentaire, c'est la substitution d'un texte à un autre. Ne vaudrait-il pas mieux reconnaître franchement le vice de rédaction de l'art. 190, faire ressortir combien sont graves ses inconvénients, en demander la modification, que de se lancer à perte de vue dans des considérations de morale et d'équité, qui, si grande que soit leur valeur, ne sauraient changer ce qui existe ?

Le ministère public a le droit de demander la nullité d'un mariage, nous venons d'indiquer dans quels cas et à quelles conditions ; mais aura-t-il également une action pour soutenir la validité du mariage ? pourra-t-il, par exemple, dans le cas où le tribunal près duquel il siège annulerait un mariage,

interjeter appel de ce jugement, s'il croit le mariage valable? C'est là un point fort délicat, qui a divisé la doctrine et la jurisprudence.

Pour notre compte, nous serions plutôt disposé avec la majorité des auteurs¹, et aussi avec la Cour de cassation², à refuser ce droit au ministère public. M. Demolombe, après avoir pendant quelque temps adopté ce système, enseigne maintenant la doctrine contraire³; mais, les motifs qu'il donne à l'appui de son sentiment ne nous ont pas convaincu.

Quel est, en effet, le principe de cette matière : c'est qu'au civil, le ministère public est seulement partie jointe; il n'est partie principale, il n'a l'action directe que dans les hypothèses spécialement prévues par la loi. Il faut un texte formel pour lui donner ce droit exorbitant; or, ce texte existe bien pour les demandes en nullité, mais non pas pour les demandes en validité. En vain, M. Demolombe nous oppose l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire, qui est ainsi conçu : *En matière civile, le ministère public agit d'office DANS LES CAS SPÉCIFIÉS PAR LA LOI. — Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; il poursuit d'office cette*

¹ Zachariæ et MM. Aubry et Rau, t. IV, § 459, note 6, p. 40. — Toul-
lier, t. I, p. 572. — Ortolan et Ledeau, t. I, p. 164 et 166.

² Arrêts du 1^{er} août 1820, du 5 mars 1821, du 5 juillet 1824

³ V. n° 512.

exécution DANS LES DISPOSITIONS QUI INTÉRESSENT L'ORDRE PUBLIC. Ce texte est au contraire, selon nous, la condamnation de sa doctrine. Il pose en effet, d'une manière formelle, la règle sur laquelle nous appuyions tout à l'heure la nôtre : *En matière civile, le ministère public agit* DANS LES CAS SPÉCIFIÉS PAR LA LOI. Donc, il ne peut agir dans les autres hypothèses ; et, en particulier dans celle qui nous occupe, puisque aucun texte ne lui confère ce droit. Mais, dit-on, ce droit est consacré par le deuxième paragraphe de notre article. En aucune façon, répondrons-nous : le deuxième paragraphe n'est que le développement du premier ; il ne peut, par conséquent, le détruire ; le législateur n'aurait pas édicté une règle pour la renverser ensuite quelques lignes plus loin. Quel est, en effet, le sens de notre article, tel que l'entendent nos adversaires ? § 1^{er} le droit d'agir n'est accordé au ministère public que dans les cas spécialement énumérés par la loi ; § 2 ce droit lui est ouvert dans tous les cas qui intéressent l'ordre public. On ne saurait imaginer deux dispositions plus contradictoires ; car, qu'on ne l'oublie pas, le ministère public n'a le droit d'agir, il n'est partie principale ou même partie jointe, *que quand l'ordre public est intéressé* ; cela aboutirait donc à dire, dans la première phrase, que l'action directe lui

appartient seulement dans les hypothèses spécifiées par un texte formel; et dans la seconde, qu'il l'a toujours!

En fait, parfois, il est vrai, il sera fâcheux que le ministère public ne puisse déjouer en interjetant appel les collusions frauduleuses qu'il découvrirait; mais le mal n'aura pas la gravité que lui prêtent nos adversaires: les collusions que l'on suppose ne sont guère à craindre; elles auraient difficilement échappé à la clairvoyance du tribunal. Le contraire peut arriver sans doute; mais cela se produira si rarement, qu'il n'y a pas lieu de s'en préoccuper.

Enfin, si vous trouvez la loi imparfaite, s'il vous semble que le ministère public n'est pas suffisamment armé, demandez que ses prérogatives soient agrandies; nous nous joindrons à vous, car nous pensons aussi que l'on ne saurait trop étendre les droits de ce pouvoir tutélaire, dans toutes les questions qui intéressent l'ordre public; mais, en attendant, il nous faut appliquer la loi telle qu'elle est; nous rappelant ce vieux brocard: *Dura lex, sed lex!*

§ 3. Des fins de non-recevoir opposables à l'action.

En principe, toutes les nullités absolues sont perpétuelles et imprescriptibles. En cas de bigamie, par

exemple, l'action pénale aussi bien que l'action civile « résultant du crime, » seront, il est vrai, couvertes par la prescription de dix ans (art. 637 du Code d'instr. crim.); l'action en nullité, au contraire, pourra toujours être invoquée, si long que soit le laps de temps écoulé depuis le mariage.

Toutefois, si la nullité elle-même dure toujours, la demande, intentée par certaines personnes, peut quelquefois être écartée par une fin de non-recevoir.

Il est, en effet, quelques hypothèses, où une nullité, si absolue qu'elle soit, n'est cependant plus proposable. Nous en avons vu un exemple à propos du défaut de puberté; nous étudierons plus tard, dans notre quatrième chapitre, sous l'art. 191, la question de savoir si l'art. 196 ne sanctionne pas encore une fin de non-recevoir du même genre. Pour le moment, nous n'avons que peu de choses à dire.

Le défaut absolu d'intérêt n'est pas en effet une véritable fin de non-recevoir; ceux qui agiraient ainsi seraient repoussés en vertu du principe général qui domine notre matière, comme toutes les autres : *Pas d'intérêt, pas d'action*. Enfin il en serait encore de même de l'abdication que les collatéraux ou les enfants du premier lit auraient faite des droits qu'ils tiennent des art. 184 et 187, ou d'une renonciation tacite résultant de la prescription.

On trouverait, au contraire, une véritable fin de non-recevoir dans l'art. 139, si l'on adoptait le système de ceux, qui, comme Toullier et Merlin, refusent l'action à toute personne autre que le premier conjoint ou son fondé de pouvoir. Mais elle n'existe pas pour nous, qui avons pensé que là, comme dans les hypothèses ordinaires, l'action était ouverte à tous les intéressés.

Une question plus délicate et plus douteuse, à nos yeux, s'élève à propos de l'inceste. Les nullités résultant de la parenté et de l'alliance pourraient-elles être couvertes par des dispenses accordées depuis la célébration du mariage ?

Presque tous les auteurs¹ enseignent, d'une façon générale et absolue, la négative. Pour notre compte, nous serions disposé à admettre une distinction. Si les intéressés avaient déjà demandé la nullité, il y aurait pour eux une espèce de droit acquis à obtenir jugement dans ce sens; aussi, en présence des principes généraux de notre législation, qui veulent, avec tant de raison, que les parties soient placées dans la même situation que si le tribunal avait prononcé au moment même où l'instance a été ou-

¹ Demolombe, t. III, n° 554. — Toullier, t. I, n° 638. — Vazeille, t. I, n° 228. — Zachariæ, t. IV, p. 58, § 461.

verte, nous nous rangerions, quoique à regret, à l'opinion commune ; nous déciderions, en conséquence, que l'obtention des dispenses est trop tardive pour que le mariage puisse être maintenu.

Mais il en serait autrement, selon nous, si l'instance avait été introduite postérieurement : ici, en effet, nous n'avons pas devant nous le principe que nous rappelions tout à l'heure ; les parties intéressées n'ont encore aucun droit acquis. Il est vrai que cette fin de non-recevoir n'est écrite dans aucun texte ; il est vrai également que les art. 184, 187 et 190 ne distinguent pas, et ne font aucune exception à la règle qu'ils posent : mais, il faut bien aussi qu'on nous l'accorde, si nulle part nos codes n'en font mention, nulle part non plus ils ne prévoient notre hypothèse ; comment combler cette grave lacune ? La loi du 30 ventôse an XII nous le dit expressément : à partir de ce jour, porte l'art. 3, toutes les anciennes lois sont abrogées « DANS LES MATIÈRES *qui sont l'objet des DITES LOIS composant le présent Code* ; » donc les anciennes lois restent en vigueur dans les cas qui n'ont pas été réglés par lui. Or, s'il était un point bien établi dans notre ancien droit — M. Demolombe le reconnaît lui-même — c'est que les dispenses rendaient le mariage inattaquable, alors même qu'elles n'étaient *fulminées* qu'après la mort de l'un des deux époux,

ou, comme l'on disait alors, *in radice matrimonii*¹. Le droit canonique décidait en effet, nous le savons², que, du moment où les violateurs des prescriptions légales reconnaissent leur faute, et rendaient hommage à la loi en demandant des dispenses, il fallait se contenter de cet acte de soumission, et maintenir le mariage, dont la dissolution n'aurait plus, dès lors, que des inconvénients. — Ces considérations n'ont rien perdu aujourd'hui de leur puissance et de leur vérité; ce sont elles surtout qui nous ont décidé à persister dans notre opinion. Au point de vue des textes, nous l'avouons, elle prête à la critique; mais comme après tout un doute est possible, il nous semble juste de l'interpréter dans un sens qui soit d'accord avec les principes si équitables que nous venons de rappeler. Ajoutons en terminant que, si l'on adoptait notre système, il faudrait l'appliquer aux dispenses accordées pour défaut de puberté : les deux questions sont en effet identiques, et ce qu'on aura décidé dans un cas, on devra le décider également dans l'autre.

¹ V. *Code matrim.* de Camus, t. I, p 425. — Pothier, n° 280-282.

² V. notre deuxième partie, chap. III.

CHAPITRE III

DE LA NULLITÉ RÉSULTANT DU DÉFAUT DE CONSENTEMENT DES PARENTS

(Articles 148-150, 158-160, 182 et 183.)

§ 1. *Dans quels cas il y a lieu de prononcer la nullité.*

Parmi les conditions que la loi a mises à la validité du mariage, une des plus sages, sans contredit, est celle que nous allons maintenant étudier : la nécessité du consentement des parents. Il ne suffisait pas de fixer un âge avant lequel il serait interdit de contracter mariage ; l'époque de la puberté légale ne pouvait pas être assez reculée pour qu'on abandonnât un acte de cette importance aux caprices d'une volonté aussi faible, et trop souvent aussi aveuglée par la passion, que l'est celle d'une jeune fille de quinze ans ou d'un jeune homme de dix-huit ans. Il fallait imposer à ces ardeurs irréfléchies un frein salutaire qu'elles ne pourraient pas briser. Toutes les législations l'ont compris : le droit romain et notre ancien droit français avaient satisfait à cette nécessité so-

ciale¹ : le premier d'abord avec un peu d'exagération ; le second quelquefois avec un peu de faiblesse. Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas failli à leur devoir ; ils ont su éviter les excès et les fautes de leurs devanciers ; ils ont sur ce point — car on

¹ Les législations européennes exigent toutes le consentement des père et mère, ascendants et tuteurs, mais la sanction est très-variable aussi bien que l'âge, à partir duquel il n'est plus nécessaire. Nous allons analyser sommairement les plus remarquables de ces dispositions. En Hollande, le consentement n'est exigé à *peine de nullité* que jusqu'à la majorité des enfants, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de vingt-trois ans ; cette règle s'applique aussi bien aux filles qu'aux garçons. En Autriche, le mineur — la majorité est fixée à vingt-quatre ans accomplis, § 24 du Code — ne peut contracter mariage sans l'assentiment de son père légitime ; si le père est mort, ou incapable d'agir, le mariage, pour être valable, doit être précédé, non-seulement du consentement de la mère, des ascendants ou du tuteur, mais encore de celui de *justice* (§ 49). Les lois prussiennes fixent à vingt-quatre ans, comme les lois autrichiennes, l'âge à partir duquel les enfants peuvent consentir seuls au mariage. Avant cet âge, ils sont obligés d'obtenir l'assentiment de leur père, et, à défaut de leur père, celui de leur mère ou de leurs ascendants (deuxième partie, titre I, §§ 45, 46, 47, 49 et 55). Mais, disposition importante à noter, le *tribunal chargé de veiller aux intérêts du mineur pourra suppléer audit consentement*. Les père, mère ou ascendants, auront du reste l'action en nullité dans tous les cas où le mariage aura été contracté sans leur autorisation. En Espagne, on distingue entre les fils et les filles : les premiers jusqu'à vingt-cinq ans, les secondes jusqu'à vingt-trois ans, ont besoin du consentement de leur père, mère, ou ascendants. En Portugal, l'âge est identique pour les deux sexes ; il est fixé à vingt-cinq ans. Mais les lois ne prononcent pas la nullité des mariages contractés au mépris des prescriptions légales. Cette dernière règle est également édictée par la législation bavaroise ; elle l'était aussi par les anciennes lois sardes ; enfin, on la trouve encore chez presque toutes les nations qui ont sanctionné comme civilement obligatoires les prescriptions du droit canon. En Angleterre, les en-

peut faire des réserves sur d'autres questions — donné à la puissance paternelle tous les pouvoirs qui lui étaient nécessaires; mais ils n'ont pas sacrifié non plus les droits de l'enfant et de la liberté humaine; ils ont senti qu'il était un âge où il fallait laisser à chacun la responsabilité de ses actes et faire cesser la protection forcée; cet âge, ils l'ont fixé à vingt-cinq ans pour les hommes et à vingt et un ans pour les filles (art. 148); et, c'est avec justesse, car si l'effervescence des passions n'est pas encore calmée, tout au moins la raison doit être mûre et elle en tempérera l'ardeur. Du reste, même à cet âge, la loi se garde d'écarter complètement les parents; elle sait trop bien que leur expérience est toujours nécessaire; ils devront donc être consultés; seulement si sages qu'ils soient, leurs conseils ne seront plus obligatoires. Aussi, n'avons-nous pas à nous occuper ici de cette dernière hypothèse: nous ne devons, en effet, parler que des empêchements dirimants et celui qui résulte de l'absence des actes respectueux (art. 151 et suiv.) n'est pas de ce nombre. Il en est tout autrement du défaut de consentement, avant la majo-

fants n'ont besoin du consentement de leur père, tuteur ou mère non remariée que jusqu'à l'âge de vingt et un ans; *il peut être suppléé par un arrêté du lord chancelier* (statut IV de George IV, chap. LXXVI, § 14; statuts VI et VII de Guillaume IV, chap. LXXXV). Enfin en Russie, le mariage ne peut pas non plus être contracté sans la permission des père, mère, tuteurs, ou curateurs.

rité spéciale, établie par l'art. 148. Nous allons donc passer successivement en revue les différentes dispositions qui s'y réfèrent ; mais, nous n'entrerons pas dans les détails ; nous nous bornerons à faire un résumé, tout à la fois aussi succinct et aussi complet que possible, des principes généraux de la matière.

Parlons d'abord des enfants légitimes. Il faut à leur égard distinguer deux hypothèses :

a. *L'enfant légitime a encore un ou plusieurs de ses ascendants.*

L'art. 148 décide alors que le consentement des ascendants sera nécessaire jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans pour les garçons ; jusqu'à vingt et un ans seulement pour les filles. Cette différence se comprend sans peine ; elle se justifie aussi bien par la constitution physique des deux sexes, que par le caractère et la position de l'un et de l'autre dans la société.

En cas de dissentiment entre le père et la mère, l'exercice de la puissance paternelle appartenant au premier, le consentement de la mère ne sera pas nécessaire ; celui du père suffira. Il le deviendra au contraire, si celui-ci venait à mourir, ou se trouvait dans l'impossibilité de manifester sa volonté (art. 149). Après la mort du père et de la mère, l'exercice de la puissance paternelle, et avec elle le

droit de consentir au mariage, tombe entre les mains des aïeuls ou aïeules (art. 150); ici encore le grand-père et la grand'mère dans chacune des deux lignes doivent être consultés; mais le consentement du grand-père suffit; le dissentiment entre les deux lignes emporte aussi consentement (art. 150 *in fin*). Remarquons du reste que, selon nous du moins, il ne faut pas s'arrêter aux aïeuls et aïeules; dans le cas de prédécès de ceux-ci, le consentement des bisaïeuls, lorsqu'il en existe encore, devra être obtenu. L'art. 150 ne les mentionne pas textuellement, il est vrai; mais les bisaïeuls sont compris dans l'expression générique *aïeuls*, et d'ailleurs, il n'est pas surprenant que notre article n'ait pas prévu cette hypothèse qui se présentera si rarement dans la pratique.

Mais comment ce consentement doit-il être donné? Il devra d'abord, cela est certain, être exempt des vices qui seraient de nature à l'altérer (art. 1109 et s.); faudra-t-il de plus qu'il s'applique à un mariage déterminé avec une personne individuellement désignée? La doctrine se divise sur ce point; pour notre compte, une autorisation générale nous semble être une abdication si absolue de la puissance paternelle, qu'il est peu probable que le législateur ait voulu s'en contenter. Toutefois, nous le reconnaissons, le texte ne demande pas un consentement spécial, et en cas d'é-

loignement, il sera souvent difficile de l'exiger ; aussi le mieux serait-il peut-être encore de s'en rapporter à l'appréciation des tribunaux, qui décideront, suivant les circonstances de la cause. Enfin l'art. 73 veut que le consentement soit constaté par *un acte authentique*, mais seulement lorsque les ascendants n'assistent pas au mariage. Il ne suffit pas, du reste, cela va sans dire, qu'il soit donné quelques mois, quelques jours même avant le mariage ; il faut qu'il persiste jusqu'au moment de la célébration ; mais, en principe, sauf des questions de détail que nous n'avons pas à examiner, il sera toujours présumé subsister, tant qu'il n'aura pas été formellement rétracté.

b. *L'enfant légitime n'a plus aucun ascendant.*

(Art. 160.)

Toute différence entre les fils et les filles disparaît alors. L'âge est uniforme pour les deux sexes : *jusqu'à vingt et un ans* le consentement du conseil de famille est nécessaire ; mais, après cet âge, il cesse de l'être, aussi bien pour les garçons que pour les filles. Le conseil de famille ne porte pas au pupille un intérêt assez vif pour que l'on prolonge ses pouvoirs au delà de la majorité.

Ici se présente une antinomie célèbre entre l'art.

160 et l'art. 883 du Code de procédure; nous y arrêter longtemps serait nous écarter de notre sujet. Bornons-nous à faire observer que l'on doit plutôt, du moins à notre avis, donner la préférence au texte de l'art. 160, malgré la généralité des termes de l'art. 883; nous déciderions donc que la minorité du conseil ne pourra pas se pourvoir devant les tribunaux; ou tout au moins que ceux-ci n'auront pas le droit d'interposer leur autorité et de donner indirectement leur consentement au mariage.

— A l'égard des enfants naturels, il faut aussi distinguer deux hypothèses.

a. *L'enfant a été reconnu par son père ou sa mère, ou bien par tous les deux. (Art. 158.)*

Les règles tracées par les art. 148 et 149 sont alors applicables; le consentement du père ou celui de la mère, si seule elle a reconnu l'enfant, est nécessaire pour les fils jusqu'à vingt-cinq ans, pour les filles jusqu'à vingt et un ans. Mais à la différence des enfants légitimes, les enfants naturels n'ont jamais besoin, même après la mort de leur père et de leur mère, du consentement de leurs ascendants (art. 158, comparé avec l'art. 150); le motif en est bien simple: les enfants naturels n'ont pas, légalement parlant, d'ascendants; la reconnaissance n'établit entre

eux et leur père ou leur mère qu'un lien tout personnel, qui ne s'étend pas au degré suivant. Il en résulte que, lorsque ceux-ci sont décédés, ils doivent être considérés, du moins au point de vue qui nous occupe, comme n'ayant pas de parents; les dispositions de l'art. 159 leur sont donc applicables.

b. *L'enfant n'a été reconnu ni par son père ni par sa mère, ou bien ceux-ci sont décédés. (Art. 159.)*

Dans ce cas, si l'enfant a vingt et un ans accomplis, il pourra se marier à son gré, sans avoir besoin de consulter personne : la distinction entre les deux sexes disparaît de nouveau. Si, au contraire, il n'a pas encore atteint cet âge, il lui faudra le consentement d'un tuteur *ad hoc*. La loi ne s'est pas contentée, et avec raison, de l'approbation du conseil de famille, composé d'amis et quelquefois même de simples connaissances (art. 409 *in fine*); une pareille assemblée n'aurait presque jamais porté assez d'intérêt à l'enfant pour défendre ses droits avec le zèle nécessaire et sauvegarder son honneur avec un soin assez jaloux. Le tuteur *ad hoc* ne lui sera peut-être pas, il est vrai, plus attaché au fond; mais, chargé seul de sa défense, il ne pourra rejeter sur d'autres les conséquences de son incurie; la responsabilité étant plus limitée, il en sentira davantage le poids; il en com-

prendra mieux les devoirs et s'efforcera de les remplir avec plus de conscience.

§ 2. *Des personnes qui peuvent opposer la nullité pour défaut de consentement des parents. (Art. 182.)*

Dans notre précédent chapitre, le champ était fort vaste ; maintenant, au contraire, il est fort restreint, car nous sommes en présence de la première des nullités *relatives* : la non-recevabilité de l'action est la règle, la recevabilité l'exception.

Deux classes de personnes peuvent, d'après l'art. 182, demander la nullité : « 1° ceux dont le consentement était requis ; 2° celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement. »

1° Personnes dont le consentement était requis.

L'obligation de demander le consentement eût été illusoire, si elle n'avait pas été sanctionnée par le droit pour les ascendants de provoquer la nullité du mariage ; c'est donc avec raison que la loi a remis entre leurs mains une arme aussi efficace et a donné à la puissance paternelle cet indispensable complément.

Examinons tout d'abord deux formules qui dominent toute la matière : l'une ressort de la doctrine de M. Demolombe, l'autre est le résumé de celle de

Marcadé. L'action en nullité peut être intentée, dit-on dans le premier système, par tous ceux à qui appartient actuellement l'exercice de la puissance paternelle, alors même qu'ils ne l'auraient pas eu antérieurement. Elle ne saurait l'être, enseigne-t-on dans le second, que par ceux qui en avaient la jouissance et l'exercice au moment de la célébration du mariage, c'est-à-dire au moment où le consentement était requis. Cette seconde formule nous paraît préférable; le texte de l'art. 182 lui est favorable : « Le mariage *ne peut être* attaqué *que par* ceux dont le consentement ÉTAIT REQUIS. » Le rédacteur emploie l'*imparfait* et non *le présent* ; de plus, les expressions dont il se sert sont restrictives ; enfin, s'il y a un doute, il doit être interprété dans le sens de la validité du mariage, surtout pour les nullités relatives. Appliquons maintenant cette formule à nos principales espèces.

a. *Défaut de consentement des père et mère.*

Un enfant ayant ses père et mère se marie sans leur consentement. Le père ne juge pas à propos d'intenter l'action en nullité ; il meurt ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté avant la prescription de l'action ; la mère pourra-t-elle alors l'invoquer ? Non, dirons-nous avec Marcadé. Non, car la mère a bien actuellement l'exercice de la puissance

paternelle; mais elle ne l'avait pas au moment du mariage, et c'est à ceux-là seulement que l'art. 182 ouvre l'action. Non, car ce n'est pas en sa personne que l'autorité domestique a été méconnue, mais en la personne du père; il ne saurait donc lui appartenir de relever des griefs que celui-ci a jugé à propos de laisser tomber.

Du reste, cette condition n'est pas suffisante, il faut de plus, et ici nous nous rencontrons avec M. Demolombe, que ceux qui intentent l'action aient encore, au moment de l'introduction de l'instance, l'exercice de la puissance paternelle; en un mot, il faut que le demandeur en nullité remplisse deux conditions : 1° qu'il ait eu l'exercice de la puissance paternelle lors de la célébration du mariage; 2° qu'il l'ait encore au moment où il veut agir. Ainsi, nous refuserions l'action à la mère dans l'espèce suivante. Le père était, à l'époque du mariage, dans l'impossibilité de manifester sa volonté; le consentement de celle-ci était donc nécessaire (art. 149), mais l'enfant ne l'a pas demandé. Plus tard, le père recouvre l'exercice de ses droits, et, nonobstant son opposition, malgré la ratification qu'il donne au mariage, la mère prétend en demander la nullité. Qui ne voit que lui reconnaître le droit d'agir, ce serait introduire l'anarchie dans la famille, bouleverser sa discipline, rendre illusoire ou

tout au moins porter une grave atteinte à l'autorité maritale? Il est vrai que le mari a la ressource de refuser à la femme l'autorisation d'*ester en justice* (art. 215); mais cette autorisation peut être suppléée en certains cas par celle de l'autorité judiciaire (art. 218), et le mal, quoique atténué par ce fait, sera toujours considérable. Il le serait bien plus encore si l'on adoptait dans toutes ses conséquences, le système que nous combattons; car, sous peine de ne pas être logique, il faudrait également accorder l'action en nullité à l'ascendant ou au conseil de famille, dont l'autorité aurait remplacé momentanément celle du père ou de la mère empêchés. Or, comme le dit avec tant de justesse M. Demolombe (n° 273) « on ne peut se
« faire à l'idée d'un aïeul et surtout d'un conseil
« de famille ayant, en présence du père, et même à
« son exclusion, le droit de demander la nullité du
« mariage. »

b. *Défaut de consentement des aïeuls et aïeules.*

Il faut appliquer ici les principes que nous venons d'exposer. Ainsi l'aïeule ne pourra pas intenter l'action en nullité, si elle n'avait pas, au moment du mariage, l'exercice de la puissance paternelle; il en sera de même si l'aïeul, après en avoir été privé quelque temps, la recouvre avant que l'action ait

été introduite par elle. Une ligne ne pourra pas non plus attaquer le mariage, si l'autre ligne a consenti ou a ratifié. Bien plus, un certain nombre d'auteurs soutiennent que la ratification d'une ligne, survenue au cours de l'instance, suffit pour faire tomber l'action en nullité. On oppose, il est vrai, à cette doctrine, la vieille règle tirée du droit romain¹ : que le juge doit toujours, pour statuer, se reporter au jour de la demande. Mais, cette règle, qui n'est aujourd'hui basée sur aucun texte précis, est loin d'être aussi absolue qu'autrefois; elle doit surtout être écartée lorsqu'elle s'opposerait, comme dans notre espèce, à l'application des principes généraux du Code. Or, quel est le vœu du législateur, ajoutent les partisans du premier système? C'est de faciliter le plus possible la réhabilitation des mariages. Dès que l'autorité qui a été méconnue pardonne, dès qu'intervient une ratification, il suffit qu'elle soit certaine et sincère pour que, le motif qui a fait édicter la sanction disparaissant, cette sanction disparaisse aussi. Le pardon produit un effet rétroactif; il efface tout le passé, et le mariage devient aussi valide que s'il n'avait jamais été entaché d'aucun vice.

¹ L. 20, *De rei vindicatione*.

c. *Défaut de consentement du conseil de famille.*

Dans l'hypothèse prévue par l'art. 160¹, le conseil de famille tient de l'art. 182 le droit de demander la nullité du mariage. Il remplit les fonctions des père et mère ou des ascendants décédés ou empêchés, il est juste qu'il en ait les droits, il est juste que son autorité ne soit pas moins respectée que la leur. Remarquons-le du reste, c'est le conseil de famille pris collectivement, et non tel ou tel de ses membres, fussent-ils même parents très-proches de l'enfant, qui a le droit d'intenter l'action.

— Les trois classes de personnes que nous venons d'énumérer ont sans conteste le droit de demander la nullité du mariage pour défaut de consentement ; en est-il de même du tuteur *ad hoc* donné à un enfant naturel qui n'avait pas vingt et un ans accompli ? La question est vivement débattue.

La difficulté porte, du reste, sur deux points : 1^o le tuteur *ad hoc* peut-il se prévaloir lui-même de la nullité ? 2^o l'enfant n'a-t-il pas au moins le droit de l'invoquer ?

Le premier point est moins délicat ; les auteurs sont à peu près unanimes² pour décider que le

¹ V. notre précédent paragraphe, p. 292.

² Voy. toutefois en sens contraire M. F. Berryat Saint-Prix, *Notes sur le*

tuteur *ad hoc* ne peut pas se prévaloir du défaut de consentement. Le silence de la loi est l'argument le plus puissant de ce système ; pour être admis à invoquer une nullité, il faut, nous le savons, s'appuyer sur un texte formel ; remarquons, en outre, que le tuteur *ad hoc* est nommé pour une affaire spéciale, que sa mission est, par conséquent, toute temporaire, la loi ne lui confère qu'un seul droit, celui de donner son consentement au mariage ; intenter une action en nullité est chose beaucoup plus grave, les ascendants peuvent le faire parce que leur autorité est permanente ; l'ex-tuteur *ad hoc* ne le peut pas, d'abord parce qu'aucun texte ne le lui permet, ensuite parce qu'il n'aurait pour l'exercer aucun titre, aucune qualité, puisque tous ses pouvoirs sont depuis longtemps expirés.

2° Conjoints qui avaient besoin du consentement d'autrui.

Pas de doute possible pour les enfants légitimes : ils pourront toujours se prévaloir de la nullité, lorsque, avant d'avoir atteint l'âge compétent, ils auront contracté mariage sans le consentement de leur père ou mère, de leurs ascendants ou de leur conseil de famille ; le texte de l'art. 182 est formel à leur égard.

Code civil. Il s'appuie sur ces mots du texte : *ceux dont le consentement ÉTAIT REQUIS.*

Il n'en est pas de même pour les enfants naturels ; nous venons de résoudre la première difficulté qui s'élève à leur sujet ; étudions maintenant la seconde : demandons-nous si le droit de provoquer la nullité du mariage n'appartient pas au moins à l'enfant naturel lui-même.

L'affirmative est très-séduisante. On peut, en effet, se fonder 1° sur la rédaction de l'art. 159 : *L'enfant naturel NE POURRA se marier QU'APRÈS avoir obtenu le consentement d'un tuteur ad hoc*, ce qui semble bien indiquer que dans le cas où le consentement n'aurait pas été obtenu, le mariage sera annulable ; 2° sur les art. 184 et 185 *a pari*, qui permettent à l'époux impubère ou bigame de demander lui-même la nullité de son mariage. Mais on s'appuie surtout sur de puissantes considérations de fait et d'équité. Pourquoi, dit-on, avec raison, l'enfant naturel serait-il moins efficacement protégé que l'enfant légitime ? n'a-t-il pas besoin, plus que tout autre, que la loi tende à sa faiblesse une main tutélaire ? pourquoi repousser son repentir, s'il reconnaît qu'emporté par les ardeurs de la passion, il a contracté une union qui le déshonore, ou qui ferait le malheur de sa vie ? Enfin, pourquoi vouloir faire d'une heure d'égarement un malheur irréparable ? Tout cela, nous l'avouons, est fort triste ; mal-

heureusement la loi nous paraît formelle dans ce sens. L'argument que l'on tire de l'art. 159 est bien faible : ces formules *ne peut*, *ne pourra*, ne sont jamais nécessairement irritantes ; les art. 184 et 185 sont encore moins probants ; on ne raisonne pas en matière d'exceptions par voie d'analogie. Reste donc le silence de l'art. 182, qui, après le conseil de famille, ne nomme pas le tuteur *ad hoc*, ce qui est des plus significatifs ; reste surtout ce grand principe que les nullités ne se suppléent pas, mais qu'il faut un texte formel et exprès pour les établir. Ce texte, nous ne l'avons pas ; donc, l'enfant naturel lui-même ne peut invoquer la nullité pour défaut de consentement.

§ 3. *Des fins de non-recevoir.* (Art. 183.)

Parmi les fins de non-recevoir qui sont opposables aux demandeurs en nullité, les unes peuvent l'être aux personnes dont le consentement était requis, les autres aux époux eux-mêmes. Examinons d'abord les premières.

1^o FINS DE NON-RECEVOIR OPPOSABLES AUX ASCENDANTS.

Elles sont au nombre de trois : 1^o ratification expresse ; 2^o ratification tacite ; 3^o laps de temps d'une année écoulée sans réclamations ; mais elles pour-

raient se résumer toutes les trois en une seule : *ratification*. Le silence des parents pendant une année après qu'ils ont eu connaissance du mariage de leur enfant est, en effet, une sorte de ratification tacite.

a. *Ratification expresse.*

La ratification expresse n'est soumise, en principe, à aucune forme spéciale. Néanmoins, selon quelques auteurs, les formalités exigées par l'art. 1538 doivent être scrupuleusement remplies. Cette opinion, croyons-nous, doit être repoussée ; en effet, l'art. 1538 parle bien des obligations en général, mais non pas d'une façon spéciale du mariage, qui a ses règles particulières ; cet argument est fortifié par le silence que garde l'art. 183 : *Specialia generalibus derogant*. Enfin les considérations de fait sont également très-puissantes : la loi, nous le savons, voit avec une grande faveur la validité du mariage ; il en est ainsi surtout, lorsqu'il s'agit de nullités relativement peu graves, et que les personnes dont l'autorité avait été méconnue se déclarent satisfaites.

b. *Ratification tacite.*

Quand pourra-t-on dire qu'il y a eu ratification tacite de la part des parents ? Ce sera là une question

de fait laissée à l'appréciation des juges. La présence à la célébration civile ou religieuse, des parents dont le consentement était nécessaire, n'impliquera pas toujours une approbation du mariage ; souvent, en effet, elle est commandée par les convenances et les nécessités sociales ; peut-être en serait-il autrement de l'acceptation des fonctions de parrain : dans ce dernier cas, nous avons un fait actif, dans le premier un fait simplement passif ; ici un acte qui ne peut être une simple complaisance ; là un acte presque obligatoire¹. Du reste, nous ne citons ces espèces qu'à titre d'exemple, car, nous le répétons, on ne saurait donner à cet égard aucune règle générale ; les tribunaux auront mission d'apprécier, dans chaque affaire, les différentes circonstances de la cause, et ils ne devront juger que d'après leur ensemble.

c. Laps de temps d'une année écoulé sans réclamation.

Il faut, pour que cette prescription puisse être invoquée, que les parents aient eu connaissance du mariage ; c'est seulement à partir de ce moment que court le délai d'une année. Souvent, du reste, on saura difficilement d'une façon certaine à quelle époque remonte cette connaissance ; ce point, comme

¹ V. Pothier, n° 446. — V. également notre deuxième partie.

toutes les questions de fait, sera soumis à l'appréciation souveraine des tribunaux.

Maintenant double question qui se pose sur notre dernière hypothèse. Le mariage n'a été ratifié ni expressément, ni tacitement; l'enfant vient à mourir ou à atteindre sa majorité alors qu'un an ne s'est pas encore écoulé depuis que les ascendants ou le conseil de famille en ont eu connaissance; pourront-ils encore demander la nullité du mariage?

Si l'on s'en tient au texte de l'art. 183, il semble que l'hésitation n'est pas possible. En effet, cet article ne distingue pas, il pose une règle générale et n'y fait pas exception dans l'espèce précitée. Aussi, pour les ascendants, comme aucun autre principe ne s'oppose à l'application de la règle de l'art. 183, nous croyons qu'il est impossible de leur refuser l'action en nullité, si long que soit le temps écoulé depuis la célébration du mariage¹.

Mais il en est autrement du conseil de famille². Nous sommes alors, croyons-nous, en présence d'un principe qui, malgré la généralité des termes de

¹ V. dans ce sens Duranton, t. II, n° 298. — Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, § 462, note 55. — V. en sens contraire M. Demolombe, n° 282.

² V. dans ce sens Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, § 462, note 56. « La mort ou la majorité de l'époux enlève à son *ci-devant conseil de famille*, disent ces auteurs, tout principe non-seulement d'autorité, mais même d'existence. »

l'art. 185, ne nous permet pas d'appliquer ce texte. Qu'est-ce que le conseil de famille? Ce n'est pas une assemblée permanente dont les pouvoirs aient une durée indéfinie. Organisé pour veiller sur le mineur, défendre ses intérêts, sa puissance et ses droits expirent nécessairement lorsque disparaît la personne qu'il avait mission de protéger; or, lorsque l'enfant arrive à sa majorité, il n'y a plus de mineur; lorsqu'il meurt (cela est naïf à force d'être vrai), il n'y en a pas davantage. Par conséquent, au jour de la majorité, au jour du décès de l'enfant, l'être moral appelé conseil de famille disparaît; il ne reste plus que des parents plus ou moins rapprochés, des collatéraux, et nous savons qu'à chacun, pris individuellement, la loi refuse le droit d'intenter l'action en nullité. En vain dirait-on qu'il en est de même des ascendants. Non, répondrons-nous; après la mort, après la majorité de l'enfant, il y a encore des ascendants; c'est une qualité indélébile qu'aucun événement ne peut leur faire perdre. Chacun d'eux conserve donc le droit qu'il tient de l'art. 185. Rien de plus sage, d'ailleurs, que cette distinction entre les ascendants et le conseil de famille. L'enfant une fois mort, par exemple, ce dernier, si tant est qu'il existe, n'aurait pour demander l'annulation du mariage qu'un intérêt moral auquel il attacherait peut-être une bien

faible importance; celui des ascendants, au contraire, sera double. Intérêt moral de premier ordre d'abord : n'importe-t-il pas au plus haut point à leur honneur de faire casser une union dont la honte rejaillit sur leur nom et peut salir quelquefois un glorieux blason? Intérêt pécuniaire ensuite; le mariage contracté malgré eux peut leur créer de nouvelles charges, que le décès de leur enfant viendrait encore allourdir (art. 205 et 206). Enfin, qu'on ne l'oublie pas, l'affection de l'ascendant pour le conjoint décédé garantit sa discrétion : il lui faudra de bien graves motifs pour mêler la mémoire de son fils à de pareils débats; entre ses mains, le droit de demander la nullité n'aura donc que des avantages, presque jamais d'inconvénients. Les collatéraux, au contraire, n'auront le plus souvent, pour critiquer le mariage, qu'un seul mobile, leur cupidité, et alors que d'attaques indiscrètes! que de scandales inutiles!

2° FINS DE NON-RECEVOIR OPPOSABLES AUX ÉPOUX.

Elles sont au nombre de deux.

- a. *Ratification expresse ou tacite des ascendants ou du conseil de famille.*

L'action de l'enfant est donc subordonnée à celle des ascendants. Cette règle est fort sage : il serait

étrange, en effet, que l'enfant pût continuer à se prévaloir de la faute qu'il a commise, alors que ceux dont l'autorité a été méconnue jugent à propos de la pardonner ; ce serait, de sa part, afficher un nouveau mépris de la puissance paternelle, ajouter une nouvelle révolte à la première, et montrer une fois de plus qu'il ne tient aucun compte de ses décisions.

b. *Ratification de l'époux lui-même.*

Examinons successivement : 1° à quel âge cette ratification peut être faite ; 2° comment elle peut être donnée.

1° A quel âge. L'art. 183 répond à cette question : *Lorsqu'il aura atteint l'âge compétent pour consentir lui-même au mariage.* Cet âge compétent est, nous le savons, vingt et un ans pour les filles et vingt-cinq ans pour les garçons.

Quelques auteurs ont cependant prétendu que la règle de l'art. 148 n'était pas ici applicable, et que, même pour les garçons, l'âge compétent était toujours vingt et un ans¹. Le texte des art. 182 et 185 nous paraît résister énergiquement à cette opinion. L'art. 182 porte, en effet, que *le mariage contracté sans le consentement des père, mère, etc...*, DANS LE CAS

¹ V. entre autres dans ce sens Delvincourt, Toullier et Duvergier.

OU CE CONSENTEMENT *était nécessaire, peut être attaqué.... par celui des deux époux qui AVAIT BESOIN DE CE CONSENTEMENT.* Or, en vertu de l'art. 148, *le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans ne peut contracter mariage sans le consentement de ses ascendants.* Le consentement de ceux-ci lui est donc nécessaire, et par conséquent, l'art. 182 est applicable; la nullité peut être invoquée. L'art. 183 n'est pas moins formel; il déclare que la fin de non-recevoir est opposable à celui des deux époux qui a laissé écouler *une année* sans réclamer « *depuis qu'il a atteint L'AGE COMPÉTENT pour consentir PAR LUI-MÊME au mariage* »; PAR LUI-MÊME, c'est-à-dire *seul* et sans qu'il ait besoin d'aucun ascendant; ce qui n'a lieu pour les garçons que lorsqu'ils ont plus de vingt-cinq ans. Donc le Code n'a pas voulu faire de l'art. 148 une lettre morte: il lui a donné dans les art 182 et 183 une sanction, et une sanction efficace, en permettant à l'époux mineur de demander la nullité de son mariage. Ne serait-il pas étrange, en effet, en laissant de côté les autres arguments, que le législateur ait tout à coup abandonné une distinction établie par lui quelques articles plus haut? Il nous faudrait un texte bien formel pour admettre que les rédacteurs du Code ont commis une pareille inconséquence.

Du reste, il faut bien se garder, comme l'ont fait

quelques-uns, de trop généraliser cette doctrine. Si, par exemple, un fils de vingt et un ans vient à perdre tous ses ascendants à vingt-deux ans, il pourra dès lors ratifier expressément son mariage, et, aussitôt qu'il l'aura fait, il ne sera plus recevable à en demander la nullité; le silence gardé par lui pendant une année entière, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de vingt-trois ans, produirait le même effet. Mais il en serait autrement dans le cas où l'enfant ayant encore, lors de son mariage, son père et un aïeul, perd seulement son père; cet événement éteindra bien l'action du père, et cette action ne passera pas à l'aïeul; toutefois, comme l'époux est encore soumis pour le mariage à la puissance paternelle de l'ascendant survivant, il ne pourra pas, si celui-ci continue à vivre, donner une ratification expresse avant vingt-cinq ans, et c'est seulement à partir de cet âge que commencera à courir le délai de l'art. 185 *in fine*.

2° Comment la ratification peut-elle être donnée?

Elle résulte d'abord, — aucun doute ne saurait s'élever sur ce point en présence du texte de l'art. 185, — du silence gardé par celui des deux époux qui avait besoin du consentement de ses parents; le délai fixé par la loi est d'un an, à partir de l'époque où il a atteint l'âge compétent. Mais la ratification tacite ne résultera-t-elle jamais d'aucune autre circonstance?

Ne pourra-t-il pas se présenter tel ou tel cas dans lesquels on verrait une approbation tellement formelle, que l'action en nullité ne serait plus dès lors recevable ? Que si, par exemple, les époux avaient cohabité ensemble pendant dix mois, pourront-ils, nonobstant cette longue cohabitation, venir encore solliciter l'annulation de leur mariage ? A première vue, la négative est bien séduisante ; aussi a-t-elle été adoptée par plusieurs auteurs d'un grand poids¹. Néanmoins, si spécieux que soient les arguments qu'elle invoque, nous ne croyons pas devoir l'adopter. Les art. 1311 et 1358-2^o, qu'on nous oppose, régissent, il est vrai, les obligations en général ; or, comme le mariage n'est qu'un contrat, et le plus solennel de tous, il semblerait que les principes d'ailleurs équitables de nos deux articles dussent également lui être appliqués ; mais, précisément à cause de la haute gravité de cet acte et aussi à cause des entraînements, mille fois plus à craindre encore dans notre hypothèse que dans les cas ordinaires, la loi a organisé des règles spéciales pour la ratification ou la confirmation en matière de mariage ; elle a imposé des conditions plus rigoureuses. La cohabita-

¹ V. notamment Delvincourt, t. I, p. 74, note 6. — Toullier, t. I, n^o 616. — Vazeille, t. I, n^o 271. — Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, § 462, p. 71, note 61.

tion des époux pendant dix mois remplit bien, il est vrai, les conditions de l'art. 1538-2°, c'est une exécution volontaire, et une exécution volontaire aussi complète que possible; mais l'art. 183, spécial à la matière du mariage, ne s'en contente pas; il ne parle pas de la cohabitation, et, par conséquent, ne l'exige pas; mais il veut un silence prolongé pendant un an, et tant que ce laps de temps n'est pas écoulé, il déclare l'action recevable; or *Specialia generalibus derogant*. Certes il est permis, comme le dit si bien M. Demolombe¹, « de trouver ce délai trop long et
« de regretter que la cohabitation qui n'aurait pas
« duré une année entière ne puisse pas être consi-
« rée comme une ratification tacite. » Mais le texte de l'art. 183 nous paraît trop formel pour pouvoir donner une décision contraire : *Dura lex sed lex*. Bornons-nous donc à faire des vœux pour qu'on réforme la loi sur ce point.

Une dernière observation pour terminer notre chapitre. A elle seule la ratification des ascendants couvrira bien d'une façon absolue l'action en nullité. Mais il n'en sera pas de même de celle des époux, dont nous venons d'étudier les conditions. L'art. 183, par la rédaction différente de sa première et de sa

¹ V. n° 288, t. III.

seconde partie, nous paraît formel en ce sens. « L'action en nullité, dit-il dans la première hypothèse, — ratification des ascendants, — *ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par les parents, dont le consentement était requis.* » Plus loin, pour la seconde hypothèse, — ratification des époux, — il porte au contraire : « L'action en nullité ne peut plus être invoquée *par l'époux...* » Donc *a contrario*, elle peut l'être par les autres personnes auxquelles la loi accorde l'action en nullité, c'est-à-dire par les ascendants : *qui dicit de uno negat de altero.*

CHAPITRE IV

DE LA NULLITÉ RÉSULTANT DU DÉFAUT DE PUBLICITE ET DE L'INCOMPÉTENCE DE L'OFFICIER PUBLIC

(Art. 74, 75, 165, 191.)

§ 1. Quand la nullité devra-t-elle être prononcée.

Nous voici arrivés aux conditions concomitantes à la perfection du contrat ; les futurs époux ont l'âge compétent ; ils ne sont ni engagés dans les liens d'une précédente union, ni parents à un degré prohibé ; ils ont obtenu le consentement de leurs ascendants ; tout cela ne suffit pas encore. Pour que le mariage soit consommé aux yeux de la loi il faut deux choses : l'une essentielle, éternelle, qui a été et qui devait être exigée de tout temps et sous toutes les législations : le consentement des futurs époux ; l'autre accidentelle, spéciale à certains peuples, que le droit romain ne connaissait pas, du moins d'après les interprétations les plus autorisées¹, que la religion chrétienne elle-même et le droit cano-

¹ V. notre première partie, chap. II, p. 88 et suiv.

nique ne prescrivent que fort tard, tout au moins à peine de nullité¹ : c'est l'exécution de certains actes, de certaines formalités, qui constituent la célébration et la publicité. Cette exigence est, du reste, fort sage ; car la célébration publique est la meilleure garantie de l'accomplissement des autres conditions, et c'est elle qui permet de distinguer le concubinage du mariage légitime².

¹ V. notre deuxième partie, chap. II, p. 179 et suiv.

² La nécessité d'une célébration publique est sanctionnée par presque toutes les législations européennes. — En Autriche, les prescriptions du concile de Trente sont encore en partie en vigueur. Ainsi les publications, au nombre de trois, doivent être faites, même pour les personnes professant les cultes dissidents, dans les églises paroissiales catholiques ; elles sont, du reste, également exigées devant les assemblées religieuses de leur culte. Il en est autrement de la célébration proprement dite : la déclaration solennelle du consentement doit être donnée par les futurs époux, en présence de deux témoins, devant le curé ordinaire ; mais, si aucune des parties n'est catholique, la déclaration peut être faite devant le ministre de leur culte. Les mariages des juifs sont publiés et célébrés à la synagogue, devant le rabbin, assisté de deux témoins. En un mot, on le voit, la célébration religieuse est toujours exigée ; on ne trouve aucune trace de célébration civile. — Les mêmes règles ressortent de l'ensemble de la législation prussienne : chose fort étrange, elle va même plus loin que le Code autrichien ; le mariage n'est parfait en principe que par la *bénédiction ecclésiastique* (§ 156) ; si cependant les époux professent un culte simplement toléré, — la religion juive par exemple, — la célébration et la validité du mariage sont jugées uniquement suivant les usages de leur culte (§ 157). Il en est ainsi dans la plupart des États allemands. Enfin, la législation russe sanctionne également les mêmes principes en imposant la célébration soit par le pape, soit par les ministres des différents cultes auxquels appartiennent les futurs époux (art. 21 et 25). — En Espagne et en Portugal,

Examinons rapidement les principales formalités prescrites à cet égard par le Code Napoléon.

En premier lieu, ce sont les publications qui doivent précéder le mariage. L'art. 65 exige qu'elles soient au nombre de deux, et qu'elles soient faites chacune « un jour de dimanche à huit jours d'intervalle, devant la porte de la maison commune. » L'art. 64 ajoute qu'elles devront rester affichées

toutes les formes prescrites par le concile de Trente sont civilement obligatoires : la nécessité des trois publications, la présence du propre curé, etc., etc.; toutefois, d'après un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1846, la non-célébration à l'église n'entraînerait pas nécessairement la *nullité* du mariage. — Les règles du concile de Trente étaient également en vigueur, même au point de vue civil, en Sardaigne, dans les Deux-Siciles, et chez presque tous les autres peuples italiens; mais le mariage civil a été récemment introduit dans le nouveau royaume d'Italie (1^{er} janvier 1866). — En Angleterre, l'autorité civile intervient jusqu'à un certain point dans les mariages. Les projets de mariage doivent être portés à la connaissance du chef d'enregistrement des districts : celui-ci les inscrit sur un registre à ce destiné, et à l'expiration d'un certain délai, il délivre un certificat dans lequel il atteste qu'il n'existe pas d'opposition: ce certificat doit être remis aux ministres des différents cultes auxquels appartiennent les parties; ceux-ci célèbrent le mariage dans leur temple suivant les rites de leur Église. Toutefois la célébration peut également avoir lieu, en vertu d'une autorisation spéciale, dans certains bâtiments non consacrés ordinairement aux cérémonies publiques du culte, dits *bâtiments enregistrés*; mais alors la présence d'un fonctionnaire de l'administration de l'enregistrement et deux témoins est obligatoire. (Statuts 6 et 7, Guillaume IV, chap. LXXXV, et Victoria, chap. XXII.) — Enfin nous savons que l'Écosse a sur ce point une législation spéciale tout à fait originale; nous l'avons indiquée dans notre deuxième partie. (V. chap. II, p. 180). — Pour plus de détails, V. Fœlix, *Traité du droit international*, t. II.

« pendant les huit jours d'intervalle, et que le mariage ne pourra être célébré avant le troisième jour depuis, et non compris celui de la publication. » Enfin, l'art. 166 dit encore que « les publications seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile ; » et cet article est complété par les deux suivants, qui veulent « une publication distincte au dernier domicile, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence ; » et même une autre publication au domicile des ascendants, lorsque les futurs époux ne sont pas majeurs relativement au mariage. Puis vient une formalité plus importante, la célébration proprement dite ; aussi les exigences de la loi se multiplient. Elle doit : 1° être faite « dans la maison commune, où l'un des deux époux a son domicile » (art. 74) ; 2° être publique et émaner d'un officier compétent, c'est-à-dire, depuis la loi du 28 pluviôse an VIII, art. 15, des maires ou adjoints, (art. 74 et 165) ; 3° quatre témoins remplissant les conditions légales devront y assister ; enfin, l'officier public, après avoir rempli la formalité exigée par la loi du 10 juillet 1850, et avoir constaté le consentement réciproque des parties contractantes, « prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et en dressera acte sur le champ. » (Art. 75).

L'accomplissement de toutes ces formalités est-il exigé à peine de nullité? On serait tenté au premier abord de le croire, car, dans tous les articles que nous venons de résumer, la loi se sert de formules impératives; et ne peut-on pas dire que, lorsque le législateur impose à la validité d'un acte certaines conditions, cet acte doit nécessairement être déclaré nul lorsque celles-ci ne sont pas remplies? Cependant, en présence de plusieurs dispositions du Code, un pareil système est difficilement soutenable; l'art. 193 porte, en effet, que les peines prononcées par l'article précédent, à propos du défaut de publication, seront encourues pour toute contravention aux règles prescrites par l'art. 165, « lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes *pour faire prononcer la nullité du mariage*; » donc toutes les formalités de publicité ne sont pas prescrites à peine de nullité, puisque, pour la violation de quelques-unes, la loi se borne à prononcer une amende. Mais, parmi ces formalités, en est-il au moins quelques-unes dont l'omission donnerait ouverture à l'action en nullité, et quelles sont-elles? C'est là un point, — l'art. 193 le dit expressément, — qui sera en général laissé à l'appréciation des tribunaux. Toutefois, il est certaines questions qui donnent naissance à

de vives controverses ; examinons les principales.

Dirons-nous d'abord, avec Proudhon¹, que le *défaut absolu de publication* sera une cause nécessaire de nullité ? Pour prouver qu'il n'en est pas ainsi², il suffit de combiner les dispositions des art. 192 et 193, et de les opposer à celles de l'art. 191. Ce dernier permet de demander la nullité des mariages qui n'ont pas été *contractés* publiquement et *célébrés* devant l'officier compétent. Or, les publications ne font partie intégrante ni de l'engagement public, ni de la célébration devant l'officier compétent ; donc, l'art. 191 ne s'applique pas aux publications. Cela est surtout indubitable lorsqu'on observe que l'article suivant, l'art. 192, qui, lui, s'occupe spécialement du défaut de publication, prononce seulement une amende. Déclarer le mariage annulable serait donc aller au delà des termes de l'article sanctionnateur, et violer cette sage maxime : *Pœnalia sunt restringenda*. Enfin, ce double argument est encore fortifié par la disposition de l'art. 193 : d'après lui, nous le savons, les contraventions aux règles de la publicité dans la célébration elle-même peuvent n'être pas assez graves pour faire prononcer la nullité du mariage ; or, s'il en est

¹ T. I, p. 409 et 441.

² Nous réservons, bien entendu, la question qui s'élève sur l'art. 170 ; nous l'examinerons dans notre sixième chapitre.

ainsi de la célébration plus importante à tous égards que les publications, puisque avec le consentement légalement exprimé, elle constitue le mariage civil, combien, à plus forte raison, doit-on donner une décision identique pour celles-ci¹ ?

Le doute est encore moins possible peut-être pour les autres formalités secondaires dont parle l'art. 75 : le mariage ne sera pas annulable, par exemple, si le maire avait oublié de faire aux parties la lecture des dispositions du chapitre VI, ou de poser la question prescrite par la loi du 10 juillet 1850. Il en serait de même de l'absence de l'un ou de plusieurs des quatre témoins, et de la célébration hors de la maison commune. Cette hypothèse se présentera même assez souvent dans la pratique pour les mariages *in extremis*. Le maire ou ses adjoints devront nécessairement alors se transporter au lit du mourant ; cependant, en présence du silence de la loi, qui ne défend pas ces sortes d'unions, qui ne reproduit même pas les peines édictées contre elles par la déclaration de 1639, aucun tribunal n'oserait, croyons-nous, prononcer la nullité d'un pareil mariage. Peut-être même, mais ceci est plus douteux,

¹ La jurisprudence est fixée dans le sens de cette doctrine. — V. notamment les arrêts de la Cour de Grenoble du 27 février 1817, et de Riom du 10 juillet 1829.

pourrait-on aller jusqu'à soutenir que, dans ce cas, les dispositions pénales des art. 192 et 195 ne seraient pas applicables.

Ainsi, pour nous résumer en quelques mots, au point de vue de la publicité, rien d'absolu : ce sera toujours une question de fait dont l'appréciation devra être laissée à la sagesse des tribunaux ; parmi les différents éléments dont elle se compose, l'absence d'un seul, quelque important qu'il paraisse, ne sera pas d'ordinaire suffisante pour faire prononcer la nullité ; les juges pourront cependant donner une décision contraire si, dans l'espèce, ils reconnaissent que cet élément était essentiel ; mais le plus souvent, il faudra un concours de plusieurs circonstances et même de plusieurs circonstances graves.

Appliquons-nous le même principe à la compétence de l'officier de l'état civil ? La question est beaucoup plus délicate. Elle est du reste en partie dominée par la solution que nous donnerons à cette grave controverse : le défaut de compétence constitue-t-il un cas de nullité spéciale, ou celle-ci n'est-elle, au contraire, qu'un des éléments de la publicité ? Nous serions disposé à admettre avec Marcadé ce dernier sentiment. Quel est, en effet, le rôle de l'officier public ? est-ce lui qui est chargé *de réaliser* le mariage ? Non, comme le dit avec tant de justesse Marcadé,

« il n'en est que le spectateur passif ; il n'en est que le témoin¹ ; » témoin nécessaire, témoin indispensable, si vous le voulez, mais enfin simple témoin, et non pas partie active. Il en est ainsi du reste même au point de vue religieux : d'après les théologiens les plus autorisés² les parties sont elles-mêmes les *ministres du sacrement et du contrat*. A plus forte raison, les rédacteurs du Code Napoléon, si ennemis du formalisme, devaient-ils admettre cette idée ; aussi le texte de l'art. 75 en porte-t-il la trace évidente ; il ne dit pas, en effet, que l'officier de l'état civil *unira* les parties contractantes, il porte « qu'il PRONONCERA au nom de la loi *qu'elles sont unies par le mariage* ; » ce qui indique clairement que ce n'est pas lui qui fait le mariage, mais que son rôle se borne à déclarer un mariage préexistant, lequel s'est formé au moment de l'énoncé du consentement qu'il avait mission de recevoir.

Le texte de l'art. 165 n'est pas moins significatif en notre faveur. Cet article ne distingue nullement la compétence de la publicité ; sa prescription est

¹ Portalis, dans l'exposé des motifs de notre titre, se sert également de cette expression ; nous citerons tout à l'heure textuellement le passage.

² Nous pouvons citer entre autres le savant traité de M. Carrières (t. I, p. 90 et suiv.), qui est le résumé de la doctrine des Sulpiciens, et qui est revêtu de l'approbation du saint-siège. — V. également la *Théologie* de Mgr Bouvier, t. IV, p. 208 (dernière édition). — V. enfin le sermon de Bourdaloue sur le mariage (*Dominicales*, t. I, p. 61 ; édit. Rigaud, 1716).

unique : *Le mariage sera célébré* PUBLIQUEMENT DEVANT L'OFFICIER CIVIL, porte-t-il, et non pas : *Le mariage sera célébré publiquement* ET devant l'officier civil ; ce qui indique qu'aux yeux de la loi, il n'y a pas deux choses *publicité et compétence*, mais une seule dont les éléments sont multiples, LA PUBLICITÉ. Enfin, il en est de même de l'art. 191 sainement entendu. Au tribunaat, Roederer, partisan de la doctrine que nous défendons, critiqua la rédaction primitive de notre article, qui était ainsi conçue : *Tout mariage qui n'a pas été contracté publiquement ou qui n'a pas été célébré devant, etc.....* Cette rédaction impliquait, en effet, la reconnaissance par la loi de deux nullités distinctes : il proposa donc de substituer le mot *et* à la disjonctive *ou*, modification qui changeait complètement le sens de l'article. Sa proposition fut acceptée ; preuve évidente que les idées qu'il avait soutenues étaient adoptées par les rédacteurs. Ce qui le démontre du reste surabondamment, c'est que Portalis, dans son exposé des motifs devant le Corps législatif, reproduisit en termes formels le système d'une nullité unique : « La plus grave des nullités est, dit-il, CELLE qui dérive de ce qu'un mariage n'a pas été célébré PUBLIQUEMENT ET EN PRÉSENCE de l'officier civil compétent, *témoin nécessaire* du contrat¹. »

¹ V. Fenet, t. IX, p. 90 et 172.

Quant à l'objection que M. Demolombe prétend tirer du texte de l'art. 193, en faisant remarquer que cet article prononce l'amende pour toutes contraventions *aux règles de l'art. 165*, ce qui suppose que cet article en renferme au moins deux et non pas une seule, elle ne nous arrêtera pas longtemps. Le pluriel dont se sert l'art. 191 ne signifie rien contre notre système; en effet, les règles de la publicité, dont parle l'art. 165, et auxquelles renvoie avec juste raison l'art. 193, ne sont-elles pas multiples? ne comprennent-elles pas les publications préalables, l'assistance des quatre témoins, la célébration dans la maison commune, etc., etc...? Il n'est donc pas besoin, pour justifier la rédaction de l'art. 193, de supposer qu'il a voulu faire allusion à la distinction, en deux nullités séparées, du défaut de publicité et de compétence; le pluriel était nécessaire puisque le rédacteur voulait indiquer, que, parmi les règles prescrites, la violation des moins graves entraînerait seulement la condamnation à une amende.

Si la compétence de l'officier public constitue un des éléments de la publicité, en est-ce *un élément indispensable*? les tribunaux perdent-ils dans cette hypothèse tout pouvoir d'appréciation? Non, dirons-nous; non, tout au moins d'une façon absolue. Il faut distinguer entre l'incompétence *ratione personæ*, et l'incompétence *ratione loci*.

1° *Incompétence ratione personæ*¹. Un notaire, un huissier, un magistrat, ou même un prêtre, ont procédé à la célébration d'un mariage. Dans ce cas, alors même que ces fonctionnaires auraient été de bonne foi, alors même que les parties se seraient crues légitimement mariées, non-seulement une pareille union pourrait être annulée, mais elle serait nulle de droit; il y aurait absence complète de toute publicité, de toute célébration légale. « Or, comme l'a dit avec tant de raison Portalis, *il n'y a pas mariage*, mais commerce illicite entre des personnes qui n'ont point formé leur engagement en présence de l'officier public, *témoin nécessaire* du contrat. »

2° *Incompétence ratione loci*. Le maire ou l'un de ses adjoints célèbre un mariage avec toutes les formalités requises, mais aucune des parties contractantes n'est domiciliée dans la commune où il a juridiction. Le mariage sera-t-il nécessairement annulable? les tribunaux seront-ils obligés d'en prononcer la nullité? Nous ne le croyons pas, en supposant bien entendu que la publicité a été suffisante. La décision serait identique dans le cas où le maire de l'une des

¹ Portalis fait peut-être allusion à cette incompétence, lorsqu'il dit dans son discours préliminaire : « Que le défaut de présence de l'officier public a les mêmes effets que le défaut de présence du *propre curé*, le mariage est *radicalement nul*. »

parties célébrerait, hors de la commune, le mariage de deux personnes qui y seraient domiciliées ¹.

Ainsi, nous le voyons par ce triple exemple, le vice d'incompétence lui-même est susceptible de plus ou de moins; il peut avoir, comme l'a si bien dit M. Demolombe, « ses nuances, ses degrés, et si l'on peut ainsi parler, ses circonstances atténuantes et aggravantes. » On pourrait, il est vrai, objecter que, dans la première hypothèse, il n'y a pas réellement défaut de compétence, mais bien plutôt absence de célébration; que, dans la troisième, c'est l'incompétence elle-même qui est en question, en sorte qu'elle n'existe réellement que dans la seconde espèce. Mais, pour nous, qui avons établi que l'incompétence de l'officier de l'état civil n'était qu'un des éléments de la publicité, nous n'avons pas besoin de cet argument; à nos yeux, en effet, dès que la publicité existe, les tribunaux peuvent ne pas prononcer la nullité : ainsi donc, alors même que la compétence serait, comme le veulent Duranton² et Proudhon³, un fait unique et indivisible, nous pourrions encore réserver aux juges la souveraine liberté d'appréciation que, selon nous, ils doivent avoir dans toutes ces hypothèses (art. 193 *in fine*)

¹ La question est de savoir si l'officier public est incompétent dans cette espèce est fort délicate; nous n'avons pas à la traiter ici.

² T. II, n^{os} 339-344.

³ T. I, p. 442.

§ 2. *Par qui la nullité peut être invoquée.*

(Art. 191.)

La nullité résultant du défaut de publicité est une nullité absolue. Elle peut donc être invoquée, en vertu du principe posé par l'art. 184, par toutes les personnes intéressées. Nous savons déjà quelles sont ces personnes, nous les avons énumérées précédemment à propos de la bigamie et de l'inceste. L'art. 191 les rappelle : 1° les époux eux-mêmes ; 2° les père, mère, ou ascendants ; 3° ceux qui ont un intérêt né et actuel, c'est-à-dire spécialement les enfants du premier lit et les collatéraux ; 4° le ministère public.

Les longs développements que nous avons donnés à ce sujet, dans notre deuxième chapitre, nous dispensent d'entrer ici dans aucun détail. Bornons-nous donc à renvoyer à nos explications antérieures, et plaçons seulement quelques observations sur certains points spéciaux.

Pour les parties contractantes elles-mêmes, nous n'avons rien à ajouter ; tout ce que nous avons écrit à propos des deux premières nullités s'applique ici sans difficulté. Quant à la seconde classe de personnes, (père, mère, ascendants, etc.), remarquons seulement que les ascendants sont nommés expressément, et que, par conséquent, il ne peut y avoir, comme pour la

bigamie et l'inceste, de doute sur le point de savoir s'ils ont le droit de se prévaloir de la nullité.

Nous avons également examiné, on s'en souvient, de quelle nature doit être l'intérêt des personnes qui invoquent l'art. 187; notre commentaire sur cet article a été, nous l'espérons du moins, assez complet pour que nous puissions nous dispenser de revenir sur ces questions. Il nous faut, au contraire, placer une observation importante relativement à la quatrième classe de personnes, au ministère public. Ici ne se présente pas la question que nous avons discutée sous l'art. 190. Notre art. 191 n'impose pas, en effet, comme ce dernier, l'obligation au procureur impérial de demander la nullité du mariage; il est purement facultatif : *Le mariage PEUT être attaqué*, dit-il, *par le ministère public*; donc il ne sera jamais obligé d'intenter l'action. Quelque graves que soient les irrégularités commises dans la célébration, s'il juge, dans sa prudence, qu'il vaut mieux se taire, s'il pense que demander la nullité du mariage, ce serait provoquer un scandale inutile en divulguant des faits qui sont restés cachés, personne ne pourra se plaindre, personne ne pourra critiquer son silence. Nous savons qu'il en serait autrement, d'après certains auteurs, en cas de bigamie et d'inceste : l'action du ministère public serait alors obligatoire. Si

l'on admet cette opinion, il n'est pas difficile de justifier la différence entre les deux classes de nullités. La bigamie et l'inceste sont évidemment des fautes beaucoup plus graves et surtout beaucoup plus dangereuses pour l'ordre social que la violation des règles sur la publicité: Quoi de surprenant alors que le législateur se soit montré plus sévère dans la première hypothèse? n'est-il pas tout naturel, au contraire, qu'il ait donné au ministère public une arme plus redoutable, en lui imposant une obligation absolue à laquelle il ne lui serait en aucun cas permis de se soustraire?

§ 3. *Des fins de non-recevoir par lesquelles on peut repousser l'action. (Art. 196.)*

Ici encore nous ne ferons que renvoyer aux idées précédemment exposées. Nous n'avons, en effet, comme tout à l'heure, qu'à nous reporter aux explications que nous avons données dans notre deuxième chapitre. Toutefois il nous faut examiner une question controversée tout à fait spéciale à notre matière.

L'art. 196, qui a donné naissance à cette controverse, est ainsi conçu : *Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration devant l'officier de l'état*

civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de CET ACTE.

Quel est ici le sens du mot *acte*? la loi a-t-elle seulement entendu parler du procès-verbal qui constate sur les registres de l'état civil, l'accomplissement des formalités prescrites pour la célébration (art. 75 *in fine*), ou bien a-t-elle fait allusion à la célébration elle-même?

La première opinion, qui a pour elle de fort bons esprits¹, semble d'abord devoir être adoptée sans difficulté. Le mot *acte*, dit-on, au milieu de la diversité des sens dans lesquels il est employé, signifie le plus souvent *écrit, quod scriptum est*. On doit surtout lui donner cette signification alors qu'elle ressort de la phrase où il a été employé. *Lorsqu'il y a possession d'état*, porte notre article, *et que l'acte de célébration est représenté... les époux ne peuvent plus demander la nullité de CET ACTE*; de quel acte entend parler la loi? Évidemment, le pronom démonstratif dont est précédé le mot *acte* en est la preuve : il s'agit de l'acte de célébration, c'est-à-dire de *l'écrit constatant la célébration* dont le texte vient de parler à l'instant même. Cette interprétation est d'autant plus plausible que l'art. 196 est placé au milieu de ceux qui s'occupent de la preuve du mariage, et non pas

¹ V. notamment M. Duranton, t. II, n^{os} 250 et 252.

parmi ceux qui traitent des nullités; or, il serait bien singulier que les rédacteurs du Code Napoléon, après avoir épuisé cette matière dans les art. 180 à 194, y revinssent de nouveau dans l'art. 196, alors qu'ils n'en ont pas dit un mot dans les deux articles précédents.

Ces arguments ne manquent pas de gravité, et nous avouons qu'ils nous ont fait longtemps hésiter; cependant, tout bien pesé, le système contraire nous paraît encore préférable. C'est, du reste, celui qui tend à prévaloir en jurisprudence¹. Et, chose bizarre, Marcadé, son adversaire le plus ardent, après l'avoir combattu avec son exagération habituelle², se contredit lui-même quelques lignes plus loin, et admet, en ce qu'il a d'admissible, un système à la réfutation duquel il n'a pas consacré moins de deux grandes pages. Il enseigne, en effet expressément, soit dans son n° 669, soit à la fin du n° 673, que la nullité résultant du défaut de publicité et de l'incompétence de l'officier de l'état civil est susceptible d'être cou-

¹ V. notamment arrêt de la Cour de Colmar, du 25 janvier 1825. Rejet de la Chambre des requêtes, du 25 août 1825. Arrêt de la Cour de Nancy, du 30 mai 1826, et de Paris du 25 janvier 1852. Rejet du 12 février 1853.

² V. t. I, n° 673. Il accuse, comme il ne le fait que trop souvent, ses contradicteurs d'ignorer les règles les plus élémentaires du droit, et leur reproche « de tomber dans une erreur manifeste que la simple lecture du Code réfute de la manière la plus claire. »

verte par la possession d'état. Or, c'est précisément ce que nous soutenons nous-mêmes, ajoutant seulement que la possession d'état doit être fortifiée par la présentation de l'acte de célébration. Mais, comme Marcadé ne veut pas s'appuyer sur le texte de l'art. 196, les motifs qu'il donne sont fort peu péremptoires : « Puisque, dit-il, ces mariages ne sont nuls que pour défaut de publicité, pourquoi la publicité suffisante qui leur serait donnée après la célébration, mais avant l'attaque dirigée contre eux, ne rendrait-elle pas cette attaque non recevable ? comment la personne demanderesse en nullité verrait-elle admettre sa prétention lorsque, avant sa demande, cette union a pris aux yeux de tous les signes certains d'un mariage véritable ? »

Pour nous, nous préférons un appui plus solide ; nous aimons mieux, avec M. Demolombe, baser notre opinion sur l'art. 196 lui-même ¹.

Il n'est pas exact, en effet, de prétendre, comme on le fait dans le premier système, que le mot *acte* s'applique plus ordinairement à l'écrit qu'au fait qu'il constate ; ce mot est, si l'on peut ainsi parler, essentiellement « ondoyant et mobile, » il n'a pas dans la loi de sens fixe et précis. Revenons au texte de notre

¹ V. aussi dans ce sens M. Valette sur Proudhon, t. I, p. 442 et 443 ; MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, § 467, note 26, p. 105 et 106.

article pour rechercher celui qu'on doit lui donner dans notre espèce. Les époux, porte-t-il, sont non recevables « à demander la nullité de cet acte, » c'est-à-dire, nous le reconnaissons avec nos adversaires, la nullité de l'acte de célébration. Mais qu'est-ce que l'acte de la célébration? est-ce seulement l'écrit qui le constate? ou n'est-ce pas plutôt l'ensemble des formalités qui constituent la célébration elle-même? Oui, selon nous, car, qu'on le remarque bien, « l'acte instrumentaire formant en principe la seule preuve légale de la célébration, le sort du mariage est d'une manière plus ou moins absolue attaché à son existence et à sa validité¹. » Ainsi donc, la possession d'état dans les conditions indiquées par l'art. 196 couvre les nullités de l'acte de célébration, c'est-à-dire le défaut de publicité, résultant, par exemple, de l'absence de l'un des quatre témoins, et aussi le défaut de compétence de l'officier public. Rien, du reste, n'est plus rationnel, car, après tout, Marcadé avait raison de le dire, son seul tort était de se contenter de ces considérations morales; la possession d'état, c'est la publicité du mariage, c'est, comme l'écrit encore M. Demolombe « la notoriété de l'état légitime des époux. »

¹ MM. Aubry et Rau sur Zachariæ.

CHAPITRE V

DE LA NULLITÉ RÉSULTANT DES VICES DU CONSENTEMENT

§ 1. *Quand il y a lieu de prononcer la nullité pour cette cause.*

Nous touchons enfin à la perfection du contrat. Toutes les autres conditions sont accomplies; cependant, il manque encore au mariage un élément indispensable, c'est l'émission solennelle du consentement qui fera de ces deux personnes deux époux indissolublement unis. Les rédacteurs du Code Napoléon, dont l'esprit est si éminemment spiritualiste, l'ont bien compris; seule, la volonté humaine pouvait avoir cette puissance! Aussi, n'ont-ils pas donné au représentant de la société le droit de réaliser le mariage, mais seulement de proclamer sa perfection (art. 75 *in fine*).

Avant d'étudier les règles spéciales à notre matière, il est indispensable, croyons-nous, de rappeler les principes généraux qui régissent les vices du consentement dans les contrats ordinaires; ce rappro-

chement fera mieux ressortir les différences qui existent entre eux et le mariage.

Les vices du consentement sont au nombre de trois principaux : 1° le défaut de liberté ; 2° l'erreur ; 3° le dol¹. L'art. 1109 les résume en quelques mots avec une précision énergique. *Il n'y a pas de consentement valable, si le consentement n'a ÉTÉ DONNÉ QUE PAR ERREUR, EXTORQUÉ PAR VIOLENCE, ou SURPRIS PAR DOL.* En matière de mariage, chacun d'eux est régi par des principes plus ou moins différents.

1° Défaut de liberté.

Ici la nullité est élargie : ailleurs, elle n'est admise que quand la liberté a été détruite par la violence (art. 1109 et 1111 à 1116) ; en matière de mariage, au contraire, elle l'est pour toute suppression de liberté, quelle qu'en soit la cause. L'article s'exprime, en effet, ainsi : *Le mariage qui a été contracté sans le consentement LIBRE des deux époux peut être attaqué*, etc. Ainsi notre article parle d'une façon générale du défaut de liberté ; toutes les fois donc que cette liberté aura été gravement altérée, soit par la séduction, soit par des menaces, soit même, — peut-être pourrait-on

¹ Nous ne parlons pas de la lésion, parce que ce n'est pas, à proprement parler, un vice spécial du consentement, mais plutôt une variété de l'erreur, une erreur portant sur les qualités non substantielles.

aller jusque-là, mais ce point est fort douteux¹ — par la seule crainte révérentielle, soit enfin par des violences physiques, le mariage sera annulable. Il en sera ainsi, par exemple, lorsqu'un séducteur, abusant de la faiblesse de sa victime, l'aura amenée en la menaçant de publier son déshonneur, à contracter une union indigne d'elle, ou bien encore, lorsque des parents, oublieux de leurs devoirs les plus sacrés, auront forcé leur fille à prendre pour époux un homme qu'elle méprise ; elle a refusé d'abord ; mais son refus lui a valu les plus sévères traitements ; on lui en fait craindre de plus durs encore si elle persiste ; elle finit par céder ; elle dit non devant l'officier public. Certes, malgré ces menaces, malgré les suggestions et les pièges de toute sorte qui l'entouraient, elle aurait pu résister ; mais elle a fait une comparaison entre le mariage, qu'on lui proposait et les traitements qui l'attendaient, et des deux maux, elle a choisi celui qui lui semblait le moindre ; elle a donc consenti ; toutefois sa volonté n'a pas été *libre* ; elle pourra, en vertu de l'art. 181, demander la nullité de l'union qu'elle a contractée.

Remarquons que, dans nos deux hypothèses, pour que l'action soit déclarée recevable, il suffit que des violences morales aient été mises en œuvre. Il en

¹ L'art. 1114, on le sait, décide formellement le contraire pour les contrats ordinaires.

était ainsi dans l'ancien droit ; Pothier le dit expressément dans son *Traité du contrat de mariage*¹ : « La séduction n'est pas moins contraire que la violence à la liberté du consentement qui est requise pour le mariage. Un consentement surpris par séduction est imparfait, comme l'est celui extorqué par violence. » Les travaux préparatoires et les termes de l'art. 180 prouvent que la loi nouvelle est allée au moins aussi loin.

Du reste, il faut qu'il soit prouvé que la liberté de l'époux a été détruite par des influences immorales de nature à ne pouvoir être sanctionnées par la loi. Il faut, en d'autres termes, lorsqu'il s'agit de violence, par exemple, que cette violence soit, comme le dit Pothier, une violence injuste *adversus bonos mores*. « C'est pourquoi, ajoute-t-il avec raison, si un homme qui a abusé d'une jeune fille s'est porté à l'épouser par la crainte d'un décret de prise de corps qu'elle aurait obtenu contre lui, le mariage serait valable, et cet homme ne serait pas recevable à dire qu'il l'a contracté par violence, car le décret de prise de corps, obtenu contre lui, était une voie de droit, et non pas une violence *adversus bonos mores*². » Nous verrons même plus tard que, selon nous du moins,

¹ V. n° 320.

² V. n° 316 *in fine*, du *Traité du contrat de mariage*.

le dol incident, les simples réticences ou manœuvres dont le but serait de se faire passer pour meilleur ou moins mauvais qu'on ne l'est réellement, ne suffiraient pas pour donner, en faveur de l'époux qui en aurait été la victime, ouverture à une action en nullité.

2° Erreur.

En droit commun, l'erreur n'autorise à demander la nullité du contrat que lorsqu'elle tombe *sur la substance même de la chose qui en est l'objet* (art. 1110-1°), c'est-à-dire, d'après les interprétations les plus autorisées, *sur la qualité principale que les parties ont eue en vue en contractant*. Elle n'est pas, au contraire, une cause de nullité, ajoute l'art. 1110-2°, *lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention*.

Ainsi, dans les contrats ordinaires, l'erreur entraîne la nullité dans deux cas : 1° lorsqu'elle porte *sur la substance* ; 2° alors même qu'elle ne porterait que sur la personne, lorsque *la considération de la personne a été la cause du contrat*. En est-il de même en matière de mariage ? Examinons-le.

a. Erreur portant sur la substance.

L'impuissance donnera d'abord ouverture à une

action en nullité, si 1^o elle existait antérieurement au mariage; 2^o elle était inconnue du conjoint de l'impuissant; cette hypothèse est également, à nos yeux, une première application de ces expressions de l'art. 180 : *Le mariage peut être déclaré nul, lorsqu'il y a erreur* DANS LA PERSONNE. Quelle est, en effet, la qualité principale que chacune des deux parties avait ou devait avoir en vue, en contractant, dans son futur conjoint, si ce n'est la faculté génératrice? Car, quoique Pothier ait pu dire, avec raison, que, non-seulement la procréation des enfants, mais *le commerce charnel* lui-même n'est pas de l'essence du mariage, il n'en est pas moins vrai que ce sont là ses fins principales. Si l'époux trompé s'est engagé à être tout entier à son conjoint, n'est-ce pas à condition qu'il y aurait réciprocité? n'est-ce pas enfin, — sans insister davantage à cause de la délicatesse du sujet sur ce côté de la question qui a pourtant une grande importance, — à condition qu'il ne lui enlèverait pas l'espérance de se perpétuer dans un autre lui-même, de goûter un jour les douces joies de la paternité?

Mais on distingue plusieurs espèces d'impuissances : d'une part l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle; d'autre part, l'impuissance manifestée par des signes extérieurs, par l'absence des organes¹

¹ V. sur ce point, *Manuel de médecine légale*, de MM. Briand et Chaudé,

et l'impuissance latente, qu'on appelle en médecine *frigidity naturelle* ou *stérilité*¹. Donneront-elles toutes ouverture à une action en nullité? On compte sur ce point deux opinions principales dans la doctrine. Les uns, avec Toullier², Duranton³, enseignent que l'impuissance naturelle ne serait jamais une cause de nullité de mariage, alors même qu'elle résulterait manifestement d'un vice extérieur de conformation. Ils s'appuient sur les art. 312 et 313, qui distinguent, en effet, entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle, sur l'art. 313 surtout qui refuse au mari *qui alléguerait son impuissance naturelle* l'action en désaveu. Mais ces auteurs oublient combien les deux espèces sont différentes. Au titre de la Paternité et de la Filiation, il s'agit d'un homme qui s'est marié ayant conscience de son impuissance, qui, par conséquent, a le plus souvent trompé celle qu'il prenait pour épouse, et qui voudrait ensuite se faire une arme de sa mauvaise foi. N'est-ce pas le cas ou jamais de lui appliquer la

p. 87 et suiv. On y indique trois causes d'impuissance apparente « en dehors desquelles, disent ces auteurs, aucune ne détermine l'incapacité absolue et indubitable, la seule qui puisse être un motif de nullité au mariage. » (P. 94).

¹ V. le *Manuel de médecine légale*, de MM. Briand et Chaudé, p. 86 et suivantes.

² T. I, n^{os} 525 et 526.

³ T. I, n^{os} 70 et 71.

maxime : *Nemo auditur allegans suam turpitudinem* ?

Dans notre hypothèse, au contraire, ce n'est plus le trompeur qui est en cause : c'est la personne trompée ; ce n'est pas un mari qui subit les conséquences d'une faute qu'il a commise, c'est un homme ou une femme dont la bonne foi a été surprise de la façon la plus outrageante, qui vient demander que l'on ne la condamne pas au supplice d'un célibat forcé. Il y a un abîme, on le voit, entre ces deux situations ; et un argument d'analogie, dans des espèces aussi différentes, n'a véritablement aucune valeur. Quant aux autres considérations que fait valoir M. Duranton ¹, « que nos mœurs répugnent à la preuve toujours difficile, toujours indécente et rarement sûre, d'une infirmité enveloppée des mystères de la nature, » il n'est pas difficile d'y répondre ; d'une part, en effet, la preuve est toujours fort sûre lorsque l'impuissance résulte de l'absence des organes ; et, d'autre part, elle n'est ni plus difficile, ni plus indécente que celle qu'il faut nécessairement faire pour constater l'impuissance accidentelle qui, cependant, suivant M. Duranton lui-même, donnerait ouverture à une action en nullité.

D'autres auteurs, et M. Démolombe est de ce nombre,

¹ Nos 69, 70 et 71.

pensent au contraire que toute impuissance, qu'elle soit naturelle ou accidentelle, donne ouverture à une action en nullité pour erreur sur la substance *ou dans la personne mariable*, toutes les fois qu'elle est manifeste et patente, toutes les fois, en d'autres termes, qu'elle éclate au dehors par l'absence des organes. Tel serait aussi notre avis. Quant aux motifs qui nous ont décidé à adopter ce système, nous les avons exposés précédemment, soit en nous occupant de la théorie de l'impuissance en général, soit en réfutant les arguments du premier système. Il ne nous reste donc plus qu'à répondre à quelques objections. Pour constater l'état physique de la personne prétendue impuissante, il faudra qu'elle soit visitée par les gens de l'art. Eh bien, ajoute-t-on, que déciderez-vous si elle refuse d'accepter cette humiliante épreuve? la fera-t-on visiter de vive force? Pourquoi pas? dirons-nous avec M. Demolombe; « est-ce que les ordres de la justice ne doivent pas être exécutés toutes les fois qu'ils peuvent l'être? Il ne s'agit pas d'un fait actif à l'égard duquel la contrainte n'est pas possible; il s'agit d'un fait passif, d'un simple acte de soumission. » Est-ce qu'en matière criminelle, ces visites n'ont pas très-souvent lieu¹, en cas de viol, par

¹ V. l'Étude *médico-légale*, de M. Tardieu sur les *Attentats aux mœurs*.

exemple, sur des individus dont il est nécessaire de constater l'état des organes, parce que, d'après l'accusation, une maladie syphilitique aurait été communiquée par l'inculpé à la victime¹? Mais, diront nos adversaires, nous ne sommes pas en matière criminelle : imposer ces visites à celui qui doit se disculper d'un crime, on le comprend ; mais, dans notre hypothèse, il n'en est pas ainsi : nous avons affaire à une personne qui, après tout, n'est pas accusée ; la contraindre à un acte aussi pénible, qui peut si justement révolter sa pudeur, ne serait pas équitable. La différence entre les deux positions n'est pas aussi grande qu'on pourrait le croire au premier abord, répondrons-nous ; le défendeur à l'action en nullité n'est pas, il est vrai, prévenu d'un délit légal, mais il est tout au moins inculpé d'une faute grave au point de vue moral, d'avoir sciemment trompé son conjoint sur la qualité principale que celui-ci avait en vue en contractant ; c'est donc à lui de se justifier. Enfin, s'il s'agit d'un homme, est-ce que ces visites n'ont pas lieu fort souvent dans la vie civile elle-même, pour l'exécution des lois sur le recrutement de l'armée ou sur les douanes, par exemple ? S'il s'agit d'une femme, la question sera, nous le

¹ V. les pages 85, 86, et surtout 87, de l'ouvrage précité de M. Tardieu.

reconnaissons, plus délicate, car sa pudeur s'alarmera davantage d'une pareille visite ; mais au lieu d'employer un médecin, ne pourra-t-on pas recourir à une sage-femme ? On ménagera ainsi jusqu'à un certain point ce sentiment qui est trop respectable pour qu'on ne lui fasse pas toutes les concessions compatibles avec les nécessités quelquefois douloureuses qu'impose la recherche de la vérité. D'ailleurs, si ce moyen était réellement impraticable, la justice n'en a-t-elle pas d'autres à sa disposition : enquêtes, comparutions des parties, interrogatoires sur faits et articles, etc. ? « L'expérience des magistrats saura bien reconnaître si la demande est sérieuse ou ne cache qu'un projet de divorce par consentement mutuel ; et en tout cas, s'ils doutent, ils maintiendront le mariage. » Dans le cas contraire, nous persistons à croire qu'ils devront prononcer la nullité¹.

Il en serait tout autrement, nous l'avons déjà, je crois, fait observer, de l'impuissance qui ne se manifesterait pas à l'extérieur par des signes certains. Les motifs de cette distinction sont multiples. La preuve en est encore aujourd'hui à peu près impossible ; puis, quelque constante qu'elle soit souvent, les rapports intimes entre les époux peuvent néan-

¹ V. en ce sens deux arrêts de la Cour de Trèves, du 1^{er} et du 27 janvier 1808.

moins avoir lieu ; enfin, mais ce n'est là qu'une considération de fait, qui, à elle seule, ne suffirait pas pour priver le conjoint trompé de son droit : la bonne foi de la personne impuissante est possible. Du reste, peut-être ces conclusions devraient-elles être modifiées, si la science déjà si avancée sur ce point grâce aux récentes et savantes expériences de M. Bayard et de M. Robin, professeur à la Faculté de médecine, faisait de nouveaux progrès¹, si en un mot on arrivait à pouvoir prouver, d'une façon certaine, toute espèce d'impuissance ; car alors, la principale objection disparaîtrait, et comme la procréation des enfants est, après tout, le but le plus élevé du mariage, le conjoint de l'impuissant pourrait, à juste titre, se plaindre d'avoir été trompé *sur la qualité principale qu'il avait en vue en contractant*, et demander, par conséquent, la nullité de son mariage pour *erreur sur la substance*.

Mais alors pourquoi, nous dit-on, puisque vous reconnaissez que l'impuissance externe donnera ouverture à une action en nullité, pourquoi n'admettez-vous pas plutôt qu'une pareille impuissance serait un empêchement dirimant au mariage ? pourquoi ne défendez-vous pas à l'officier public de consacrer de pareilles unions ? ne vaut-il pas mieux prévenir le mal que

¹ V. M. Tardieu, ouvrage déjà cité, p. 96 et suiv. *Annales d'hygiène*, 1857, t. VII, p. 350.

d'avoir à y porter remède? Le refus de l'officier public en étouffant l'affaire, sauvegarderait l'honneur de celle des deux parties qui est impuissante. Est-ce peu de chose en faveur d'un système que des considérations morales d'une si haute portée? Non certes, nous le reconnaissons; aussi, ne sommes-nous pas étonné que cette opinion ait entraîné à elle des esprits forts éminents et entre autres M. Félix Berriat Saint-Prix, qui la soutient dans ses savantes *Notes sur le Code Napoléon*¹. Toutefois, nous ne croyons pas qu'elle doive être adoptée. L'impuissance constituait sans contredit, autrefois, un empêchement dirimant au mariage. Pothier nous le dit expressément²; mais, s'il est permis quelquefois d'appliquer par voie d'analogie les dispositions de notre ancienne législation, si nous lui avons nous-même emprunté quelques-unes de ses règles, nous pensons qu'on ne doit jamais le faire dans les questions identiques à celle qui nous occupe en ce moment. Cependant, ici encore, la loi nouvelle est muette; mais dans notre hypothèse, c'est précisément le silence de la loi qui est notre plus puissant argument. Qu'est-ce, en effet, qu'un empêchement si ce n'est une dérogation aux

¹ V. n° 860, t. I.

² Voir le *Traité du contrat de mariage*, n° 96. — V. également ce que nous avons dit à ce sujet dans notre seconde partie, p. 142.

principes généraux ? en matière de mariage, plus encore que dans les autres contrats, le droit commun n'est-ce pas la liberté ? Eh bien, puisque les exceptions ne s'étendent pas par voie d'analogie, puisqu'il faut un texte formel et un texte encore actuellement en vigueur pour pouvoir les admettre, n'est-il pas évident qu'il ne nous est pas permis, suppléant au silence de nos codes, de faire, comme autrefois, de l'impuissance, même la plus manifeste, un empêchement dirimant au mariage ?

Notre système produit, il est vrai, les mêmes résultats que celui de MM. Delvincourt et F. Berriat Saint-Prix ; on peut encore nous objecter qu'il en a les inconvénients sans en présenter les avantages. Nous ne le nions pas ; mais en faveur de notre opinion nous avons le texte de l'art. 180, qui prononce expressément la nullité du mariage pour *erreur* DANS LA PERSONNE ; nos adversaires n'ont, au contraire, aucun appui légal ; aussi, à grand regret, nous l'avouons, il nous est impossible d'adopter leur doctrine¹. Les mêmes motifs nous décident à ne pas prononcer la nullité d'un mariage contracté par deux vieillards chez lesquels la puissance génératrice n'existerait plus. Il n'y a plus là, en effet, erreur dans la personne ; aucun des deux

¹ V. encore dans le sens de notre système M. Valette, *Notes sur Proudhon* (p. 395, note a, *in fine*).

conjoint n'a été trompé; prétendre sérieusement qu'il a ignoré l'âge de celui avec qui il a contracté, est impossible au demandeur en nullité; il savait également, ou tout au moins il devait savoir, que celui-ci ne pouvait plus engendrer : de quoi donc viendrait-il se plaindre? sur quoi baserait-il son action?

Ainsi, pour résumer en quelques mots cette discussion, l'impuissance, selon nous, ne forme jamais, quelle que soit sa nature, un empêchement dirimant au mariage; elle donne, au contraire, ouverture à une action en nullité pour erreur dans la personne lorsqu'elle éclate par des signes extérieurs. Cette décision ne s'appliquerait pas à l'espèce d'impuissance que produit la vieillesse, parce que, dans ce cas, l'erreur n'est pas possible.

Peut-être pourrait-on donner une décision identique relativement à l'engagement dans les ordres sacrés. Ce n'est pas ici le lieu de traiter cette importante question; nous réservons à notre sixième chapitre les détails dans lesquels nous nous proposons d'entrer. Bornons-nous à faire observer que ce système aurait l'avantage, en donnant satisfaction aux justes scrupules d'un grand nombre de consciences, de concilier autant que possible les principes catholiques avec les règles d'une bonne interprétation, qui ne permettent pas d'admettre un empêchement, de prononcer une

nullité, à moins qu'on n'y soit autorisé par un texte formel et précis.

b. *Erreur sur la personne, alors que la considération de la personne est la cause principale de la convention.*

Cette formule s'applique aussi en grande partie à notre matière ; elle est comprise en germe dans ces mots de l'art. 180 : *erreur DANS la personne*. Examinons les principales controverses auxquelles a donné naissance leur interprétation.

D'après quelques auteurs et plusieurs décisions de la jurisprudence¹ ces mots s'entendraient exclusivement de l'erreur sur la personne physique, de la substitution d'une personne à une autre au moment de la célébration, espèce que nous avons développée dans nos prolégomènes². On s'est appuyé dans ce système : 1° sur un passage du discours de Portalis dans la discussion du titre du Mariage ; 2° sur cette considération que l'erreur sur les qualités de la personne n'avait jamais été dans l'ancien droit une cause de nullité, et que le Code ne s'étant pas expliqué à cet égard, c'était la preuve évidente qu'il avait entendu admettre la même règle ; 3° enfin, sur le texte de l'art. 180 lui-même : il men-

¹ V. notamment arrêt de la Cour de Riom du 30 juin 1828 ; jugement du tribunal de Bourges du 17 août 1826.

² V. pages 217 et suiv.

lionne exclusivement, dit-on, *l'erreur dans la personne*, ce qui exclut l'erreur sur les qualités.

Cette opinion doit, selon nous, être rejetée, et elle l'a été par la majorité des auteurs¹. Dans l'espèce, prévue par Pothier, de la substitution d'une personne connue à une autre au moment de la célébration du mariage, le consentement n'est pas seulement vicié par l'erreur, mais il y a absence complète de consentement; le mariage n'est pas seulement annulable, il est nul de plein droit². Or, si les mots de l'art. 180 ne s'appliquent pas à cette hypothèse, il faut évidemment qu'ils aient eu en vue quelque autre espèce; et quelle peut-elle être si ce n'est l'erreur sur certaines qualités de la personne? L'ancien droit décidait, il est vrai, autrement. Pothier nous dit³ « que l'erreur sur les qualités de la personne ne donnait jamais ouverture à une action en nullité, » mais le Code Napoléon n'a pas suivi ces errements. Les travaux préparatoires sont, il faut également le reconnaître, un peu contradictoires : le discours de Portalis est favorable au premier système; d'un autre côté, l'avis du tribunal de cassation qui proposait de le sanctionner en substi-

¹ V. notamment Demolombe, t. III, n° 251 et suiv. — Marcadé, sur l'art. 180, n° 629 et suiv., t. I.

² Nous avons cherché à établir la vérité de cette proposition dans nos prolégomènes. (V. pages 218.)

³ V. nos 308, 309, et 311 à 315.

tuant à la rédaction du projet les mots *erreur sur l'individu* ne fut pas admis ; on conserva la rédaction primitive dans le texte définitif, et cette rédaction est fort significative. D'abord elle est différente de celle de Pothier, qui disait : *erreur sur la personne*, tandis que notre texte porte : *erreur dans la personne* ; puis, ces mots expriment une toute autre idée, ils indiquent « une erreur se réalisant avec une seule personne en jeu, et sans aller d'un individu à un autre¹, » une *erreur dans la personne elle-même* avec qui on a contracté. Puis, second argument de texte, une erreur résultant de la substitution d'une personne à une autre serait toujours immédiatement découverte, elle le serait à un moment quelconque du jour de la célébration ; si l'art. 180 avait prévu une pareille hypothèse, l'art. 181, qui s'occupe du point de départ du délai pendant lequel la nullité sera proposable l'aurait fait courir du jour même du mariage ; or, il n'en est pas ainsi : d'après cet article, le délai ne courra que du jour où *l'erreur aura été reconnue* évidemment ; donc l'art. 180 ne se réfère pas à cette espèce. Enfin, remarquons-le, mais ceci n'est qu'une considération de fait tout à fait subsidiaire, les rédacteurs du Code n'auraient pas écrit la moitié d'un

¹ Marcadé sur l'art. 180.

article spécial pour prévoir une hypothèse aussi peu réalisable, aussi chimérique même avec les formalités de publicité prescrites aujourd'hui, que celle qui consiste dans une substitution au moment de la célébration.

Ainsi l'art. 180 par ces mots : *erreur dans la personne* ne fait pas exclusivement allusion à l'erreur sur la personne physique. Mais quel est au juste le sens de cet article ? de quelle nature doit être l'erreur pour que la nullité puisse être prononcée ? Sur ce point les controverses deviennent plus vives et plus nombreuses encore : on compte, en effet, jusqu'à cinq systèmes principaux¹. Prendre un parti est ici fort délicat, car ces différentes opinions invoquent des arguments d'une valeur à peu près égale ; aussi avons-nous longtemps hésité. Peut-être cependant, finalement pencherions-nous, à adopter la doctrine de MM. Demolombe² et Valette³. D'après ces éminents jurisconsultes, ce serait, en principe une question de fait, dont

¹ V. Dalloz, *Jurisprudence générale*, année 1861, première partie, p. 49.

² V. t. III, n° 253 *in fine*.

³ V. 1° *Explication sommaire du livre I^{er} du Code Napoléon* (p. 107) ; 2° *Notes sur le Traité des personnes de Proudhon* (pag. 395, note a). M. Valette dit expressément : « Il est très-difficile d'adopter des règles générales sur ces différentes questions. La loi paraît en avoir abandonné la solution à l'appréciation des tribunaux, qui examineront en fait, si le mariage aurait eu lieu dans le cas où le véritable état civil de la personne eût été connu. »

on devrait dans chaque affaire laisser l'appréciation aux tribunaux.

Examinons quelques-unes des questions qui ont spécialement attiré l'attention des auteurs.

Il est d'abord une espèce qui ne saurait être douteuse, dès qu'on admet que la nullité peut être prononcée pour erreur sur les qualités qui constituent l'état de la personne civile¹. Comme tout à l'heure, il s'agit d'une substitution de personne, mais d'une substitution à une personne inconnue, ce qui est bien différent parce que l'erreur porte alors sur les qualités.

Supposons, par exemple, que Primus et Secundus s'étaient promis de marier ensemble leurs enfants; l'un d'eux, Secundus, habite à l'étranger, Primus ne connaît le fils de Secundus que par tout ce que lui en a écrit son père. Un jeune homme se présente comme le fils de celui-ci, il est muni de papiers qui constatent en apparence son identité, ou bien encore, ils portent l'un et l'autre le même nom. Le mariage est célébré; mais, après la célébration, on découvre que cet homme n'était qu'un aventurier, et un faussaire. L'art. 180 sera évidemment applicable; le mariage pourra être annulé.

¹ M. Valette adopte cette formule, qui nous paraît fort exacte, dans son *Exposé sommaire du livre I^{er}* (p. 107).

Mais il est d'autres hypothèses beaucoup plus délicates. Deux surtout qui se sont présentées assez souvent dans la pratique, méritent de nous arrêter quelques instants.

1° Une femme pourra-t-elle demander la nullité d'un mariage qu'elle aurait contracté par erreur avec un forçat libéré ?

Cette question est célèbre dans la jurisprudence ; elle a donné lieu dans ces derniers temps à des décisions contradictoires ; il y a quelques années, le 24 avril 1862, elle a été tranchée par un arrêt solennel de la Cour de cassation, rendu toutes chambres réunies : celle-ci, conformément aux conclusions de M. le procureur général Dupin, s'est prononcée pour la validité du mariage¹. Pour notre compte, nous avouons que, malgré cette décision de la Cour suprême, nous persistons à croire qu'un pareil mariage est annulable. En effet, dès qu'on admet que la nullité peut être prononcée pour erreur sur les qualités sociales de la personne, ce serait ne pas être d'accord avec soi-même, que de refuser de suivre dans toutes ses conséquences le principe que l'on a une fois adopté. Il est vrai que les auteurs qui nous

¹ V. aussi dans ce sens un jugement du tribunal de la Seine, du 16 juin 1858. (*Gazette des Tribunaux*, du 20 juin 1858.)

combattent¹, empruntant sur ce point les principes de l'ancien droit, tombent dans une confusion qui dissimule fort habilement le défaut de logique de leur système; suivant eux, dans l'espèce que nous avons examinée en premier lieu, dans la substitution à une personne inconnue, il y a non pas erreur sur les *qualités sociales de la personne*, mais seulement erreur sur la *personne civile*²; cette explication n'est, selon nous, guère plausible, car, comme l'ont si bien démontré Marcadé et M. Demolombe, dès que l'erreur ne porte pas exclusivement sur la personne physique, est-ce qu'il ne s'agit pas toujours des qualités? « L'erreur portant sur la *personne civile* ou sur la *personne sociale*, ne constitue-t-elle pas elle-même une erreur sur les *qualités civiles et sociales*³? » Eh bien, alors, puisque dans cette hypothèse vous reconnaissez que le mariage est annulable; pourquoi décider autrement dans la nôtre où l'erreur est pourtant bien autrement déplorable, bien autrement digne de la protection du législateur? Nous avons, du reste, en faveur de notre opinion, un argument d'analogie spécial tiré d'un autre texte de loi;

¹ V. MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, § 462 au texte, et notes 7, 10, et 11. — V. également Taulier, t. I, p. 248 et 249.

² V. MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, § 462 au texte, et notes 8 et 10.

³ M. Demolombe, t. III, n° 253, p. 404.

l'art. 232, qui a été abrogé avec tout le titre du Divorce, décidait, en effet, « que la condamnation de l'un des deux époux à une peine infamante serait pour l'autre époux une cause de divorce. » Ainsi, la condamnation à la peine des travaux forcés emportait la dissolution du mariage ; n'est-il pas logique de décider que, lorsqu'elle est antérieure, elle donnera ouverture à une action en nullité ? On pourrait même tirer de cet article un double argument *a fortiori* ; l'annulation d'une union qui aura le plus souvent à peine quelques mois de date est certainement chose beaucoup moins grave que la dissolution d'un mariage depuis longtemps contracté ; d'autre part, le forçat libéré est plus coupable que celui qui est frappé par l'art. 232 ; comme ce dernier, il a commis un crime qui a attiré sur sa personne la vindicte publique, comme lui, aux yeux du monde, il est à jamais déshonoré ; mais sa faute envers son conjoint est plus grave peut-être au point de vue moral que son crime lui-même : il l'a indignement trompé, il a voulu étendre sur lui « sa damnation sociale, » il a fait toutes ces choses, et la peine serait pour lui moins sévère ! Nos lois françaises n'ont pu sanctionner une pareille iniquité¹.

2° Le mariage pourra-t-il être annulé si l'un des

¹ V. dans ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1861, rendu contrairement aux conclusions de M. de Raynal. Cet arrêt

époux, après la célébration civile, refuse de procéder à la célébration religieuse? Marcadé enseigne l'affirmative¹. Les arguments en faveur de cette solution ont beaucoup moins de force que pour l'annulation d'un mariage contracté avec un forçat libéré. Le dernier, tiré de l'art. 232, fait d'abord complètement défaut; quant à celui que fournit l'art. 180, il peut, il est vrai, jusqu'à un certain point, être invoqué, mais le sens des mots *erreur dans la personne* est un peu forcé : il n'y a pas, dans notre espèce, absence des qualités sociales; les sentiments religieux que l'époux trompé croyait trouver dans son conjoint ne sauraient pas être considérés comme tels; on ne peut pas dire non plus qu'il y ait erreur dans la substance. Nous comprenons donc qu'on ait sur ce point les plus grandes hésitations; et, pour notre compte, nous n'oserions pas aller jusque-là. En pratique², il sera

cassait un arrêt de la Cour de Paris du 14 février 1860, qui avait repoussé l'action en nullité. Par suite de cette décision de la Cour suprême, l'affaire fut renvoyée devant la Cour d'Orléans, qui jugea dans le même sens que la Cour de Paris. Enfin un pourvoi ayant été de nouveau interjeté par la demanderesse la dame Zoé H***, la Cour de cassation, en audience solennelle, toutes chambres réunies, revenant sur sa première jurisprudence, rendit dans le sens de la nullité l'arrêt que nous avons rapporté plus haut. (V. Dalloz, 1861, p. 48 et suiv.; 1862, p. 153 et suiv. Les conclusions de M. Dupin sont des plus remarquables.)

¹ V. t. I, p. 476.

² V. dans ce sens un arrêt de la Cour d'Angers du 29 janvier 1859 (Dalloz, 1860, p. 98, deuxième partie).

certainement plus sage, pour ne pas ouvrir la porte à de trop nombreuses actions en nullité, de prononcer dans des espèces de ce genre la séparation de corps. Il y a, en effet, dans toutes ces questions, un écueil qu'il faut éviter : c'est de porter trop facilement atteinte au principe de l'indissolubilité du mariage, et d'arriver ainsi par une voie indirecte à rétablir le divorce, si justement effacé de nos codes.

Nous venons de voir jusqu'à quel point les principes généraux des contrats relatifs aux vices du consentement résultant, soit du défaut de liberté, soit de l'erreur, s'appliquaient au mariage. Nous n'avons plus maintenant, pour terminer notre paragraphe, qu'à parler du dol et à examiner si l'on peut, pour cette cause, demander la nullité du mariage.

3° Dol.

Depuis l'ingénieuse et savante théorie que Marcadé a imaginée¹ sur la nature du dol, les auteurs sont à peu près unanimes pour refuser de voir dans le dol une cause de nullité de mariage. Les motifs qui militent en faveur de cette théorie sont multiples et péremptoires. Et, tout d'abord, l'ancien droit était formel sur ce point. Loisel le disait énergiquement dans son langage pittoresque : *En mariage trompe qui peut.*

¹ V. t. IV, n° 417 et suiv.

D'ailleurs, la nature du dol elle-même, telle du moins qu'elle résulte de la doctrine de Marcadé et de M. Demolombe, s'y oppose¹. Qu'est-ce, en effet, que le dol, suivant ces auteurs, dont le système nous paraît fort exact? est-ce, à proprement parler, un vice du consentement? En aucune façon : comme la violence, comme l'erreur portant sur la substance, il ne donne pas directement et constamment ouverture à une action en nullité. Pour qu'il produise cet effet, il faut : 1° qu'il ait été la cause principale et efficiente du consentement ; 2° qu'il émane de la personne avec laquelle on a contracté ; quand ces deux conditions sont réunies, le contrat est annulable ; dans tous les autres cas, son unique effet est de donner droit à une indemnité pour celui qui en a été la victime. Bien plus, l'annulation du contrat, lorsqu'elle peut être prononcée, ne l'est elle-même qu'à titre de dommages-intérêts, et comme la réparation la plus exacte du préjudice causé par le contrat : ce qu'il y a de plus simple et plus équitable, lorsque la chose n'est pas impossible, c'est de remettre les parties dans la position où elles étaient auparavant. La rescision du contrat produit cet effet ; aussi la loi l'autorise-t-elle avec raison dans la double hypothèse dont nous par-

¹ V. n° 255, t. III.

lions tout à l'heure. Mais il ne saurait en être ainsi quand il s'agit du mariage, considéré au point de vue dont nous nous occupons en ce moment. Aucun intérêt pécuniaire n'étant en jeu, il ne peut être question d'une réparation pécuniaire. L'objet du contrat, n'est-ce pas, en effet, l'homme lui-même? « Par conséquent, comme le dit avec raison Marcadé, toute compensation, toute indemnité, toute remise des choses au même état que devant est impossible. » Ainsi le dol ne produit en définitive par lui-même qu'une action en dommages-intérêts. Les dommages-intérêts sont, en matière de mariage, une réparation tout à fait illusoire; il faudrait donc un texte formel pour que, contrairement aux principes, il pût servir de base à une action en nullité. Or, non-seulement ce texte n'existe pas, mais ceux que nous possédons excluent implicitement le dol des causes de nullité. Les art 180 et suivants, qui énumèrent les hypothèses où l'annulation pourra être demandée, sont, nous l'avons bien des fois établi, essentiellement limitatifs; à lui seul, leur silence serait un motif suffisant pour nous faire admettre la non-recevabilité de l'action.

Il en sera de même, et pour des motifs identiques, de la lésion. Mais nous avons de plus, à son égard, un motif tout spécial: elle ne donne lieu à la rescision que dans certains contrats limitativement dé-

terminés par le Code¹; le mariage n'est pas de ce nombre; par conséquent une action en nullité fondée sur ce chef ne saurait jamais être admissible.

§ 2. *Quelles sont les personnes qui peuvent invoquer la nullité.*

Nous sommes encore ici en présence d'une nullité relative, et, par conséquent, d'une nullité qui ne peut être invoquée que par certaines personnes limitativement déterminées. Aussi la loi est-elle essentiellement restrictive. L'art. 180 s'exprime, en effet, de la sorte : « *Le mariage... NE PEUT ÊTRE ATTAQUÉ QUE PAR les époux, ou par celui des deux époux dont le consentement n'a pas été libre... ou par celui qui a été induit en erreur.* » On ne comprend guère au premier abord comment un texte aussi précis a pu donner lieu à tant de discussions. Le doute ne semble pourtant guère possible. La loi n'accorde l'action en nullité qu'à une seule classe de personnes, aux époux induits en erreur ou dont le consentement n'a pas été libre; donc, puisque sa formule est limitative, puisque nous sommes en présence d'exceptions au droit commun qui ne doivent jamais s'étendre par une analogie, l'action est exclusivement personnelle aux époux.

¹ V. art. 1118.

Cependant, de graves difficultés, qui ont divisé la doctrine, se sont élevées sur ce point. C'est qu'en effet, à côté du texte de notre article, nous avons deux grands principes qui le mettent en échec. Le premier est expressément formulé dans le Code : « Les héritiers, porte l'art. 724, *succèdent à tous les biens, droits et ACTIONS du défunt.* » Le second n'est pas textuellement écrit dans nos lois, mais son autorité n'en est pas moins grande, car il avait été formulé par le droit romain, qu'on a nommé à si juste titre la raison écrite, et il est trop conforme à l'équité pour que nos législateurs l'aient rejeté : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, judicio semel inclusæ, salvæ manent*¹. De là cette double question : 1° Les héritiers peuvent-ils intenter eux-mêmes l'action, lorsque l'époux est mort dans le délai de l'art. 181, sans l'avoir lui-même invoquée ; 2° ne peuvent-ils pas au moins continuer l'action en nullité, lorsque l'époux meurt pendant l'instance ?

1° Ce premier point est, selon nous, beaucoup moins délicat. Nous croyons, en effet, avec la Cour de cassation², avec Marcadé, M. Demolombe et M. Duranton lui-même³, que l'hésitation n'est guère possible en

¹ L. 139, *De regul. juris.*

² Arrêt du 9 janvier 1821.

³ N° 270.

présence du texte absolu et restrictif de l'art. 180. L'art. 724 accorde, il est vrai, aux héritiers toutes les actions qui appartenaient à leur auteur, mais si grande que soit la généralité d'un principe, il n'est jamais sans souffrir de nombreuses exceptions. Ainsi l'art. 1166 dispose que les créanciers peuvent exercer *tous les droits et actions de leurs débiteurs* ; impossible d'employer une formule plus générale ; et cependant, que d'hypothèses où la loi enlève ce droit aux créanciers ! Dans l'espèce même qui nous occupe, n'admet-on pas généralement que les créanciers n'ont aucun droit à l'exercice de l'action en nullité ? Mais, dit-on, les créanciers n'agissent que pour sauvegarder des intérêts pécuniaires, tandis que l'action des héritiers est le plus souvent fondée sur un intérêt moral. Je n'en disconviens pas ; mais les intérêts pécuniaires ne sont-ils pas, eux aussi, fort respectables ; ne méritent-ils pas la protection de la loi, surtout lorsqu'il s'agit des créanciers qui, après tout, ne réclament que ce qui leur est dû, qui combattent, comme on disait en droit romain, *non de lucro captando, sed de damno vitando* ? Si donc, vous leur refusez, et avec raison, l'action dans notre espèce, ce n'est pas que leurs droits ne soient pas dignes de protection, c'est que le silence du texte, sa formule restrictive les excluent de la façon la plus évidente, c'est que vous reconnaissez la vérité

de ce vieux brocard : *specialia generalibus derogant* ; or, si ces arguments sont péremptoires contre les créanciers, ne le sont-ils pas également contre les héritiers ? si ces propositions sont des vérités incontestables pour ceux-ci, comment seraient-ce des erreurs pour ceux-là ? Vainement, enfin, nous opposerait-on l'art. 317 ; en vain, nous dirait-on que l'action en désaveu est bien plus personnelle encore que l'action en nullité, et que cependant, cet article donne aux héritiers du mari le droit de l'invoquer ; nous répondrons qu'en matière d'exceptions — et les nullités sont, nous le savons, des dérogations au droit commun, — les arguments d'analogie n'ont aucune valeur ; nous ajouterons que nous tirons de l'art. 317 lui-même un puissant argument *a contrario*. N'est-il pas évident, en effet, qu'en présence des termes si précis de cet article, le silence de l'art. 180 est mille fois plus significatif ? si la loi avait voulu étendre aux héritiers l'action en nullité, n'aurait-elle pas pris soin de s'en expliquer formellement comme elle l'a fait pour l'action en désaveu ?

2° Mais ne pourront-ils pas, au moins, la continuer si l'instance était déjà engagée à la mort de l'époux ? Cette seconde branche de notre question est, nous l'avouons, beaucoup plus délicate.

La plupart des auteurs qui se sont occupés de cette

controverse, ont adopté l'affirmative¹ ; M. Demolombe, lui-même, après avoir longtemps hésité, finit par se ranger à cette opinion². Pour nous, nos perplexités ne sont pas moins vives. Mais en définitive, précisément à cause de ces doutes eux-mêmes, peut-être pencherions-nous plutôt, avec Marcadé³, vers la négative : la validité est la règle, la nullité l'exception ; en cas de doute, il vaut toujours mieux revenir au droit commun. Cela d'autant mieux qu'il n'est pas impossible de répondre aux arguments du premier système : M. Demolombe se charge lui-même de détruire les plus spécieux. La maxime *Omnes actiones quæ morte, etc.*, fait-il observer avec raison, reposait dans la législation romaine sur des motifs spéciaux, qui n'existent pas dans la nôtre : elle était une conséquence et une suite nécessaire de la novation que produisait la *litis contestatio* ; or, il en est tout autrement, chez nous de la demande en justice : l'action est bien perpétuée par elle en ce sens que la prescription est interrompue, mais son exercice seul est modifié. Quant aux objections que l'on prétend tirer des art. 330 et 957, il n'est pas plus difficile de les réfuter.

Dans les deux espèces qu'ils prévoient, il ne s'a-

¹ V. notamment Durantou, t. II, n° 271. — Duvergier sur Toullier, t. II, n° 644. — Zachariæ, t. IV, § 462 au texte, et note 15, p. 65.

² V. n° 259 *in fine*, t. III.

³ Tome I, n° 643.

git pas, en effet, de deux actions essentiellement personnelles comme la nôtre. L'action en réclamation d'état peut être intentée par les héritiers de l'enfant lorsqu'il est décédé avant l'âge de vingt-six ans (art. 529). Quoi de plus naturel alors qu'elle puisse être continuée par eux? Il en est de même, malgré les obscurités et la forme ambiguë du texte, de l'action en révocation pour cause d'ingratitude; le droit des héritiers du donateur est presque aussi étendu que celui du donateur lui-même; la seule différence, c'est que ceux-ci n'ont jamais plus d'une année à compter du délit, tandis que pour celui-là, le même délai ne court que du jour où il a eu connaissance du fait d'ingratitude. Là encore, l'action est donc bien loin d'être complètement intransmissible, et, par conséquent, il n'est pas surprenant que les héritiers puissent la continuer. On le voit donc, l'analogie n'existe qu'en apparence, et les arguments *a pari*, que l'on prétend tirer d'espèces aussi différentes, n'ont véritablement qu'une assez mince valeur.

Il en est à peu près de même, selon nous du moins, du motif qui a entraîné M. Demolombe. L'art. 180 porte bien, dit-il, que l'époux *trompé sera seul recevable à INTENTER l'action en nullité*; ses héritiers sont donc exclus; mais il ne dit en aucune façon que ceux-ci ne pourront pas CONTINUER *cette action*, une fois mise en

mouvement par l'époux; nous rentrons donc sur ce point sous l'empire de la règle générale que toutes les actions actives et passives passent, sans exception, aux héritiers; par conséquent, le droit de continuer l'instance ne saurait leur être refusé. Il est facile de répondre, par les expressions du texte lui-même, à cet argument quelque peu judaïque. Que dit notre art. 180? *Le mariage NE peut être ATTAQUÉ QUE par les époux*, et ces mots sont deux fois répétés. Eh bien, nous le demandons à M. Demolombe, est-il possible de se servir d'expressions plus générales, plus significatives que celles-ci : « Le mariage *ne pourra être attaqué que par...*? » De bonne foi, est-ce que les héritiers qui continuent l'action de leur auteur *n'attaquent* pas son mariage? serait-ce par hasard pour le consolider qu'ils poursuivent l'instance? Supposons qu'ils obtiennent gain de cause, qu'arrivera-t-il? *Le mariage sera annulé*; prétendront-ils encore *qu'ils ne l'ont pas attaqué*? Ils ne l'oseront pas; car, comme l'a dit avec tant de justesse Marcadé, « *la continuation d'une chose est toujours cette chose, aussi bien que son commencement.* »¹ C'est une vérité un peu naïve, à force d'être vraie, qu'un esprit aussi éminent que M. Demolombe n'aurait pas dû oublier.

¹ Marcadé sur l'art. 180, t. 1, p. 481.

§ 3. *Des fins de non-recevoir que l'on peut opposer à l'action.*
(Art. 181.)

Le mariage a été infecté de l'un des vices que nous avons passés en revue dans notre premier paragraphe. Mais ces vices peuvent disparaître par un fait postérieur au contrat; ils le peuvent, en droit commun, soit par une ratification expresse dont l'art. 1558 énumère les conditions, soit par une ratification tacite; enfin la prescription suffit souvent à elle seule après un laps de temps suffisant pour rendre non recevable l'action en rescision ou en nullité. En est-il de même en matière de mariage? Examinons-le.

1^o RATIFICATION TACITE.

« La ratification tacite résulte, nous dit l'art. 181,
« de la cohabitation continuée pendant six mois de-
« puis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que
« l'erreur a été par lui reconnue. »

Les exigences de la loi sont, on le voit, fort sévères. Le silence des deux époux pendant le délai qu'elle indique ne suffirait pas pour couvrir la nullité. Bien plus, la grossesse de la femme elle-même, arrivée avant l'expiration du laps de temps de six mois, ne la rendrait pas non plus non recevable. Cette grossesse ne prouve même pas, en effet, la cohabitation : elle

peut être le fruit de l'adultère de la femme, et, alors même que la femme n'aurait pas méconnu ses devoirs, cela ne suffirait pas encore, car ce n'est pas une simple cohabitation que la loi exige, mais une cohabitation de six mois.

Certains auteurs critiquent, et selon nous avec raison, la longueur de ce délai. On peut dire, il est vrai, que, « pour qu'un fait postérieur emporte la ratification tacite d'une convention annulable, il faut, en principe, que ce fait soit distinct, indépendant, détaché, pour ainsi dire, de cette convention même ; il faut, en d'autres termes, quelque chose qui ne s'y lie ni de trop près, ni trop immédiatement. » Toutefois, nonobstant ces motifs dont nous ne contestons pas la justesse, il nous semble qu'un délai de six mois est beaucoup trop long ; qu'un mois seulement, deux mois au plus depuis la découverte de l'erreur, auraient amplement suffi.

2^o RATIFICATION EXPRESSE.

La ratification expresse rend-elle l'action en nullité non recevable ? Quelques auteurs ont répondu négativement. Ils se sont fondés sur le silence de l'art. 181 : le texte n'admet, disent-ils, qu'une seule espèce de ratification, celle qui résulte d'une cohabitation de six mois. — D'après un second système que

nous pencherions à adopter, l'art. 181 ne serait au contraire en aucune façon limitatif; on peut donc soutenir, surtout en présence des principes de l'ancien droit, formels en ce sens¹, qu'il n'exclut pas la ratification expresse².

Mais, pour que la ratification expresse couvre l'action en nullité, il faut qu'elle résulte d'un acte spécial et formel; ainsi, bien que nous pensions avec M. Durantou³ « qu'il ne serait pas nécessaire que l'acte portant approbation du mariage remplît les conditions prescrites par l'art. 1558, » nous ne suivons pas jusqu'au bout cet auteur⁴, et, contrairement à son opinion, nous croyons que l'autorisation donnée par le mari à sa femme de contracter ou d'ester en justice n'emporterait pas nécessairement confirmation⁵.

Dernière difficulté sur ce point. L'époux mineur peut-il, aussi bien que le majeur, ratifier son mariage? S'agit-il de la ratification tacite résultant de la cohabitation de six mois, le doute n'est guère possible; le texte de l'art. 181 est, en effet, absolu; il

¹ V. Pothier, n° 509, *Contrat de mariage*.

² V. dans ce sens Demolombe, n° 264; Marcadé, tome I, n° 645.

³ N° 283.

⁴ Même numéro en note.

⁵ Nous reconnaissons du reste, avec M. Demolombe (n° 265), que la ratification pourrait résulter implicitement des termes mêmes de l'autorisation maritale.

ne distingue pas, et *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. La controverse est au contraire plus sérieuse pour la ratification expresse; toutefois, la question nous semble devoir être résolue dans le même sens. On nous oppose deux objections; elles sont, selon nous, facilement réfutables. Et d'abord, le mineur ne peut pas renoncer à une action en nullité; mais, répond avec justesse M. Duranton¹, il faut bien admettre, en présence du texte de l'art. 181, que la renonciation par une cohabitation de six mois est possible; pourquoi donc alors ne pourrait-il pas faire expressément ce que la loi l'autorise à faire tacitement? L'art. 183 est formel, ajoute-t-on, il ne permet à l'époux de ratifier que *depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage*. Les deux hypothèses sont bien différentes, ferons-nous observer avec M. Demolombe²: « il s'agit dans l'art. 181 du consentement personnel de l'époux, et non de celui des ascendants; or, l'époux même mineur est capable de consentir personnellement au mariage; donc il est *a fortiori* capable de ratifier son consentement. »

¹ N° 284.

² N° 267.

5° PRESCRIPTION.

La prescription peut-elle, en matière de mariage, comme dans les autres contrats, couvrir la nullité résultant des vices du consentement? Pour que la controverse ait de l'intérêt, il faut supposer, bien entendu, qu'il n'y a eu ni ratification tacite résultant d'une cohabitation de six mois, ni ratification expresse. Une double question s'élève alors : 1° la nullité du mariage pourra-t-elle toujours être demandée par voie d'action? 2° ne peut-elle pas au moins être opposée par voie d'exception?

a. *La nullité du mariage peut-elle toujours être demandée par voie d'action?*

On compte sur ce point jusqu'à trois opinions. Les uns veulent que l'action en nullité ne puisse jamais être prescrite. Le mariage, disent-ils, est la source de la famille; c'est donc de lui que découlent toutes les questions d'état; par conséquent, celles qui se rattachent à sa validité ou à sa nullité sont également des questions d'état. D'ailleurs, cette idée a été confirmée par la jurisprudence : un arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1859 a décidé que toute demande principale en nullité de mariage devait être jugée en audience solennelle. Or, aux termes

du décret du 30 mars 1808, art. 22, les seules causes qui puissent être jugées ainsi, sauf les prises à partie et les renvois de cassation, sont les questions d'état. S'il en est ainsi, s'il est constant que les actions en nullité de mariage sont des actions d'état, nous nous trouvons en présence des art. 328 et 2226, qui décident, le premier expressément, l'autre implicitement mais d'une manière générale, que les actions d'état sont *imprescriptibles*.

Ces textes ne sont, du reste, pas les seuls qui militent en faveur de ce système, l'art. 181 lui-même nous fournit un puissant argument; il n'admet, nous le savons, qu'un seul mode de ratification tacite : *la cohabitation continuée pendant six mois*. Eh bien, qu'est-ce que la prescription? sur quoi se base-t-elle si ce n'est sur l'abandon présumé d'un droit conféré par la loi? qu'est-ce donc autre chose qu'une ratification tacite d'une espèce particulière? Admettre qu'elle pourra couvrir l'action en nullité, c'est donc violer l'art. 181; c'est donc, contrairement à ses termes, introduire un second mode de ratification tacite que la loi ne reconnaît pas. Enfin, dernière considération, n'est-il pas même illogique de présumer une renonciation à l'action en nullité, c'est-à-dire une ratification du mariage, lorsque l'époux a abandonné le domicile conjugal, et qu'il s'est refusé à toute cohabitation?

n'est-ce pas plutôt une protestation, qui, loin de s'affaiblir parce qu'elle dure plusieurs années, emprunte au contraire à sa prolongation elle-même plus de vivacité et d'énergie? Ces arguments nous paraissent topiques; aussi, bien que ce système ait contre lui la majorité des auteurs¹, nous ne pouvons dissimuler que nos préférences sont pour lui. Nous sommes encore confirmé dans cette opinion par les dissidences qui règnent dans le camp adverse, à propos du point de départ de la prescription.

M. Demolombe² enseigne que l'action en nullité sera prescrite au bout de dix ans. Il se fonde sur l'art. 1504; cet article régit, en effet, fait-il remarquer avec raison, toutes les actions en nullité ou en rescision des conventions, à moins qu'un texte spécial, qui n'existe pas dans notre hypothèse, puisque la loi garde à ce sujet le silence le plus complet, ne fixe un autre délai. D'ailleurs, l'action en nullité de mariage nécessitant un examen des faits, il est sage et raisonnable de la soumettre à une prescription plus courte, parce que, comme le disait fort justement l'ordonnance de 1510 (art. 46), le temps rend toujours une pa-

¹ V. notamment Zachariæ et MM. Aubry et Rau, t. IV, § 462, p. 64. Demolombe, Marcadé et Duranton, se prononcent dans le même sens.

² Tome III, n° 268.

reille appréciation plus difficile et plus incertaine ¹.

Marcadé² et Zachariæ³ pensent, au contraire, que l'action n'est prescrite qu'au bout de trente ans. Ils s'appuient sur la généralité de l'art. 2262; cet article, disent-ils, s'applique, sauf exception formelle, à toutes les actions; pour admettre une dérogation, il nous faudrait un texte spécial. Or, ajoute Marcadé, ce texte n'existe pas; l'art. 1304 est étranger à notre titre; il n'a en vue que les *contrats d'argent*; il appartient donc à un ordre d'idée qui n'a rien à faire ici. Ces arguments nous paraissent bien faibles; prétendre que les art. 1304 et suiv. ne s'appliquent qu'aux contrats d'argent, ce n'est qu'une affirmation dénuée de preuve, et qui par conséquent, ne peut servir de base à un raisonnement sérieux. Si donc nous admettions la prescription de l'action, nous préférierions le système de MM. Valette et Demolombe à celui de Marcadé; mais, comme à nos yeux, suivant l'aveu de M. Demolombe lui-même, l'art. 2262 est aussi étranger à notre matière que l'art. 1304, comme, pour parler plus clairement, l'action dont nous nous occupons n'est pas prescriptible, nous n'avons pas à discuter cette question spéciale.

¹ V. dans le même sens Duranton, t. II, n° 278. — M. Valette sur Proudhon, t. I, p. 455, note a.

² Tome I, n° 646.

³ T. IV, § 462, p. 4 et note 19.

b. *La nullité du mariage peut-elle toujours être opposée par voie d'exception ?*

La solution donnée par nous à la première question rend celle-ci beaucoup moins intéressante. Il est évident, en effet, que si l'on peut toujours, comme nous l'avons pensé, attaquer le mariage par voie d'action, l'on n'aura pas besoin d'une exception perpétuelle. Mais, comme le système que nous avons cru devoir suivre n'est pas admis par la généralité des auteurs, nous examinerons cependant la controverse, comme si nous avions adopté une décision contraire.

Supposons donc que l'action en nullité soit prescrite soit par dix ans, soit par trente ans, et demandons-nous si l'action étant prescriptible, l'époux auquel on viendrait après dix ans, après trente ans, demander l'exécution du mariage, ne pourrait pas au moins opposer l'exception de nullité. La majorité des auteurs répond affirmativement à cette question¹; ils s'appuient sur la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Aucun texte, disent-ils d'abord, ne s'oppose à ce qu'elle soit appliquée aux nullités de mariage. En cela ils ont raison ; car les articles du titre du Mariage ne limitent à une certaine durée que *les demandes en nul-*

¹ V. notamment M. Demolombe, n° 269.

*lité*¹, lorsqu'il s'agit de les *intenter*²; ils ne disent pas un mot des exceptions, et, par conséquent, ils les laissent sous l'empire du droit commun. Jusqu'ici nous sommes donc d'accord avec ces auteurs; mais nous cessons de l'être sur leur point de départ lui-même, et relativement à la maxime *Quæ temporaria, etc.*, qu'ils invoquent pour servir de base à leur système.

Pour notre part, nous croyons que cette maxime admise par les interprètes du droit romain³, pour des raisons spéciales qui n'existent plus aujourd'hui, a été rejetée par les rédacteurs du Code Napoléon. Sans discuter longuement cette question, rappelons seulement les principaux arguments qui militent en faveur de notre opinion. C'est en premier l'art. 1115, qui décide qu'aucun contrat *ne peut plus être attaqué* pour cause de violence, *lorsqu'on a laissé passer le temps de la restitution fixé par la loi*, formule aussi générale que possible, et qui, par conséquent, s'applique aussi bien à l'exception qu'à l'action. C'est ensuite l'art. 1304 lui-même, qui dispose que *toute action en nullité est prescriptible par dix ans*, expressions qui comprennent également l'exception; car le

¹ Chap. IV.

² Art. 183; voyez aussi art. 185.

³ Elle n'est pas formulée dans le Digeste; elle a été déduite par Godofroy d'un texte du Code. (L. 5 *De exceptionibus*)

mot *action*, pris *lato sensu*, s'entend aussi de l'exception. Enfin si l'on prétendait que l'art. 1304 régit exclusivement *les actions*, nous prendrions acte de cet aveu, et nous dirions : Si l'art. 1304 ne s'occupe pas des exceptions, elles ne font pas non plus l'objet d'aucune autre disposition du Code. Eh bien, s'il en est ainsi, si c'est là un point qui n'a pas été réglé par les lois nouvelles, il faut, en vertu de l'art. 7 de la loi de ventôse an XII, se reporter à l'ancienne législation. Or, l'ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1559 est formelle : « On ne pourra plus, dit-elle, après l'âge de trente-cinq ans pour les mineurs, *poursuivre la demande en cassation desdits contrats, tant en demandant qu'en DÉFENDANT* ; » donc l'exception ne peut plus être opposée lorsque l'action ne peut l'être elle-même ; donc la maxime *Quæ temporalia...* n'est plus applicable à notre droit ; donc enfin, pour en revenir à la question spéciale qui nous occupe, en admettant que l'action en nullité de mariage soit prescriptible par dix ou trente ans, l'exception ne pourrait pas non plus être opposée après ce délai.

CHAPITRE VI

NULLITÉS QUI NE SONT PAS PRÉVUES PAR LE CODE NAPOLÉON

QUESTIONS CONTROVERSÉES.

Nous voici arrivé au terme de la longue route que nous nous étions tracée; nous avons successivement passé en revue les différentes nullités spécialement prévues par le Code Napoléon; nous les avons étudiées, chacune à leur tour, sur toutes leurs faces; nous nous sommes efforcé d'en faire ressortir les caractères les plus saillants. Plusieurs points nous restent cependant encore à examiner pour compléter notre étude sur la législation française actuelle. En premier lieu : rappeler les plus remarquables de celles qui étaient sanctionnées par notre ancien droit, et nous demander si elles peuvent être considérées comme étant encore aujourd'hui en vigueur; dire en même temps quelques mots des empêchements purement prohibitifs; discuter ensuite plusieurs questions controversées spéciales, qui, à cause de leur nature, n'ont pu

être examinées par nous dans nos cinq premiers chapitres.

§ 1. *Nullités sanctionnées par l'ancien droit.*

Et d'abord question générale : les nullités prononcées par l'ancien droit sont-elles encore en vigueur aujourd'hui ? en d'autres termes la violation de certains empêchements dirimants sanctionnés par notre ancienne législation peut-elle amener l'annulation du mariage ?

Des difficultés s'élèvent notamment pour les nullités qui résultaient d'alliance spirituelle, de l'honnêteté publique, du rapt, de la séduction, de l'adultère, du meurtre, de la différence de couleur, de la diversité de religion, de l'engagement dans les ordres sacrés, du défaut de consentement du chef de la famille royale au mariage d'un membre de cette famille.

Nous avons déjà parlé de la dernière de ces hypothèses dans nos prolégomènes ; nous avons pensé que cette prohibition, qui résultait dans notre ancienne législation, sinon d'un texte de loi formel du moins d'une jurisprudence constante¹, existait encore aujour-

¹ Un arrêt célèbre du Parlement de Paris, du mois de septembre 1634, cassa le mariage du duc d'Orléans avec une princesse de Lorraine, parce qu'il avait été contracté sans l'autorisation du roi. La jurispru-

d'hui, notamment qu'elle avait été maintenue, ou, si l'on veut, remise en vigueur sous le régime actuel, par le sénatus-consulte des 7-10 novembre 1852; nous avons encore dit que le mariage était alors, non pas seulement annulable, mais nul de droit, que, par conséquent, il n'y avait même pas besoin, pour que la nullité fût admise, d'un texte spécial qui la prononçât expressément.

Malgré les dissidences de quelques auteurs, il nous est impossible de ne pas maintenir notre opinion; car, outre les principes que nous venons de rappeler, nous pouvons encore citer en faveur de cette doctrine un sénatus-consulte du 28 floréal an XII, et le décret impérial du 30 mars 1806, qui décident *que les unions contractées à tout âge par les princes ou les princesses de la famille impériale sont NULLES et de NUL EFFET DE PLEIN DROIT, SANS QU'IL SOIT BESOIN DE JUGEMENTS, toutes les fois que l'empereur n'aura pas donné son consentement exprès au mariage contracté*. Ces dispositions n'ont pas, il est vrai, été reproduites expressément par la Constitution du 14 janvier 1852; mais, selon nous, le sénatus-consulte des 7-10 novembre 1852 nous paraît s'y référer¹. D'ailleurs, ce qui

dence fut depuis unanime dans ce sens. (V. le traité de Delaunoi, cité par Pothier, *Regia in matrimonia potestas*.)

¹ Un statut impérial du 21 juin 1855, dont nous ne connaissons pas les

ne saurait être contesté, c'est qu'elles n'ont pas été abrogées, et que par conséquent, elles sont encore en vigueur ; car, comme l'a fait observer fort justement M. Félix Berriat Saint-Prix¹, aujourd'hui que le pouvoir législatif est permanent, le non-usage des lois ne leur enlève aucune valeur, aucune autorité ; la désuétude de la pratique ne produit aucun effet en théorie ; pour abroger un texte législatif, il faut nécessairement un texte législatif contraire².

Quant à l'empêchement résultant des vœux monastiques ou de l'engagement dans les ordres sacrés, nous nous occuperons tout à l'heure fort longuement de cette importante question.

Pour le moment, nous voulons seulement examiner d'une façon générale, si les autres empêchements que nous venons d'énumérer pourraient encore aujourd'hui donner ouverture à l'action en nullité.

termes en écrivant ces lignes, fait cesser tout doute à cet égard. Il déclare expressément « NULS DE PLEIN DROIT, les mariages contractés par les membres de la famille impériale (art. 4) et même de la famille particulière de l'empereur (art. 37), sans le consentement formel de l'empereur. (Bulletin des lois de 1855, tome I, p. 1244.)

¹ V. *Commentaire sur la Charte*, p. 123.

² La Cour de cassation vient de sanctionner de nouveau ce principe (Arrêt de la Chambre criminelle du 20 avril 1866). Elle a décidé que la loi du 18 octobre 1814, qui défendait les travaux extérieurs les dimanches et jours fériés, était encore aujourd'hui obligatoire, bien qu'elle n'eût pas été depuis longtemps appliquée. (V. le *Droit*, du 21 avril 1866.)

Non, répondrons-nous sans hésiter ; car toutes les anciennes lois, excepté dans les matières non réglées par la législation actuelle, ont été abrogées par le Code Napoléon¹ ; non, car parmi ces prohibitions, plusieurs sont en désaccord avec les mœurs et les habitudes contemporaines, en désaccord surtout avec les idées qui règnent de nos jours, — l'empêchement qui résultait de la différence des couleurs, par exemple ; — d'autres sont contraire aux principes de 1789, formellement sanctionnés et garantis par la Constitution du 14 janvier 1852 (art. 1^{er}) : — la nullité qui résultait des fiançailles ou de l'alliance spirituelle, par exemple, qui blesserait le grand principe de la liberté de conscience ; — non, car en matière de mariage, comme nous l'avons tant de fois répété, la validité est la règle, et la nullité l'exception ; — on, enfin, car comme le dit avec tant de raison M. Demolombe², « car le Code civil a consacré un chapitre spécial aux demandes en nullité ; il a déterminé les causes sur lesquelles elles pourraient être fondées, les personnes qui auraient le droit de les former, le temps pendant lequel elles pourraient être intentées, etc. ; il a donc, à cet égard, voulu tout régler, tout

¹ Art. 7 de la loi de ventôse an XII.

² N° 555.

prévoir, et ses dispositions doivent être considérées comme restrictives. » Ainsi, en règle générale, on ne pourra fonder une demande en nullité de mariage sur aucun des empêchements dirimants de l'ancien droit, à moins qu'il n'ait été formellement reproduit par la législation aujourd'hui en vigueur. Partant de ce principe, selon nous incontestable, que toute nullité doit procéder expressément de la loi (art. 902, 1123, 1134 du Code Napoléon, 1030 du Code de procédure), nous donnerions la même décision : 1° Pour l'empêchement que prononce l'art. 228 contre la femme veuve ; 2° pour les empêchements résultant de l'art. 348 en matière de parenté adoptive¹ ; 3° pour ceux que prononçaient, avant l'abolition du divorce par la loi de 1816, les art. 295 et 296 ; 4° pour celui prononcé par l'art. 25 ; 5° enfin, nous l'avons établi précédemment², pour le défaut d'actes respectueux et de publications, et pour l'absence des autres formalités de la célébration qui ne sont pas essentielles. — Tous ces empêchements sont à nos yeux purement prohibitifs.

¹ Nous en avons déjà dit quelques mots dans notre chapitre II.

² V. notre chapitre IV.

§ 2. *Questions controversées.*

1° Vœux monastiques et engagement dans les ordres.

Attachons-nous d'abord à la plus délicate peut-être de toutes les controverses que nous ayons à décider ; nous voulons parler de l'empêchement qui résulterait de l'engagement dans les ordres sacrés et des vœux monastiques. Elle est grave surtout, parce que trop souvent on a voulu en faire, à tort, selon nous, une question purement religieuse¹ ; et que, sur ce terrain si inflammable, les interprètes, se passionnant, soit dans un sens, soit dans un autre, n'ont pas su conserver le calme qui convient si bien aux discussions juridiques. — Ce n'est pas que nous voulions écarter ici toute considération de ce genre ; nous ne sommes pas de cette école qui, sous prétexte de faire respecter davantage les religions, veut les bannir complètement de la vie civile et de toutes les actions humaines, pour les reléguer dans des sphères tellement élevées qu'elles deviennent inaccessibles. Pour parler plus clairement, la séparation complète de l'Église et de l'État nous paraît être une utopie ou plutôt un piège fort habile, qui cache le se-

¹ V. notamment Marcadé. Il s'est laissé aller, à son insu, à la considérer comme telle.

cret désir d'absorber celle-là au profit de celui-ci¹; mais, si vives que soient nos sympathies pour certaines idées, si profondes que soient nos convictions, elles ne doivent pas, croyons-nous, nous faire perdre de vue que nous sommes ici en présence non pas d'une question de théologie, mais d'une question de droit.

Quoi qu'il en soit de ces considérations, demandons-nous si les vœux monastiques et l'engagement dans les ordres sacrés forment encore aujourd'hui un empêchement au mariage, et si cet empêchement, à supposer qu'il existe, donne ouverture à une action en nullité.

Quant aux vœux monastiques, la question n'est nullement controversée; du moins, il n'est, à notre connaissance, aucun auteur qui ait soutenu qu'ils formaient, d'une façon absolue et générale, un empêchement dirimant, et même un simple empêchement prohibitif. Nous avons, en effet, sur ce point, des textes formels : la loi des 13-19 février 1790 d'abord ; puis celle du 18 août 1792 ; la première prohibait en

¹ Nous entendons parler ici, qu'on ne se méprenne pas sur notre pensée, de la séparation complète de l'Église et de l'État, telle que la rêvent certains écrivains de nos jours, et non de la séparation du pouvoir civil et du pouvoir religieux qui existe en France depuis 1789. Non-seulement nos critiques n'atteignent pas celle-là, mais nous l'approuvons de toutes nos forces.

France les vœux monastiques ou plutôt leur refusait toute valeur au point de vue civil; la seconde supprimait toutes les communautés religieuses. Ces lois ont été modifiées, il est vrai, pour les communautés hospitalières de femmes; un décret du 18 février 1809 reconnaît la validité des vœux prononcés par les religieuses de ces communautés, pour un laps de temps qui n'excéderait pas *cinq ans*¹. Les dispositions législatives de la période révolutionnaire ne s'appliquent donc plus à cette classe de communautés; peut-être même irions-nous jusqu'à décider avec M. Demolombe² et Zachariæ³, que cet engagement qui, aux termes de l'art. 8 du décret est contracté en présence de l'officier de l'état civil — à la différence de celui du prêtre catholique dans l'ordination, nous le verrons tout à l'heure, — forme un empêchement prohibitif temporaire; la célébration civile pourrait donc, mais pendant ce délai de cinq ans seulement, être refusée aux religieuses de ces établissements. Il en est tout autrement des communautés d'hommes, et même des communautés ou congrégations de femmes, qui ne rentrent pas dans

¹ La loi du 24 mai 1825 ne s'occupe en aucune manière de la question des vœux.

² T. III, n° 132.

³ MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, § 464 et note 24, p. 88.

les termes de l'art. 1^{er} du décret de 1809; elles restent sous l'empire des lois de 1790 et 1792. Les vœux qui y sont prononcés n'ont aucune valeur au point de vue civil; et, par conséquent, ils ne forment ni un empêchement dirimant, ni même un empêchement simplement prohibitif.

En est-il de même de l'engagement dans les ordres sacrés¹? Trois opinions sont en présence sur ce point; nous allons les passer successivement en revue pour éclairer autant qu'il est en nous ce grand débat.

1^{er} *Système*. Quelques auteurs plus absolus, mais aussi plus logiques que les autres, voient dans l'engagement dans les ordres sacrés un empêchement dirimant; ce système, qui a été développé pour la première fois par Loiseau², a été défendu tout récemment avec un rare talent par un des plus brillants représentants du jeune barreau parisien et sanctionné par un jugement de la 1^{re} chambre du tribunal civil de la Seine³. Et d'abord on s'appuie sur la loi du 18 germinal an X, organique du concordat. Cette loi s'exprime en effet ainsi: « *Les cas d'abus*, porte

¹ V. ce que nous avons dit dans notre première et notre seconde partie, p. 54 et suiv. et 168 et suiv., sur l'origine et les caractères de cet empêchement.

² *Traité des enfants naturels*, p. 272 et suiv.

³ V. le *Droit* du 26 janvier 1865. Le jugement est du 25 janvier. — M. Aubépin, subst. Conclusions conformes.

l'art. 6, *sont l'INFRACTION DES RÈGLES consacrées par LES CANONS REÇUS EN FRANCE; les évêques, dit l'art. 26, ne peuvent ordonner aucun ecclésiastique, s'il ne RÉUNIT LES QUALITÉS REQUISES par les canons reçus en France.* D'un autre côté, il est certain que, *d'après les anciens canons reçus en France*, non-seulement le mariage était défendu aux prêtres, mais l'engagement dans les ordres sacrés, depuis les conciles de Latran (1123 et 1139) et surtout depuis le concile de Trente (1545, 24^e session) formait un empêchement dirimant dont la violation entraînait la nullité du mariage¹. Or, ajoute-t-on, en faisant de leur infraction un cas d'abus, le décret organique de germinal a rendu ces canons civilement obligatoires; il les a, pour ainsi dire, transformés en lois civiles; vous devez donc obéir à leurs prescriptions comme à celles du Code Napoléon; ils ont la même force légale; ils doivent produire les mêmes effets; par conséquent, puisqu'ils prononcent la nullité absolue du mariage, vous devez la prononcer avec eux, comme si elle était formellement écrite au titre du Mariage.

On cite enfin ces mots d'un orateur dans son rapport au Corps législatif; ils sont significatifs : « Quelques personnes, dit-il, se plaindront peut-être de ce que *l'on n'a pas conservé le mariage des prêtres...* Mais

¹ V. notre deuxième partie, chapitre premier, p. 168 et suiv.

quand on admet ou que l'on conserve une religion, il faut la régir *d'après ses principes*. »

2^e *Système*.! D'autres jurisconsultes, et ceux-ci beaucoup plus nombreux que les premiers, n'ont pas osé aller aussi loin. Suivant eux, l'engagement dans les ordres sacrés ne serait plus comme dans l'ancien droit un empêchement dirimant, mais il formerait encore un empêchement prohibitif. Ce système est celui qui tend à prévaloir en jurisprudence¹. Il a été sanctionné par deux arrêts de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, le premier du 21 février 1833², le second du 23 février 1841. Il est aussi enseigné par Duranton, Zachariæ³ et enfin Marcadé⁴. Il s'appuie d'abord sur les art. 6 et 8 de la loi du 18 germinal an X, mais à tort selon nous; car, si l'on prétend qu'en vertu de ces textes, les canons reçus en France sont civilement obligatoires, il faut admettre toute entière la conséquence de cette interprétation, décider, en un mot, comme le faisait l'ancien droit, et comme le veut le premier système, que nous

¹ V. notamment les arrêts de la Cour de Paris du 14 janvier 1832 de la Cour de Limoges du 17 janvier 1846, de la Cour d'Alger du 11 décembre 1851.

² Rendu contrairement aux conclusions de M. le procureur général Dupin, *Affaire Dumonteil*.

³ T. IV, § 464. P. 85 et suiv.

⁴ Nos 564, 565 et 566.

sommés en présence d'un empêchement dirimant ! Un argument plus spécieux est celui que fournit l'art. 1134 : « Les conventions légalement formées *tiennent lieu de loi* à ceux qui les ont faites, » porte cet article. Or, le candidat au sacerdoce a pris, avant de recevoir le premier des ordres majeurs, le sous-diaconat, l'engagement de ne jamais contracter mariage. Ce serment solennel, il l'a prêté en présence de son évêque. Et, l'évêque, en même temps qu'il est aux yeux du jeune lévite le représentant de Dieu, n'est-il pas aussi celui de la société civile ? A tort ou à raison, en effet, les évêques sont encore aujourd'hui jusqu'à un certain point des fonctionnaires publics ; ils sont rétribués par l'État ; ils jouissent de divers privilèges ; les décrets du premier empire leur assignent un rang hiérarchique à côté des autres autorités constituées ; de par la loi elle-même, ils sont donc, dans la sphère de leurs attributions, les représentants de la société civile ; l'État leur a donné mandat de recevoir certains actes ; ceux qu'ils reçoivent en cette qualité ont donc la même valeur, la même force légale que s'ils l'avaient été par un magistrat de l'ordre civil ou administratif.

Enfin, et c'est ici que les arguments du second système sont sans réplique, quelle gravité n'ont pas les inconvénients qu'entraîne le mariage des prêtres !

Au point de vue purement politique et social d'abord, si vous ne tenez pas la main au célibat ecclésiastique, si vous permettez aux ministres de l'Église catholique de renier à leur gré les engagements qu'ils ont pris, vous allez ouvrir la porte aux spéculations les plus honteuses, et donner une prime à l'hypocrisie. En temps de guerre, par exemple, — et ce danger avait vivement frappé le gouvernement du premier empire, — vous verrez une foule de jeunes gens, pour échapper au service militaire, prétexter une vocation qu'ils n'ont pas. Non-seulement cela peut devenir dans certaines circonstances un péril pour la chose publique; mais, ce qui est plus grave, les conséquences morales seront terribles. Que produiront, en effet, ces vocations intéressées? Presque toujours des ministres indignes du sacerdoce, c'est-à-dire la déconsidération du clergé; alors qu'il importe tant, abstraction faite de toutes préoccupations religieuses, qu'il soit respecté comme tout ce qui représente le principe de l'autorité! Enfin le mariage d'un prêtre inquiétera les consciences, il excitera les attaques de ceux qui ne partagent pas les croyances catholiques; et c'est l'État, dont un des devoirs les plus impérieux est de protéger tous les cultes, mais qui après tout doit principalement faire respecter *dans ses actes extérieurs* celui qui est professé par la majorité des

Français, c'est lui qui donnerait des armes aux adversaires du catholicisme ; c'est lui qui obligerait ses agents — les tribunaux ou les officiers de l'état civil — à devenir les complices de la violation des préceptes les plus sacrés de cette religion ! Non, cela n'est pas possible ; l'Église aurait le droit de venir dire à l'État, le Concordat à la main : « Vous m'avez promis la vie. J'ai acheté cette promesse au prix de durs sacrifices¹. Ne m'arrachez pas une à une toutes les conditions de l'existence. »

3^e *Système*. Nous arrivons enfin au troisième système : il a été soutenu avec éclat par MM. Valette² et Demolombe ; et tandis que le second a pour lui depuis quelques années une jurisprudence presque constante³, c'est celui que nous allons développer maintenant qui tend à prévaloir en doctrine⁴. Et d'abord, fait-on observer, l'engagement dans les

¹ M. Thiers, dans son *Histoire du Consulat et de l'Empire*, fait ressortir combien furent grandes les concessions que Pie VII fit au premier consul (t. III, liv. XII).

² V. *Notes sur Proudhon*, T. I, p. 415.

³ V. cependant en sens contraire un jugement du tribunal de Périgueux, rendu après partage, du 31 juillet 1862 (*Droit* du 9 août). Avant 1830, plusieurs tribunaux de première instance avaient décidé dans le même sens. Sainte-Menehould, 18 août 1827 ; Nancy, 25 avril 1828 ; Cambrai, 7 mai 1828. Citons enfin un jugement d'Issoudun, du 27 octobre 1831.

⁴ V. en effet dans le même sens Toullier, I, 560. Merlin, Répertoire, *Mariage*. Berriat Saint-Prix, *Notes sur le Code civil*, n° 801. Devilleneuve.

ordres sacrés formait, il est vrai, dans l'ancien droit¹, un empêchement dirimant au mariage; mais ces principes ne survécurent pas aux lois de la période révolutionnaire; on ne peut donc tirer aucun argument de la législation qui a précédé 1789.

Les lois de 1790 et 1793 ont-elles été abrogées sur le point qui nous occupe? Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait un texte formel. Or, que trouvons-nous dans le Code Napoléon? Silence le plus complet à cet égard; et à lui seul ce silence est, d'après nous, fort significatif. Nous l'avons en effet établi précédemment, non-seulement il n'y a pas de nullités virtuelles, mais le chapitre IV est restrictif. D'ailleurs, ce texte dont l'existence serait indispensable pour faire revivre l'ancien droit, n'existe même pas non plus dans les autres parties de notre législation. La loi organique du 18 germinal an X, qu'oppose le premier système, n'a pas, selon nous, le sens que lui prêtent les partisans de cette doctrine. Comment! parce que parmi les cas d'abus, elle a mis « *l'infraction aux règles consacrées par les canons reçus en France,* » ces auteurs prétendent qu'elle a entendu faire revivre la prohibition du mariage des prêtres; parce que c'était là une règle sanctionnée par les canons reçus autrefois en France, ils

¹ V. notre deuxième partie, chapitre premier, p. 172.

disent qu'elle a de nouveau rendu cette règle *civilement obligatoire* ; mais alors, on devrait nécessairement donner une décision identique pour tous les anciens canons reçus en France. La disposition de la loi de germinal est générale, elle ne fait aucune distinction. Il faudrait par conséquent déclarer nul le mariage qu'un fiancé aurait contracté avec les parents en ligne directe de sa fiancée ; il faudrait aussi prononcer la nullité pour rapt de séduction, pour diversité de couleurs, pour la parenté jusqu'au quatrième degré, etc. Les canons reçus en France voyaient en effet *dans toutes ces circonstances autant d'empêchements dirimants*¹. Si ces conséquences sont inadmissibles, comment le principe dont elles découlent et sur lequel s'appuie la première opinion pourrait-il être vrai ?

Les arguments du second système sont encore plus faciles à détruire, car, en n'osant pas aller aussi loin

¹ On a cherché à répondre à cette objection en disant que les prescriptions du droit canonique auxquelles nous faisons allusion avaient été abrogées par des articles de loi spéciaux, et qu'ainsi il n'y avait à craindre aucune résurrection de l'ancien ordre de choses. Cela est vrai pour certains empêchements — notamment pour la prohibition du mariage jusqu'au quatrième degré, — mais, pour certains autres, la réponse cesse d'être exacte : les empêchements résultant des fiançailles, par exemple, n'ont été abrogés par aucun texte formel ; il faudrait donc dire, si l'on admettait comme vraie l'interprétation de la loi de germinal que nous repoussons, qu'ils sont encore en vigueur ! Que penser d'un système qui aboutit à de pareils résultats !

que le précédent, il a le tort d'être moins logique. Le premier s'appuie au moins sur une base certaine : il invoque l'ancien droit, il prétend que la loi de germinal a sanctionné ses principes ; le second au contraire innove complètement ; ce qu'il enseigne n'est ni la doctrine de l'Église, ni celle de notre ancienne législation¹. Les partisans de cette doctrine n'ont guère qu'un argument vraiment juridique, c'est celui qu'ils tirent de l'art. 1154. Il ne laisse pas que d'être assez spécieux ; cependant, en y réfléchissant sérieusement, on ne tarde pas à se convaincre qu'il n'est pas topique. *Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*, dit-on ; or le prêtre catholique s'est engagé envers l'évêque qui représente à la fois et l'Église et l'État, à ne pas contracter mariage ; donc, de par l'art. 1154, il ne peut se marier. Voilà bien l'objection dans toute sa force, réduite à ses termes les plus précis. Malheureusement il y a dans cette argumentation un point qu'on ne parvient pas à établir, c'est que le serment ou, pour être plus exact, *le vœu* fait par le prêtre catholique soit un *engagement civil* ; aux yeux du candidat au sacerdoce, l'évêque dans l'ordination n'est

¹ Une novelle de Justinien, citée par nous dans notre première partie, fit pendant quelque temps de l'engagement dans les ordres sacrés un empêchement prohibitif ; mais l'influence, de jour en jour plus grande, que l'Église exerçait sur les esprits, finit par amener l'abrogation de cette législation, même dans les pays régis par le droit romain.

au contraire, en aucune façon, — cela ne nous paraît pas contestable, — le représentant de l'État; c'est celui de l'Église, c'est celui de Dieu. Demandez à ces jeunes lévites qui jurent devant les autels de garder un célibat perpétuel s'ils entendent s'engager civilement — et cela est important, car, en matière de contrat, il faut rechercher avant tout l'intention des contractants, — tous, ils vous diront qu'ils ne veulent prendre qu'un engagement purement spirituel. Eh bien, s'il en est ainsi, comment la sanction pourrait-elle être civile? comment l'État aurait-il le droit d'intervenir dans des questions qui sont exclusivement du domaine de la conscience?

L'évêque, dit-on encore, est investi de différents honneurs, il a un rang parmi les autorités constituées. Qu'est-ce que cela prouve? Une seule chose; que l'État considère comme un devoir social d'honorer les représentants les plus élevés de la religion professée par la majorité des Français. S'ensuit-il que les évêques soient, à proprement parler, des fonctionnaires publics? En aucune façon; ils seraient les premiers à refuser ce titre. Mais, poursuit-on, les prêtres jouissent aussi de certaines immunités¹. Ce n'est encore là, répondrons-nous,

¹ Ils sont, en effet, nous le savons, affranchis du service militaire et de celui de la garde nationale. Loi du 22 mars 1851, art. 12. Loi du

qu'un acte de haute politique; une société ne peut pas subsister sans religion, pas plus qu'une religion ne se comprend sans un sacerdoce. Pour assurer sa perpétuité, il faut nécessairement que ceux qui s'y destinent soient exempts du service militaire; sans quoi ils seraient arrachés aux autels au moment où ils doivent entrer dans les ordres. D'ailleurs, si l'on craint les fraudes sur ce point, quoi de plus facile que d'ajouter à la loi de 1852 quelques dispositions nouvelles qui les rendraient impossibles? bien plus, même avec cette loi, telle qu'elle existe aujourd'hui, n'aurait-on pas le droit d'enlever au prêtre, interdit par l'autorité ecclésiastique, les privilèges qu'il tient du bienfait de la loi?

Enfin, fût-il même civilement obligatoire, vous ne pourriez pas contraindre le prêtre à exécuter son engagement. Lisez l'art. 1142 : les obligations de faire, comme les obligations de ne pas faire se résolvent en dommages-intérêts. Donneriez-vous à l'évêque une action en dommages-intérêts contre le ministre déserteur des autels? Non encore. Nouvel et dernier aveu que le prêtre a contracté une obligation de conscience, qu'il a fait un vœu, mais qu'il n'est pas le moins du

21 mars 1852, art. 14. Loi du 15 juin 1851, art. 8. Ils sont aussi, en certains cas, exemptés de la tutelle. Avis du conseil d'État, des 4-20 novembre 1806.

monde engagé au point de vue civil. — Alors, s'écrie Marcadé, disparaît toute différence avec les vœux prononcés dans les communautés religieuses d'hommes ! Non, dirons-nous ; cette différence qui a été, nous le reconnaissons, sanctionnée par la loi, consiste précisément dans ces privilèges que nous rappelions tout à l'heure, immunités qui n'existent pas en faveur des religieux, s'ils ne sont pas au moins sous-diacres.

Restent les considérations de fait que font valoir les deux premiers systèmes. Certes nous ne méconnaissons pas leur gravité, nous sommes même les premiers à en proclamer la justesse ; il faut que les textes soient bien formels pour que nous admettions une doctrine qui, après tout, quoique la question de droit positive soit seule en jeu, froisse jusqu'à un certain point nos idées les plus chères. Nous aurions voulu, en approfondissant cette question, arriver à nous convaincre que nous nous étions trompé ; nous avons cherché partout un argument légal vraiment sérieux pour asseoir une conviction contraire ; nous n'en avons trouvé nulle part. C'est qu'en effet, non-seulement les textes du droit civil, nous espérons l'avoir démontré, mais les bases mêmes de notre droit public repoussent le système que nous voudrions voir triompher. Depuis 1789, trois grands principes en forment comme les assises, et sont les fondements

sur lesquels repose l'ordre social tout entier : la sécularisation de certains contrats qui étaient autrefois du domaine de l'Église, la séparation du pouvoir civil et du pouvoir religieux, la liberté de conscience ! Ces principes ont été reconnus et admis par tous les gouvernements qui se sont succédé en France depuis la révolution ; ils dominent notre législation ; ils sont expressément sanctionnés par l'art. 1^{er} de la constitution du 14 janvier 1852 qui nous régit. Or, tous les trois ils s'opposent, non-seulement à l'annulation des unions contractées par les prêtres catholiques, mais même à la reconnaissance d'un simple empêchement prohibitif. Qu'était le mariage dans l'ancien droit ? A la fois *contrat civil et sacrement*¹. Qu'est-il aujourd'hui ? *Exclusivement un contrat civil* ; et c'est Marcadé lui-même, le plus ardent partisan du second système, qui développe longuement cette idée à propos de la privation des droits civils², en l'appuyant de nombreux passages tirés des travaux préparatoires. Si donc, au point de vue de la loi, le mariage est exclusivement un contrat civil, à quoi bon nous rappeler les règles du droit canon ? Que devient le principe de la séparation des pouvoirs, si vous prétendez que le bras séculier doit prêter son

¹ V. Pothier, nos 11, 12, 13, 14 et 15, *Traité du contrat de mariage*.

² Nos 177 et 178, t. I.

appui à l'autorité ecclésiastique pour contraindre le prêtre réfractaire à remplir un engagement spirituel ? Et la liberté de conscience surtout, qu'en faites-vous ? que direz-vous à cet homme qui a rejeté les dogmes de l'Église, qui s'est fait protestant, israélite, mahométan peut-être, que lui direz-vous lorsqu'il vous demandera de consacrer légalement son union ? Lui objecterez-vous comme on le faisait dans l'ancien droit¹, que, nonobstant son abjuration, il est toujours prêtre catholique, et que comme tel le mariage lui est interdit ? Mais répondra-t-il avec raison, aux yeux de la loi, avant d'être prêtre je suis Français² ; à ce titre j'ai la pleine jouissance de mes droits ; sur quel texte vous fondez-vous donc pour m'en refuser l'exercice ? pourquoi voulez-vous faire violence à mes convictions ? que vous importent les engagements spirituels que j'ai pu prendre ? est-ce que les choses de la conscience sont de votre domaine ?

Je sais bien qu'un immense scandale va se produire, que la considération du sacerdoce se trouvera compromise ; je le sais, et avec vous je m'en afflige ; mais,

¹ V. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 117.

² Portalis l'a dit lui-même dans l'*Exposé des motifs* de notre titre :
 « On a organisé cette grande idée, qu'il faut souffrir tout ce que la Providence souffre, et que la loi, qui ne peut forcer les opinions religieuses des citoyens, ne doit voir que des Français comme la nature ne voit que des hommes. »

qu'arrivera-t-il si l'autorité civile refuse de passer à la célébration du mariage ? Les tribunaux seront immédiatement saisis de l'affaire, de là un procès dont, comme nous l'avons vu récemment encore, s'emparrera la presse tout entière ; l'apostasie du ministre prévaricateur, au lieu d'être connue de quelques personnes seulement, ira donc troubler les consciences dans le monde entier, et exciter partout les railleries des ennemis du catholicisme ! Enfin, si un scandale est inévitable, si le mariage d'un prêtre catholique est, à quelque point de vue que l'on le considère, — surtout avec l'esprit de scepticisme qui règne de nos jours, — une chose déplorable à tous égards, ce n'est pas à notre système qu'il faut s'en prendre, mais bien à la loi qui est ainsi faite. Demandez donc, si bon vous semble, qu'elle soit modifiée ; si attachés que nous soyons à la liberté de conscience, — du moins, lorsque sans dégénérer en une coupable indifférence que l'État lui-même doit se garder d'avoir, elle consiste en une égale tolérance accordée à tous les cultes, — peut-être joindrons-nous nos sollicitations aux vôtres. Nous croyons, en effet, que l'État ne saurait entourer de trop de protection tout ce qui touche de près ou de loin à la religion ou à ses ministres. Or, comme le catholicisme est encore aujourd'hui, même en fait, professé par la majorité des Français, comme il a, par

conséquent, droit au *libre exercice de son culte extérieur*, personne n'aurait, ce nous semble, à se plaindre, si une loi nouvelle, sanctionnant la jurisprudence qui tend à prévaloir, établissait un empêchement prohibitif, tout au moins pour les prêtres qui n'auraient pas changé de religion ou qui ne voudraient pas renoncer à leur ministère¹. Une pareille dérogation aux principes de notre droit public, si grave qu'elle puisse paraître au premier abord, serait suffisamment justifiée aux yeux de ceux que n'aveuglent pas d'injustes préjugés, par les hautes considérations que nous venons de développer².

2° Mariages contractés à l'étranger (art. 170).

La règle générale pour les actes faits à l'étranger est, on le sait, la suivante. Ils sont valables lorsqu'on

¹ En 1848 et en 1850, deux propositions diamétralement opposées furent faites à l'Assemblée constituante : on demandait une loi qui autorisât formellement le mariage des prêtres ; ces deux propositions furent repoussées à une grande majorité.

² L'engagement dans les ordres sacrés et les vœux solennels prononcés dans une communauté religieuse approuvée forment encore aujourd'hui, dans différentes législations étrangères, un empêchement dirimant au mariage ; il en est ainsi en Espagne, en Portugal, dans le royaume de Wurtemberg, en Autriche (art. 62 et 63), dans le grand-duché de Bade (ordonnance du 16 février 1814, art. 7). Enfin il en était de même également, avant les événements de 1859, dans les différents États qui forment le royaume d'Italie ; mais le mariage n'étant plus considéré maintenant dans le nouveau royaume que comme un contrat civil, l'empêchement a nécessairement disparu.

a observé les formes usitées dans le pays où l'on se trouve : *locus regit actum*. Ce principe, implicitement formulé au titre *des Actes de l'état civil*, est applicable au mariage lui-même. Si donc les conjoints se trouvaient en Italie ou en Espagne au moment de leur union, la célébration devant un prêtre catholique aurait la même valeur que si elle avait eu lieu devant l'officier de l'état civil¹.

Toutefois, l'art. 170 met une condition à cette validité. *Le mariage contracté en pays étranger sera valable, dit-il, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, POURVU qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63 et que le Français n'ait pas*

¹ Remarquons, du reste, qu'en vertu de l'art. 48, dont la disposition est générale, la célébration pourra également avoir lieu devant les agents diplomatiques ou les consuls, et, pour les Français militaires ou employés à la suite de l'armée, devant les majors, intendants et sous-intendants militaires, chargés de remplir les fonctions d'officiers de l'état civil. — Le tribunal de la Seine vient de décider tout récemment — et avec grande raison, selon nous, — que le bénéfice de l'exterritorialité ne s'étendait pas à la célébration du mariage; que, par conséquent, était radicalement nul, nonobstant, les dispositions de l'art. 170, le mariage contracté en France, entre un Français et une étrangère, devant un consul ou un ministre représentant une nation étrangère. Ce jugement est remarquable en ce qu'il pose assez nettement la distinction entre les nullités de droit et les annulabilités: « Attendu, dit-il en terminant, que dans l'espèce, il n'y a pas eu véritablement d'officier public pour dresser l'acte de mariage, que, sans officier civil, sans acte de mariage, *le mariage n'existe pas lui-même aux yeux de la loi*. Par ces motifs, etc. » (Jugement de la première chambre, du 9 janvier 1866). (V. le *Droit*, du 18 janvier 1866.)

*contrevvenu aux dispositions contenues au chapitre 1^{er} du titre du Mariage*¹.

Quelle est la sanction de cette disposition ? Trois opinions principales se sont produites sur ce point.

Dans un premier système qui avait d'abord été adopté par la jurisprudence², et qui est encore enseigné par plusieurs éminents jurisconsultes³, on déclare le mariage toujours annulable. Le texte de l'art. 170, disent les partisans de cette doctrine, est aussi clair et aussi formel que possible. *Le mariage contracté à l'étranger SERA VALABLE, POURVU QU'IL ait été précédé des publications, etc....* ; donc, si les publications n'ont pas été faites ou si l'on n'a pas procédé aux actes respectueux⁴, le mariage sera nul ; car, dire qu'un mariage sera valable si telle ou telle condition est remplie, c'est déclarer implicitement qu'il ne le sera pas, si les parties négligent d'accomplir les for-

¹ Il résulte de la discussion au conseil d'État (V. Loqué, *Législation*, tome IV, p. 351), que cette condition n'est pas imposée au Français qui est établi depuis de longues années en pays étrangers sans avoir conservé d'habitation en France.

² V. notamment arrêt de la Cour de Paris, du 10 décembre 1827, et du 13 avril 1840 ; de la Cour de cassation, du 8 novembre 1824, du 9 mars 1831, du 6 mars 1837, et du 17 août 1841.

³ V. notamment Delvincourt, t. I, p. 68 ; Marcadé, t. I, art. 170, n° 2, page 429 et suiv. ; M. Pascalis.

⁴ La difficulté ne peut s'élever qu'à l'égard des actes respectueux : l'accomplissement des autres conditions auxquelles renvoie l'art. 170 est en effet, en droit commun, exigé à peine de nullité.

malités imposées. A l'égard de la nécessité absolue des publications, nous avons de plus, ajoute-t-on, un argument spécial; l'art. 191 décide, en effet, que « tout mariage qui n'a pas été contracté PUBLIQUEMENT » est entaché d'une nullité absolue. Or, au point de vue légal, la publicité existe-t-elle, lorsqu'un mariage célébré à l'étranger n'a pas été précédé des publications prescrites par les art. 63 et suiv. ? En aucune façon. Pour les mariages contractés en France, les publications ne sont, il est vrai, qu'un des éléments de la publicité, et, d'après l'opinion commune, cet élément n'est pas essentiel. Lorsque la célébration a eu lieu à l'étranger, au contraire, les publications sont *en France* le seul élément de publicité; quand elles n'ont pas été faites, celle-ci disparaît donc complètement, et, par conséquent, l'art. 191 devient applicable. Enfin, considération de fait qui a son importance, la sévérité de la loi, dans notre espèce, est complètement justifiée; ces unions sont le plus souvent contractées par des jeunes gens qui ne passent la frontière que pour braver les justes remontrances de leurs parents ou se soustraire à l'accomplissement des sages formalités exigées par la loi française.

Une seconde opinion, qui a également pour elle des autorités imposantes dans la doctrine¹, veut, au con-

¹ V. notamment M. Félix Berriat Saint-Prix, n° 818.

traire que le mariage soit toujours valide malgré l'absence des publications et des actes respectueux. Ce système part de cette base que, pour pouvoir déclarer nul un contrat quelconque et surtout un mariage, il faut un texte formel. Or, dans notre hypothèse, ce texte n'existe pas. On peut, il est vrai, déduire la nullité de l'art. 170; mais enfin cet article ne la prononce pas expressément; on peut même en tirer un argument *a contrario* des plus puissants; mais si puissants qu'on les suppose d'ailleurs, les arguments de cette nature n'ont, on le sait, qu'une valeur tout à fait relative. Nous avons déjà rencontré plusieurs formules identiques à celle sur laquelle nous discutons en ce moment; et nous avons dit qu'elles n'étaient pas nécessairement irritantes. Les art. 152, 153 et 165 nous en fournissent l'exemple; mais les art. 64 et 228 surtout sont des plus frappants en ce sens. « Le mariage *ne pourra* être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication, » porte le premier. « La femme *ne peut* contracter un nouveau mariage qu'après dix mois, » dit le second; donc, si l'on employait dans cette double hypothèse l'argument *a contrario* que les partisans du premier système prétendent être topique, on devrait déclarer annulable le mariage célébré avant le troisième jour depuis la deuxième

publication et le convol en secondes noces de la veuve avant l'expiration du dixième mois. Or, les auteurs qui défendent la première opinion reconnaissent eux-mêmes que la violation de ces dispositions n'entraîne en aucune façon l'annulabilité du mariage. Citons encore un dernier texte, l'art. 564; il se trouve, il est vrai, complètement en dehors de notre matière, mais il n'en a pas moins une grande portée dans la question parce que nous y rencontrons des expressions tout à fait identiques à celles employées par l'art. 170. « Les pigeons, lapins, etc., qui passent dans un autre colombier, etc., *appartiennent aux propriétaires de ces objets* (c'est-à-dire aux propriétaires des colombiers ou garennes), *pourvu qu'ils n'y aient pas été attirés par fraude et artifice.* » Ici encore, si l'on raisonnait par *a contrario*, on dirait : Les pigeons *appartiennent* au propriétaire du colombier... *pourvu qu'ils n'y aient pas été attirés* par fraude; donc ils ne lui appartiennent pas s'il a employé des moyens frauduleux, et par conséquent la propriété en reste au premier maître; or, ce résultat est inadmissible; tout le monde sait que les animaux sauvages, tous ceux même qui vivent *in laxitate naturali* cessent d'appartenir à leur propriétaire primitif dès qu'ils ont perdu l'esprit de retour; ce principe, formulé pour la première fois par le droit romain, passa dans notre ancienne légis-

lation¹ et fut également adopté par les rédacteurs du Code Napoléon. Le mot *pourvu que*, dont se sert l'art. 564, est donc une simple restriction dont le sens a été indiqué avec autant de netteté que de précision par M. Félix Berriat Saint-Prix dans ses *Notes sur le Code civil*². « Ces expressions signifient, dit-il, que le propriétaire du nouveau colombier doit indemniser le maître de l'ancien du tort qu'il lui a causé en dépeuplant son fonds. » De même, dans notre hypothèse, le mot *pourvu que* signifie simplement qu'outre les formes étrangères, il y a obligation de faire précéder le mariage de publications préalables, et d'observer de plus les dispositions du chapitre I^{er}³.

Mais, objecte-t-on encore au second système, l'art. 170 n'aura pas de sanction. Or, que serait-ce qu'une obligation sans sanction, si ce n'est, comme l'a dit avec tant de bonheur d'expression un poète latin, *telum imbellè sine ictu*⁴?

La sanction, répondrons-nous, ne manquera pas complètement. Ainsi, l'on peut très-bien soutenir que le mariage, tout en étant très-valable, ne produira pas contre les tiers ses effets civils : qu'il n'y aura

¹ V. Pothier, nos 166 à 168, *Traité de la propriété*.

² N° 1999.

³ V. M. Félix Berriat Saint-Prix, *Notes sur le Code civil*, n° 818, appendice.

⁴ Virgile, *Æneid.*, liv. II.

pas, par exemple, d'hypothèque légale en faveur de la femme, ou bien encore que celle-ci sera réputée pouvoir s'engager dans les limites du droit commun ; il ne serait pas juste, en effet, que les tiers souffrissent des conséquences d'un fait qu'ils n'ont pas pu connaître. Du reste, refusât-on même d'admettre ce dernier point, l'interprétation du second système ne devrait pas pour cela être nécessairement rejetée ; il existe en effet dans le Code Napoléon plusieurs dispositions qui ne sont appuyées sur aucune sanction civile. C'est en premier lieu, du moins d'après la majorité des auteurs, l'article qui suit immédiatement celui que nous commentons, l'art. 171¹ ; c'est ensuite la partie des dispositions de l'art. 203 qui est relative à l'éducation. Les enfants n'ont pas en effet d'action pour forcer leurs parents, quelque riches qu'ils soient, à leur faire donner l'instruction, même la plus élémentaire². Il en est de même enfin jusqu'à un certain point des art. 212 et 213, soit pour le secours et l'assistance entre époux, soit pour l'obéissance que la femme *doit* à son mari ; et encore, si nous voulions sortir du

¹ Quelques jurisconsultes enseignent il est vrai, nous le verrons tout à l'heure, que si l'art. 171 n'est pas observé, le mariage ne produira pas d'effets contre les tiers. Mais cette interprétation fournit des armes au second système, car si elle est admise pour l'art. 171, pourquoi ne l'appliquerait-on pas également à l'art. 170 ?

² La question est controversée : on peut soutenir que cette action existerait en faveur des enfants.

titre du Mariage, de la règle posée par l'art. 371 : que *l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses parents*. Nous pourrions multiplier ces citations, mais les exemples que nous venons d'indiquer suffisent pour prouver qu'il y a, dans nos lois comme dans toutes les législations, un assez grand nombre de dispositions qui sont dépourvues de sanction légale.

Reste, il est vrai, l'argument que la première opinion tire de l'art. 191. Celui-là est selon nous beaucoup plus sérieux ; il nous paraît même suffisant pour battre en brèche le second système ; aussi ne serions-nous pas, pour notre compte, disposé à l'adopter, du moins en ce qu'il a de trop absolu. Nous préférons celui que sanctionne la jurisprudence. Cette question s'est, en effet, surtout depuis quelques années, présentée fort souvent devant les tribunaux. Toujours, sous la diversité des expressions dont ils se sont servis, nous retrouvons l'application du même principe. C'est ainsi que dans l'affaire Balmette, qui a si éloquemment inspiré l'un des plus illustres vétérans du barreau de Paris, — M^e Jules Favre, — la Cour de Bordeaux a décidé¹ que, bien que le mariage contracté à Rome entre Jules Balmette et Thérèse Cinotti n'eût pas été précédé des publications prescrites par les art. 163 et 170, il n'é-

¹ Audience solennelle du 17 août 1864.

lait néanmoins pas annulable ; parce que porte, cet arrêt, « l'art. 170, n'en prononçant pas expressément la nullité, laissait par cela même aux juges le droit d'apprécier les circonstances, et de décider *suivant qu'il y aura eu BONNE FOI DES CONTRACTANTS, OU, au contraire, INTENTION DE FRAUDER LA LOI FRANÇAISE* ; que des faits de la cause il apparaissait que les conjoints avaient agi de bonne foi, que, par conséquent, leur mariage était valable¹. » Le tribunal de la Seine a annulé, au contraire, dans une hypothèse identique, le mariage contracté sans publications préalables en France, parce qu'il était constant en fait « que cette absence de publications et la célébration du mariage à l'étranger n'avaient eu lieu qu'en vue de *frauder les dispositions de la loi française*². En somme donc,

¹ V. les débats de cette intéressante affaire dans le *Droit* des 29 juillet, 5, 6, 10, 13 et 26 août 1864. Les conclusions du ministère public étaient dans le sens de l'arrêt de la Cour. — Un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, en date du 19 février 1866, a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Bordeaux, et a de nouveau décidé en principe : 1° Que le mariage contracté en pays étrangers, sans publications préalables, peut être déclaré valable s'il est reconnu que l'omission des formalités prescrites par l'art. 170 n'a pas eu lieu avec l'intention *de faire fraude* à la loi française ; 2° que la question de bonne foi des parties contractantes est du domaine souverain des juges du fait. (V. le *Droit* des 26 et 27 février 1866.)

² Jugement du 21 février 1865 (V. le *Droit* du 26 février). — V. dans le même sens deux jugements tout récents du tribunal de la Seine ; le premier, du 16 décembre 1865 ; le second, du 21 mars 1866. « Attendu, » dit ce dernier jugement, que de la conduite des conjoints il résulte

d'après l'ensemble de ces décisions¹ les tribunaux auront, dans les espèces de ce genre, un grand pouvoir d'appréciation; toutefois ils ne devront pas déclarer le mariage valable s'il a été fait à l'étranger dans le but de *frauder la loi française*. Cette doctrine avait déjà été, chose remarquable, formulée dans l'ancien droit par Pothier, dans des termes presque identiques à ceux dont s'est servie la jurisprudence contemporaine. Pothier proclame, en effet, la validité du mariage contracté par le Français « *qui se trouve avoir sans fraude sa résidence en pays étrangers*; » et plus loin il le déclare nul, au contraire, « *lorsqu'il paraît que c'est en fraude de la loi qu'ils y sont allés*². » Elle a de plus le précieux avantage de laisser aux faits l'influence qu'ils doivent toujours avoir. Enfin on peut faire valoir en sa faveur deux puissants arguments de textes; l'art. 170 d'abord : en ne prononçant formellement ni la validité ni la nullité, n'indique-t-il en effet que la loi a voulu s'en rapporter à l'appréciation des magis-

« qu'ils n'ont eu pour but que *de se soustraire à dessein aux obligations imposées par la loi, et de faire impunément à l'étranger ce qui leur était interdit de faire en France...* » (V. le *Droit*, du 31 décembre 1865, et du 22 mars 1866.) La jurisprudence est donc plus que jamais fixée en ce sens.

¹ Cette jurisprudence, du reste, quoique plus fortement accentuée dans ces derniers temps, n'est cependant pas nouvelle; on cite, en effet, dans le même sens trois arrêts de la Cour de cassation des 25 février 1839, 18 août 1841, 14 juin 1845.

² *Traité du contrat de mariage*, n° 363.

trats? puis, cette interprétation n'est-elle pas fortifiée par les art. 191 et 193 combinés? Le premier permet de faire annuler le mariage, lorsqu'il y a eu absence complète de publicité; le second décide que la sanction se bornera à une amende « lorsque les contraventions à l'art. 165 ne seront pas *jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité.* » Ces articles peuvent, selon nous, être appliqués par analogie à notre hypothèse, car le pouvoir des tribunaux doit être aussi étendu à l'égard des mariages célébrés à l'étranger qu'à l'égard de ceux contractés en France.

— L'art. 171 prescrit encore une autre formalité pour les mariages contractés en pays étrangers; il veut que, dans les trois mois après leur retour en France, l'acte de célébration du mariage soit transcrit sur le registre public des mariages du lieu de leur naissance. De nombreuses controverses se sont élevées, dans la doctrine, sur les conséquences du non-accomplissement de cette formalité; nous n'avons pas à les examiner en détail, car, dans aucun système on ne va jusqu'à la nullité. Notons seulement les principales opinions qui sont en présence. D'après les uns, le mariage ne produirait alors aucun effet civil contre les tiers : ainsi pas d'hypothèque légale, pas d'incapacité de la femme. D'après les autres, le seul effet du non-accomplissement des prescriptions de l'art. 171, c'est qu'il sera plus difficile

aux parties de retrouver la preuve de la célébration de leur mariage, tandis que, dans le cas contraire, ils pourront s'appuyer sur l'extrait de l'acte de célébration, dont notre article exige la transcription. Un des plus savants professeurs de la Faculté de droit de Paris, M. Bufnoir, qui a adopté ce second système, enseigne même, — mais ce point est peut-être plus douteux, — que ces extraits feraient foi jusqu'à inscription de faux, comme ceux des actes de l'état civil dressés en France (art. 45 *a pari*). Enfin quelques auteurs pensent que cet article est complètement dépourvu de sanction, ainsi que cela existe, nous le savons, pour plusieurs autres dispositions du Code.

Les règles que nous venons d'étudier s'appliquent en général à tous les Français établis à l'étranger; néanmoins elles ne regardent pas les militaires; la célébration de leur mariage doit toujours être faite, même à l'étranger, par ceux de leurs officiers qui ont reçu de la loi compétence à cet égard¹. Toutefois, d'après quelques auteurs², leur mariage ne serait pas nécessairement annulable s'il avait été contracté par-devant l'officier étranger, et suivant les formes étrangères. On peut faire remarquer, en effet, que le

¹ V. les art. 94 et suiv. du Code Napoléon.

² V. notamment dans ce sens MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, § 468, p. 109.

Code ne prononce pas la nullité comme conséquence de la violation des formes particulières qu'il prescrit pour les militaires en campagne¹.

5° Mariage de l'interdit judiciaire.

Nous avons déjà dit un mot de cette question dans nos prolégomènes ; mais nous ne fîmes alors que l'indiquer ; il nous faut maintenant la discuter en détail. Quatre opinions principales sont ici en présence.

La première, soutenue par M. Demolombe, enseigne que le mariage contracté par l'interdit pendant un intervalle lucide est valable d'une façon absolue. Ce système s'appuie d'abord sur l'autorité de l'ancien droit. La majorité des auteurs, et parmi eux les plus autorisés reconnaissent, en effet, que le fou, et même l'interdit pouvaient se marier dans les intervalles lu-

¹ Ce fut longtemps une question vivement controversée que celle de savoir si nos consuls ou agents diplomatiques avaient qualité pour procéder à la célébration d'un mariage entre un Français et un étranger. Mais aujourd'hui les auteurs et la jurisprudence, depuis le célèbre arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire Summa-Kippa (10 août 1819), sont à peu près unanimes à décider que nos agents diplomatiques ne sont pas compétents. On se fonde, et avec raison, sur l'art. 48 du Code Napoléon *a contrario* : cet article n'admet en effet leur compétence que pour les actes de l'état civil « des Français ; » or, dans notre espèce, il y a un Français et un *étranger* ; donc les agents diplomatiques n'ont pas qualité pour célébrer un pareil mariage. (V. dans ce sens Duranton, t. II, n° 234 ; Demolombe, t. I, n° 312 ; Marcadé, sur l'art. 170 ; Zachariæ, t. IV, § 468-2° au texte, et note 10, p. 109.)

cides¹ ; Pothier surtout, écho si fidèle de l'ancien droit à l'aurore du droit nouveau, Pothier est formel sur ce point. « Lorsque la folie d'une personne a des intervalles lucides, dit-il ², IL N'EST PAS DOUTEUX QUE LE MARIAGE QU'ELLE CONTRACTERAIT PENDANT CE TEMPS SERAIT VALABLE ; » or, ajoute-t-on, le législateur de 1804 n'a pas expressément innové sur ce point ; donc, il a entendu adopter l'ancienne doctrine. Ceci n'est rien encore. Il est de principe — nous l'avons nous-même plusieurs fois reconnu, — que pour déclarer un mariage annulable, il faut que l'annulation en soit expressément prononcée par un texte formel. Or, aucun texte de ce genre n'existe dans la question qui nous occupe. Les partisans du troisième système opposent, il est vrai, l'art. 146 et l'art. 502. Mais ils ne sont ni l'un ni l'autre applicables. L'art. 146 d'abord : impossible, en effet, de dire *qu'il n'y a pas consentement* ; car, l'interdit est par hypothèse dans un intervalle lucide, et par conséquent il est aussi capable de donner un consentement valable que tout autre individu ; — l'art. 502, qui déclare « NULS DE DROIT TOUS ACTES *passés par l'interdit postérieurement à son interdiction*, » moins encore que le précédent, parce qu'une personne qui se marie *ne passe pas un acte*,

¹ V. notamment dans ce sens Despeisses, t. I, p. 276 : d'Augeard, *Arrêts notables*, t. I, quest. 60, p. 126.

² V. *Contrat de mariage*, n° 92.

et que, d'ailleurs, cet article a seulement en vue les actes qui peuvent valablement être faits aussi bien par le tuteur que par l'interdit lui-même.

En vain, objecterait-on à cette doctrine, comme l'ont fait quelques auteurs, que, si le fou a parfois des intervalles lucides, sa raison est toujours plus ou moins troublée. Cette dernière objection, répond-t-on, et ici avec une grande justesse, est encore moins sérieuse que les autres. C'est, en effet, un point aujourd'hui hors de doute¹ que la folie a ses intermittences et que les personnes qui en sont atteintes recouvrent souvent et pendant des intervalles fort longs la plénitude de leurs facultés; les monomanes ne sont même d'ordinaire — c'est le caractère distinctif de cette triste maladie — fous que sur un seul ordre d'idées²; sur tout le reste, ils sont sages et bien avisés³; souvent ces per-

¹ La science médicale, qui depuis quelque temps a fait à cet égard de si grands progrès, est, croyons-nous, unanime en ce sens. Nous avons, du reste, le témoignage d'une expérience presque quotidienne. (Voir *Dictionnaire de médecine*, en 30 vol., au mot *Monomanie*, t. XX, p. 138 et suiv.; et au mot *Folie*, t. XIII, p. 251 et suiv., et surtout p. 282.)

² V. *Dictionnaire de médecine*, en 30 vol., au mot *Folie*, t. XIII, p. 271.

³ Horace a dit à ce propos, avec son bonheur d'expression ordinaire :

Fuit haud ignobilis Argis
Qui se credebat miros audire tragædos
In vacuo lætus sessor plausorque theatro,
Cætera qui vitæ servabat munia recto
More.

sonnes ont une vive intelligence, parfois même une intelligence trop vive. Bien plus, ce mal terrible frappe avec une sorte de prédilection les imaginations les plus brillantes, les cerveaux les plus richement doués ; et, chose remarquable, il suffit d'ouvrir l'histoire pour se convaincre qu'un grand nombre d'hommes de génie¹ ont été fous par quelque endroit. Quoi qu'il en soit de cette idée, il est certain que la plupart des monomanes et un grand nombre de déments sont plus capables que bien d'autres de donner un consentement libre et éclairé ; pourquoi donc alors leur retirer la faculté de contracter mariage ? Ne sont-ils pas déjà trop cruellement éprouvés pour qu'on ne vienne pas encore rendre leur position plus dure en leur enlevant la possibilité de la soulager² ?

Un second système enseigné par Zachariæ et MM. Aubry et Rau, dans les premières éditions de leur ouvrage, se prononce comme M. Demolombe pour la validité du mariage contracté par l'interdit ; mais il exige certaines conditions qui atténuent les inconvénients que présente parfois la première opinion. Ses partisans veulent que l'interdit ait obtenu l'assen-

¹ On peut citer notamment le Tasse, Pascal, la Fontaine, lord Byron.

² V. dans ce sens un arrêt de la Cour de cassation, Chambre des requêtes, du 12 novembre 1844 ; M. Demolombe, t. III, nos 127 à 129 ; t. VIII, n° 638.

timent des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve placé quant au mariage, c'est-à-dire le consentement de ses ascendants, s'il en a, et celui du conseil de famille lorsque les ascendants sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté¹. Cette doctrine invoque deux arguments principaux. En premier lieu, l'art. 509, dont le texte *assimile l'interdit au mineur* « POUR SA PERSONNE, et ses biens, » et qui décide « que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront aux interdits. » Or, dit-on, le mineur ne peut valablement se marier sans avoir obtenu l'assentiment de ses ascendants ou de ceux qui les remplacent ; donc il en est de même de l'interdit, puisque la loi établit entre eux une assimilation complète. D'ailleurs les motifs qui ont fait établir la nécessité du consentement des ascendants, se rencontrent dans notre hypothèse et avec plus de force encore peut-être ; n'est-ce pas le cas

¹ Dans la troisième édition de l'ouvrage de MM. Zachariæ, Aubry et Rau, ces auteurs, modifiant leur opinion première, adoptent le système de M. Demolombe : ils reconnaissent à l'interdit le droit de contracter mariage sans condition aucune : ils ajoutent seulement que l'interdiction constitue un empêchement prohibitif « en ce sens que l'opposition formée à la célébration du mariage par l'une ou l'autre des personnes désignées aux art. 173 à 175, en raison de l'état de démence du futur époux, doit en général être maintenue, si son interdiction a été prononcée, ou si elle vient à l'être sur la demande formée, à cet effet, par l'opposant. » (V. t. IV, § 464, p. 82 au texte et note 5.)

ou jamais d'appliquer le brocard : *Ubi eadem ratio, idem jus* ¹?

Disons tout de suite que ce système ne nous paraît pas admissible ². L'incapacité de l'interdit est loin, en effet, d'être calquée sur celle du mineur. Et d'abord, — c'est du moins une opinion fort soutenable, — les actes faits par le mineur lui-même, en dehors de sa capacité, ne sont annulables que pour cause de lésion : *Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam læsus* (art. 1505 et suiv.). Les actes de l'interdit au contraire sont *nuls de droit* (art. 502); celui-ci n'aura donc pas besoin de prouver comme le mineur que l'acte consenti par lui le constitue en perte, mais simplement que cet acte a été fait pendant son interdiction. Ce qui du reste est certain, c'est que la tutelle des mineurs et celle des interdits n'est en aucune façon identique : 1° la première est tantôt légitime, tantôt testamentaire, tantôt dative; la seconde toujours dative, — sauf pourtant celle du mari, qui est *de droit* tuteur de sa femme interdite (art. 506). — 2° La durée de la première est illimitée, elle ne finit qu'à la majorité; la loi fixe, au contraire, le maximum de la seconde : après dix ans d'exercice, le tuteur de

¹ V. MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. III, p. 285 (premières éditions).

² Nous avons vu qu'il avait été abandonné par MM. Aubry et Rau, dans la troisième édition de leur ouvrage. (V. t. IV, § 464-1°, note 5.)

de l'interdit peut toujours obtenir sa décharge (art. 508). 3° Enfin l'administration des biens est elle-même différente dans les deux tutelles : le tuteur du mineur doit autant que possible restreindre les dépenses ; celui de l'interdit, au contraire, doit avant tout chercher à accélérer sa guérison (art. 454 comparé avec l'art. 510). On le voit donc, l'analogie entre la position de l'interdit et celle du mineur est bien loin d'être aussi grande que le prétend la seconde opinion. Ce qui le prouve surabondamment, c'est que l'art. 174 permet implicitement de faire interdire un mineur¹. Or, il est évident que si la capacité du mineur et de l'interdit était identique, la loi n'aurait pas permis d'interdire le mineur, la législation française est trop ennemie du formalisme pour autoriser toute une procédure qui eût été complètement inutile.

Un troisième système a rallié à lui de nombreux adhérents : il a entre autres en sa faveur l'autorité de deux jurisconsultes dont nous avons bien souvent adopté les doctrines dans le cours de cette étude, M. Duranton², et M. Félix Berriat Saint-Prix³. Ces

¹ La question de savoir si l'on peut interdire un mineur est, nous le savons, controversée ; mais, pour notre compte, nous croyons que l'affirmative doit être adoptée.

² V. t. II, n° 27-33.

³ T. I, additions, n° 868.

auteurs reconnaissent comme nous que l'interdit ne peut pas valablement se marier; mais, selon eux, le mariage de l'interdit n'est qu'annulable. Ils s'appuient sur les art. 502 et 1304 combinés. L'art. 502, disent-ils, déclare, il est vrai, *nuls de droit* tous les actes faits par l'interdit postérieurement à l'interdiction; mais ces mots *nuls de droit* signifient-ils que la nullité de ces actes n'aura pas besoin d'être demandée en justice? Non, la loi a simplement opposé la capacité du mineur à celle de l'interdit; elle a voulu dire que celui-ci n'aurait pas besoin, comme celui-là, de prouver la lésion, mais seulement son état d'interdiction. La rédaction de l'art. 1304 le démontre de la façon la plus péremptoire. Cet article se réfère évidemment à l'art. 504; or, que décide-t-il? « Que le laps de temps de dix ans pendant lequel pourront être annulés *les actes faits par l'interdit* » ne court que du jour où son interdiction est levée. *Les actes faits par l'interdit*, la loi ne distingue pas; donc *tous les actes* sans distinction, le mariage aussi bien que les autres; donc, en un mot, le mariage est annulable et non pas nul de droit.

D'ailleurs, ajoute-t-on, combien sont puissantes les considérations de fait qui militent en faveur de cette doctrine! Si la loi nous oblige à refuser à l'inter-

dit le droit de se marier; ne faut-il pas limiter le plus possible cette grave restriction au principe de la liberté des conventions? Or, avec le système qui applique au mariage de l'interdit l'art. 1304, l'annulation ne pourra être demandée que pendant un délai assez court, elle sera couverte par certaines fins de non-recevoir; le mariage a donc beaucoup moins de chances d'être annulé; et certes, ce résultat sera souvent fort désirable à tous égards, lorsque les époux auront une longue possession d'état, et surtout lorsqu'il existera des enfants; avec la doctrine de la nullité de droit, au contraire, vous avez un mariage qu'aucune confirmation ne saurait valider, une nullité imprescriptible que le laps de temps le plus long ne couvrira pas. Ces conséquences ne sont-elles pas déplorables?

Nous ne méconnaissions pas la gravité de ces considérations; bien plus, nous voudrions pouvoir, avec le premier système, déclarer valable l'union de l'interdit judiciaire. Malheureusement, d'après notre opinion du moins, les principes s'y opposent; la seule chose qui nous soit possible est donc de demander au législateur d'accorder par un texte formel aux interdits judiciaires le droit de contracter mariage. Nous applaudirions à une pareille modification : non-seulement, en effet, il n'y a aucune bonne

raison, mais il est même injuste et cruel de refuser à ces infortunés l'exercice de ce droit, sauf bien entendu à prendre certaines précautions pour sauvegarder la liberté de leur consentement. Mais, en attendant cette réforme, nous persistons à penser, avec plusieurs auteurs, et notamment avec Marcadé¹; qu'un pareil mariage est nul de droit.

Notre système se fonde tout entier sur la nature de l'interdiction, telle qu'elle a été organisée par les rédacteurs du Code Napoléon. Dans l'ancien droit, il est vrai, sauf quelques opinions divergentes que nous pourrions citer en notre faveur², on accordait à l'interdit la faculté de contracter mariage; mais c'est parce qu'on proclamait valables tous les actes faits pendant les intervalles lucides; l'interdiction était alors suspendue; le législateur de 1804 au contraire a organisé l'interdiction, surtout pour les intervalles lucides. « Le majeur qui est dans un *état habituel* d'imbécillité, de démence ou de fureur, porte l'art. 489, doit être interdit, *même* lorsque cet état *présente des intervalles lucides*. »

« TOUTS LES ACTES *faits par l'interdit*, » dit encore l'art. 502, et par conséquent ceux qui auraient été consentis pendant les intervalles lucides aussi bien

¹ V. t. I, p. 459 et suiv. (5^e édition).

² *Nouveau Denizart*, t. VII, p. 528.

que les autres. Bien plus, l'interdiction n'est à vrai dire nécessaire que pour les intervalles lucides ; car, si le dément n'est pas *mentis compos* au moment où il passe un acte, s'il est dépourvu de raison, cet acte sera nécessairement nul, cela est de toute évidence ; la première condition pour la validité des contrats est en effet le consentement (art. 1108), et un fou n'est pas capable de consentir ; il n'était donc pas besoin de dispositions spéciales pour cette hypothèse ; les principes généraux des contrats suffisaient amplement ; cependant les rédacteurs du Code ont écrit une série d'articles consacrés aux effets de l'interdiction ; c'est précisément parce qu'ils ont eu spécialement en vue les intervalles lucides. L'interdiction n'est donc en définitive que la *présomption d'une incapacité permanente et générale* ; l'interdit est censé n'avoir jamais l'exercice de ses facultés, et par conséquent n'être jamais capable de consentir, de faire un acte quelconque (art. 502). — Que l'on ne dise pas enfin, comme le prétend le premier système, que le mot *actes* dont se sert l'art. 502 ne comprend pas le mariage ; cette objection n'est pas digne de M. Demolombe ; il est impossible au contraire d'imaginer une expression plus générale que ces mots de l'art. 502 : *Tous actes seront nuls* ; ce qui est certain du reste, — on peut s'en convaincre, en s'en référant à l'art. 1504, — c'est

qu'elle comprend les contrats ; et elle ne s'appliquerait pas au plus grave, au plus important d'entre eux !

Ainsi, en vertu de l'art. 502, et des principes que nous venons d'exposer, le mariage contracté par l'interdit est nul, alors même que le consentement a été donné pendant un intervalle lucide. Mais ici le troisième système nous arrête par cette objection qui, au premier abord, paraît sans réplique : avec nous, vous avez reconnu, nous dit-il, que les mots *nuls de droit*, dont se servait l'art. 502, n'y avaient ni la même portée ni le même sens que dans les cas ordinaires ; que de la combinaison de cette disposition avec l'art. 1504 il résultait que les actes faits par l'interdit étaient non pas nuls de droit, mais annulables ; vous venez de dire à l'instant que ce mot *actes* comprenait le mariage, donc le mariage n'est qu'annulable et non pas, comme vous le prétendez, nul de droit. — Oui, répondrons-nous, oui, les mots « *tous les actes* » comprennent le mariage ; oui, l'art. 502 s'applique au mariage comme aux autres contrats ; mais l'art. 502 ne s'occupe en aucune façon de la nature et du caractère de la nullité qu'il édicte ; pour être fixé sur ce point, il faut s'en référer aux textes spéciaux : aux art. 1504 et suivants pour les contrats ordinaires, au titre *du Mariage* pour ce dernier. Consultons donc le chapitre spécial à notre sujet. Nulle part il

ne mentionne l'action en annulation pour cause de démence habituelle; impossible aussi de rattacher même implicitement la nullité à aucun de ses articles; donc puisque les actions de ce genre ne peuvent être invoquées que lorsqu'elles s'appuient sur un texte exprès et que tout est limitatif dans notre matière, il faut nécessairement reconnaître qu'aucune des dispositions du chapitre IV n'autorise à l'intenter.

Sur ce point, nous sommes aussi d'accord avec le premier système; mais s'en suit-il que nous devions adopter ses conclusions? En aucune façon; car, s'il est vrai que pour les demandes en annulation la loi a tout prévu, et que, par conséquent, on doit rejeter une pareille action lorsqu'on ne la trouve pas formellement sanctionnée par un texte spécial, il n'en est pas de même des nullités de droit; le Code ne les organise pas, nous l'avons longuement établi dans nos prolégomènes¹; il suffit de les rattacher au texte unique qui en pose le principe. En définitive, nous avons seulement à établir que le mariage de l'interdit est régi par l'art. 146, et que sa nullité n'est que la conséquence de la règle posée par lui : *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement*. Mais, nous dit-on, comment pouvez-vous appliquer

¹ V. pages 200 et suivantes.

ce principe à notre espèce? L'interdit avait, par hypothèse, la plénitude de ses facultés, par conséquent, il a consenti; il n'y a donc, en aucune façon, absence de consentement, et l'art. 146 n'a rien à faire ici. L'interdit a consenti, cela est possible en fait, répondrons-nous; mais en droit, cela est impossible. Son interdiction l'a en effet placé, nous venons de l'établir à l'instant, sous le coup d'une *présomption générale et permanente d'incapacité*¹, il est censé dénué de raison; aux yeux de la loi, c'est un enfant qui ne comprend ni le sens, ni la portée de ce qu'il dit. Ces conséquences seront souvent bien dures, nous ne le nions pas; elles se trouveront parfois contraires à la vérité, mais enfin, telle nous paraît être la loi. Le *consentement naturel* existe peut-être; mais le *consentement légal*, le *consentement civil* n'existent certainement pas. Et certes le premier ne saurait suffire, car nous envisageons ici le mariage exclusivement au point de vue *civil*, et il s'agit de lui faire produire des effets *civils*.

Avant la promulgation de la loi du 51 mai 1854, le Code Napoléon nous donnait lui-même un exemple frappant de l'application de cette théorie; l'art. 25

¹ Remarquons même que c'est une présomption qui doit être placée parmi celles dont parle l'art. 1352-2°, une présomption *juris de jure*, comme disent les auteurs, qui n'admet pas la preuve contraire.

déclarait, en effet, en termes exprès, « le mort civil incapable de contracter un mariage qui produisît aucun effet civil, » et par conséquent son mariage, si parfaite qu'eût été la célébration, était nul de droit; cependant, en fait, le mort civil était certainement capable de donner au mariage un consentement valable; ici encore le législateur distinguait donc le consentement *naturel* du consentement *légal*; le mort civil perdait la faculté de donner ce dernier : c'est pour cela que son mariage était nul de droit.

Du reste, si nous pensons qu'il en est de même pour l'interdit judiciaire, ce n'est pas que nous voulions tirer un argument d'analogie de l'art. 25; nous savons trop bien que les dispositions prohibitives ne s'étendent pas, même en matière civile par voie d'analogie; nous l'avons cité seulement à titre d'exemple, et pour prouver que la distinction que nous avons cherché à établir entre le consentement naturel et le consentement légal avait été expressément sanctionnée par le législateur.

Il ne nous reste plus maintenant, pour terminer cette longue discussion, qu'à dire quelques mots des travaux préparatoires; ils vont donner, nous le croyons, une dernière consécration à notre système. Dans la première séance du conseil d'État, on proposa un article qui déclarait l'interdit judiciaire incapable

de contracter mariage. Cette disposition devait suivre immédiatement celle qui est seule écrite aujourd'hui dans l'art. 143 : « Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a pas de consentement ; » elle n'y fut pas, il est vrai, insérée, mais pourquoi ? est-ce parce que les rédacteurs du Code ont voulu la rejeter ? En aucune façon ; le procès-verbal des délibérations prouve tout le contraire ; Cambacérès nous donne sur ce point leur véritable pensée : « inutile d'écrire dans le nouveau Code, ces deux dispositions, car elles ne sont, disait-il, que *des conséquences naturelles de la règle générale qui exige le consentement*¹. » Il en fut de même dans la communication officielle faite au tribunal. *L'interdit pour démence est, EN FAIT DE MARIAGE, proposait-on de dire, hors d'état de donner un consentement ALORS MÊME QU'IL AURAIT DES INTERVALLES LUCIDES*² ; par suite de cette proposition, « l'addition » suivante fut adoptée : « L'interdit pour cause de démence ne peut contracter mariage². » Cet article ne passa pas, il est vrai, dans la rédaction définitive, mais pourquoi fut-il rejeté ? Toujours pour les mêmes motifs ; parce que c'était la *conséquence naturelle de la règle qui exigeait le consentement*. Nous persistons donc à le croire, au milieu des obscurités de cette

¹ Fenet, t. IX, p. 8 et 12 ; et Locré, *Législation*, t. IV, p. 512 et 522.

² V. Fenet, t. IX, p. 118.

difficile question, notre doctrine est encore la plus juridique, car elle s'appuie et sur les principes généraux du droit, et sur l'esprit de la loi qui nous est si clairement manifesté par les travaux préparatoires.

THÈSES

DROIT ROMAIN

- I. Le *concubinatus* était, en droit romain, un véritable mariage ; c'était une union reconnue par la loi, et même quelquefois conseillée par elle.
- II. Les expressions *individuum vitæ consuetudinem continens*, employées par Justinien dans ses Instituts pour définir les *justæ nuptiæ*, font allusion à l'égalité de condition qui existait entre les époux et non pas à l'indissolubilité du mariage.
- III. Il y avait à Rome un mariage du droit des gens, distinct des *justæ nuptiæ* et du *concubinatus*.
- IV. La vieillesse constitua pendant un certain temps, en droit romain, un obstacle aux justes noces.
- V. La loi 1^{re} et la loi 6 *De divortiis et repudiis* peuvent être conciliées.

- VI. La loi 16 § 1^{er} *De ritu nuptiarum* n'est pas en harmonie avec la loi 5 du même titre.
 - VII. Le consentement du *paterfamilias* devait nécessairement précéder le mariage.
 - VIII. A l'époque classique du droit romain, le fils de famille ne pouvait jamais être contraint par son père à contracter tel ou tel mariage.
 - IX. Les gouverneurs, préfets et autres représentants du pouvoir central dans les provinces pouvaient épouser les femmes originaires de la province, qu'ils administraient, mais qui n'y étaient pas domiciliées.
 - X. Le mariage en droit romain ne se formait pas *solo consensu*; il fallait une certaine réalisation matérielle; il fallait la possibilité de la vie commune.
 - XI. Le *principium* de la loi 66 au Digeste *De donationibus inter virum et uxorem* n'est pas en désaccord avec le § 1^{er}.
 - XII. Jusqu'au rescrit de Marc-Aurèle, la violation des prohibitions édictées par la loi Julia n'entraînait pas la nullité du mariage.
 - XIII. Les mariages contractés par les quinquagénaires et les sexagénaires, alors qu'ils étaient défendus, n'étaient pas nuls.
 - XIV. Le défaut de consentement du *paterfamilias* entraînait la nullité du mariage.
-

DROIT FRANÇAIS.

CODE NAPOLEON.

- XV. Il y a des mariages nuls de droit et des mariages simplement annulables.
- XVI. L'impuissance ne constitue pas un empêchement dirimant.
- XVII. On peut, au contraire, demander la nullité d'un mariage pour cause d'impuissance, soit accidentelle, soit naturelle, lorsque le conjoint de l'impuissant ignorait cette infirmité au moment du mariage.
- XVIII. L'époux pubère peut demander la nullité du mariage contracté avec un impubère, alors même qu'il aurait eu connaissance du défaut de puberté de celui-ci.
- XIX. Le mariage est défendu entre le grand-oncle et la petite-nièce, la grand'tante et le petit-neveu.
- XX. Aussi bien dans le cas de l'art. 184 du Code Napoléon que dans celui de l'art. 191, les ascendants peuvent agir en annulation sans justifier d'aucun intérêt *né et actuel*.
- XXI. Tous les ascendants peuvent agir *concurrentement*, en cas de bigamie et d'inceste.

- XXII. Le ministère public et les autres intéressés sont recevables à demander la nullité en cas d'absence, lorsque l'époux absent est de retour, et que son conjoint a contracté une nouvelle union.
- XXIII. Le ministère public ne peut pas, comme partie principale, intenter une action pour soutenir la validité du mariage.
- XXIV. Les nullités résultant de la parenté et de l'alliance sont couvertes par l'obtention des dispenses ; mais seulement lorsque celles-ci sont accordées antérieurement à l'introduction de l'instance.
- XXV. Le consentement des bisaïeuls doit être demandé et obtenu aussi bien que celui des aïeuls.
- XXVI. L'action en nullité ne peut être intentée que par ceux qui avaient la jouissance et l'exercice de la puissance paternelle, au moment de la célébration du mariage.
- XXVII. Le tuteur *ad hoc* d'un enfant naturel n'est pas recevable à provoquer la nullité d'un mariage contracté par celui-ci sans son consentement.
- XXVIII. L'enfant naturel, dans la même hypothèse, n'a pas plus de droit que son tuteur.
- XXIX. La ratification expresse dont parle l'art. 185

n'est pas soumise aux formalités prescrites par l'art. 1558.

XXX. La cohabitation des époux, quelque permanente qu'elle ait été, ne leur enlèvera pas le droit de demander la nullité par défaut du consentement des parents, tant qu'elle n'aura pas duré une année.

XXXI. Le défaut absolu de publications n'est pas susceptible, par lui seul, d'entraîner la nullité d'un mariage *célébré en France*.

XXXII. L'incompétence de l'officier de l'état civil n'entraîne pas nécessairement la nullité du mariage.

XXXIII. La possession d'état, fortifiée par la présentation de l'acte de célébration, rend les époux respectivement non recevables à se prévaloir des vices de forme dont la célébration de leur union serait entachée.

XXXIV. On peut demander la nullité du mariage, pour l'erreur sur les *qualités* qui constituent l'état de la personne civile.

XXXV. Une femme peut demander la nullité du mariage qu'elle a contracté par erreur avec un forçat libéré.

XXXVI. Les héritiers de l'époux dont la volonté n'a pas été libre, ou qui a été induit en erreur, n'ont pas le droit d'intenter l'action en nullité.

- XXXVII. Ils ne peuvent pas non plus continuer cette action, alors même qu'elle aurait déjà été intentée par leur auteur.
- XXXVIII. La ratification expresse que l'époux violenté ou induit en erreur aurait donnée à son mariage le rendrait non recevable à en demander l'annulation.
- XXXIX. L'époux mineur peut, aussi bien que le majeur, dans l'hypothèse prévue par l'art. 181, donner valablement une ratification expresse au mariage qu'il aurait contracté.
- XL. L'action résultant de l'art. 180 n'est pas prescriptible.
- XLI. En admettant, au contraire, que cette action soit prescriptible, l'exception n'est plus opposable, dès que l'action ne peut plus l'être.
- XLII. L'engagement dans les ordres sacrés ne forme ni un empêchement dirimant, ni même un empêchement simplement prohibitif.
- XLIII. Le mariage de l'interdit judiciaire est nul de droit, alors même qu'il a été contracté dans un intervalle lucide.

CODE DE PROCÉDURE.

- XLIV. L'art. 885 du Code de procédure ne donne pas aux tribunaux, dans l'hypothèse prévue par l'art. 160, le droit d'annuler la décision du conseil de famille.

DROIT DES GENS.

- XLV. L'omission des publications en France n'entraîne la nullité des mariages contractés à l'étranger par des Français, que lorsqu'elle a été faite dans le but de *frauder la loi française*.
- XLVI. Lorsque les deux futurs époux sont Français, leur mariage peut être valablement célébré aussi bien devant les agents diplomatiques et consuls français que devant les autorités du pays.
- XLVII. Si, au contraire, l'un des futurs est étranger, les autorités locales sont seules compétentes, à l'exclusion de nos agents diplomatiques.
- XLVIII. Est nulle l'union contractée en France entre un Français et un étranger devant un consul ou un ministre représentant une nation étrangère.

DROIT CRIMINEL.

- XLIX. La Cour d'assises, jugeant par contumace, peut déclarer qu'il existe des circonstances atténuantes en faveur de l'accusé.
- L. L'art. 282 du Code pénal, qui prononce la peine de la surveillance, ne s'applique pas

à tous les mendiants, mais seulement à ceux qui sont condamnés en vertu des art. 277 à 281.

LI. Le fait de se faire servir à boire ou à manger dans une auberge ou un café tombe sous le coup de l'art. 401.

LII. Dans le temps où la chasse est ouverte, les propriétaires ou fermiers n'ont pas le droit, sans avoir obtenu *un permis de chasse*, de tirer sur des lapins ou corbeaux, alors même que ceux-ci auraient été classés par arrêté du préfet parmi les animaux nuisibles.

Vu par le Président de la thèse.

P. DE VALROGER.



Vu par l'Inspecteur général,

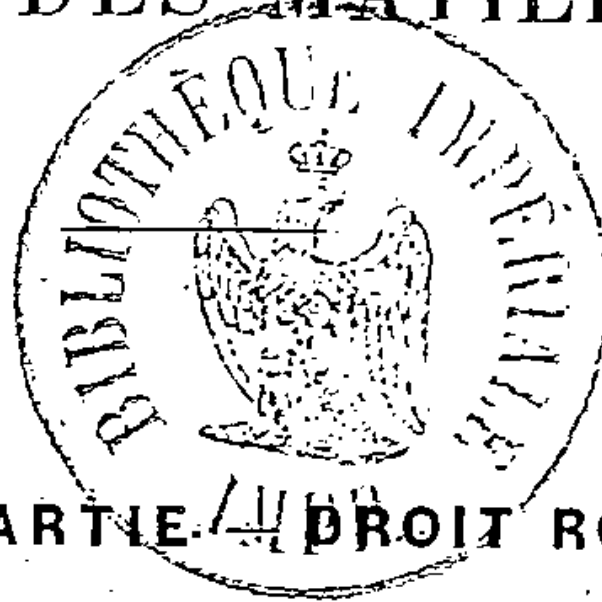
M. C. GIRAUD.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie,

A. MOURIER.

TABLE DES MATIÈRES



PREMIÈRE PARTIE. — DROIT ROMAIN.

PROLÉGOMÈNES.	1
Généralités.	1
I. — Justes noces (<i>justæ nuptiæ</i>).. . . .	4
II. — Concubinatus.	8
III. — Mariage du droit des gens.. . . .	14
IV. — Contubernium.	17
CHAPITRE PREMIER. — DES CONDITIONS DE VALIDITÉ.	20
SECTION I. — Conditions absolues	20
§ 1. Liberté et cité.. . . .	21
1° Liberté.	21
2° Cité.. . . .	22
§ 2. Facultés génératrices.. . . .	23
§ 3. Non-existence d'un premier mariage.	50
1° Disparition des militaires en campagne.	54
2° Captivité de l'un des époux.	56
§ 4. Consentement du père de famille (<i>pater-familias</i>).	57
§ 5. Adultère, délai de viduité, divorce préalable, engagement dans les ordres.	49
1° Adultère.. . . .	49
2° Délai de viduité.. . . .	51
3° Divorce préalable	52
4° Engagement dans les ordres sacrés.. . . .	54
§ 6. Consentement des parties.	56

SECTION II. — Conditions relatives.	60
§ 1. Parenté et alliance adoptives ou naturelles.	61
§ 2. Inégalité de conditions.	70
§ 3. Prohibitions frappant les soldats en campagne.	73
§ 4. Empêchements résultant de la tutelle ou de la curatelle.	74
§ 5. Commandement dans les provinces.	76
§ 6. Rapt et différence de religion.	79
CHAPITRE II. — DE LA FORME DU MARIAGE ROMAIN.	85
— Nécessité d'une tradition.	85
— Cérémonies religieuses.	89
— Cérémonies privées.	93
CHAPITRE III. — DES CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION DES PRESCRIPTIONS LÉGALES.	95
§ 1. Exceptions à la règle générale.	97
1° Prohibitions établies par la loi <i>Julia</i>	98
2° Délai de viduité.	102
3° Mariages contractés par les sexagénaires.	103
4° Engagement dans les ordres sacrés.	104
§ 2. Peines pécuniaires, afflictives ou infamantes.	108
§ 3. Effets de la bonne foi.	112

DEUXIÈME PARTIE. — DROIT COUTUMIER.

PROLÉGOMÈNES.	121
Aperçu historique.	122
Droit pour le prince et l'Église d'établir des empêchements.	136
CHAPITRE PREMIER. — DES EMPÊCHEMENTS DIRIMANTS ET DES CONDITIONS DE VALIDITÉ.	141
SECTION I. — Conditions communes.	141
§ 1. Facultés génératrices, puberté.	141
§ 2. Non-existence d'un premier lien.	145
§ 3. Non-parenté ou affinité civile.	146
§ 4. Nécessité du consentement d'autrui.	152
Consentement des ascendants.	152
Consentement du seigneur.	158
§ 5. Consentement des futurs époux (vices du consentement).	160

TABLE DES MATIÈRES.

445

SECTION II. — Empêchements spéciaux à l'ancien droit.. .	165
§ 1. Affinité spirituelle.	165
§ 2. Empêchements basés sur l'honnêteté publique. . .	166
§ 3. Engagements dans les ordres sacrés. Vœux de re- ligion.	168
§ 4. Empêchements résultant de l'adultère.	175
§ 5. Empêchements résultant du meurtre.	174
§ 6. Empêchements résultant de la diversité de religion..	174
CHAPITRE II. — DE LA FORME DU MARIAGE.. . . .	177
Origine de la célébration du mariage.	178
1° Célébration devant le propre curé.. . . .	185
2° Rédaction d'un acte instrumentaire.	184
CHAPITRE III. — DES NULLITÉS DE MARIAGE ET DES ACTIONS EN CAS- SATION.. . . .	186
SECTION I. — Personnes pouvant invoquer la nullité. . . .	187
§ 1. Parties contractantes.. . . .	190
§ 2. Parents des conjoints.. . . .	192
§ 3. Conjoints du bigame.	194
§ 4. Tiers intéressés.	194
§ 5. Procureurs ou avocats du roi.. . . .	197
SECTION II. — Tribunaux compétents et procédure.. . . .	199
§ 1. Tribunaux compétents.	199
§ 2. Procédure.. . . .	205

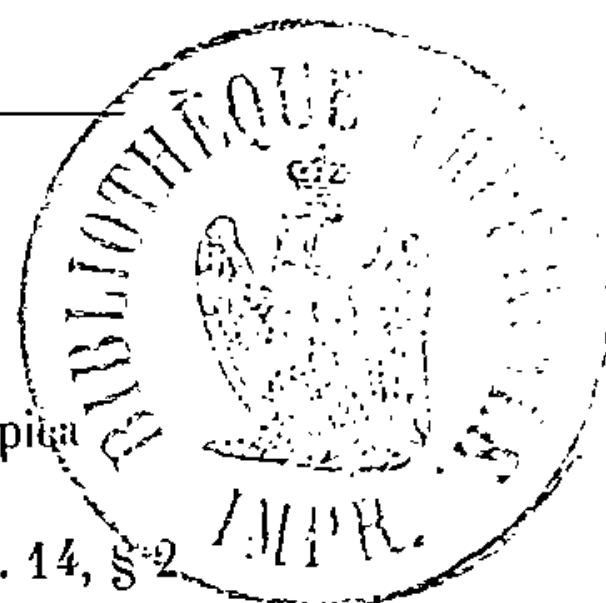
TROISIÈME PARTIE. — CODE NAPOLEON.

PROLÉGOMÈNES.	207
Généralités.	207
Mariages nuls de droit.. . . .	210
1° Absence complète de consentement.	216
2° Identité de sexe	218
3° Absence de célébration légale.. . . .	219
CHAPITRE PREMIER. — DE L'ABSENCE DES FACULTÉS GÉNÉRATRICES.	
DÉFAUT DE PUBERTÉ.. . . .	225
§ 1. Cas où il y a lieu de prononcer la nullité.. . . .	226
§ 2. Personnes pouvant invoquer le défaut de puberté. .	250

§ 5. Fins de non-recevoir.	235
1° Laps de six mois depuis la puberté.	236
2° Conception de la femme avant l'échéance de six mois.. . . .	239
CHAPITRE II. — DE LA BIGAMIE ET DE L'INCESTE.. . . .	245
§ 1. Cas où il y a lieu de prononcer la nullité.. . . .	245
1° Bigamie.. . . .	245
2° Inceste.	247
§ 2. Personnes pouvant invoquer la bigamie et l'inceste.	255
1° Époux.. . . .	256
2° Ascendants.	257
3° Conjoint du bigame.	265
4° Tiers intéressés.. . . .	270
5° Ministère public.	274
§ 3. Fins de non-recevoir.	282
CHAPITRE III. — DU DÉFAUT DE CONSENTEMENT DES PARENTS.	287
§ 1. Cas où il y a lieu de prononcer la nullité pour défaut de consentement des parents.	287
1° A l'égard des enfants légitimes.	290
2° A l'égard des enfants naturels.. . . .	295
§ 2. Personnes pouvant invoquer le défaut de consen- tement.	295
1° Personnes dont le consentement était requis.	295
a. Défaut de consentement des père et mère.	296
b. Défaut de consentement des aïeuls.	296
c. Défaut de consentement du conseil de famille.	300
2° Conjoints qui avaient besoin du consentement d'autrui.	301
§ 3. Fins de non-recevoir.	305
1° Fins de non-recevoir opposables aux ascendants.	305
a. Ratification expresse.	304
b. Ratification tacite.	304
2° Fins de non-recevoir opposables aux époux.	308
a. Ratification des ascendants.	308
b. Ratification de l'époux.	309
CHAPITRE IV. — DE LA CLANDESTINITÉ ET DE L'INCOMPÉTENCE.	315
§ 1. Cas où la nullité peut être prononcée pour clandes- tinité ou incompetence.. . . .	315

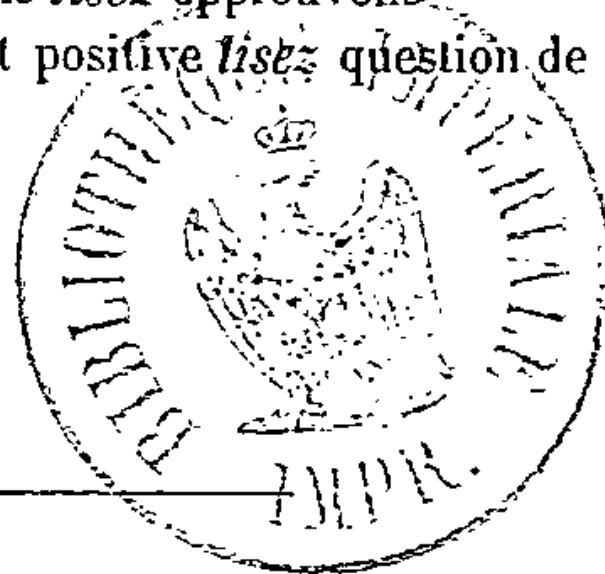
TABLE DES MATIÈRES.	447
§ 2. Personnes pouvant invoquer la clandestinité ou l'incompétence.	328
§ 3. Fins de non-recevoir.	330
CHAPITRE V. — DES VICES DU CONSENTEMENT.	355
§ 1. Cas où il y a lieu de prononcer la nullité pour vices du consentement.	355
1° Défaut de liberté.	356
2° Erreur. (Impuissance. Mariage avec un forçat).	359
3° Dol.	359
§ 2. Personnes pouvant invoquer les vices du consentement.	362
§ 3. Fins de non-recevoir.	369
1° Ratification tacite.	369
2° Ratification expresse.	370
3° Prescription.	375
<i>a.</i> La nullité peut-elle être demandée par voie d'action?.. . . .	375
<i>b.</i> La nullité peut-elle être opposée par voie d'exception?.. . . .	377
CHAPITRE VI. — DES NULLITÉS NON PRÉVUES PAR LE CODE NAPOLEON (CONTROVERSES SPÉCIALES).. . . .	380
§ 1. Nullités sanctionnées par l'ancien droit.. . . .	381
§ 2. Questions controversées.. . . .	385
1° Vœux monastiques. Engagement dans les ordres.	386
Vœux monastiques.. . . .	387
Engagement dans les ordres sacrés.. . . .	389
2° Mariages contractés à l'étranger.	404
3° Mariage de l'interdit judiciaire.. . . .	417

ERRATA



- Page 16. note 1 : Topiqua lisez Topica
- 16, ligne 6 : en lisez ne
- 18, note 2 : L. 4, § 2 lisez L. 14, § 2
- 27, ligne 14 : l'enfant légitime lisez enfant légitime
- 40, — 5 : et nepotem lisez et neptem
- 45, — 9 : est lisez était
- 45, — 9 : familias lisez familias
- 45, — 5 : après loi 12, § 5 ajoutez *De captivis et postliminio*
- 47, — 1 : supprimez le n° 1. La note se trouve à la page précédente sous le n° 2.
- 48, note 4 : L. 8 lisez L. 18
- 50, — 5 : L. 29, § 1^{er} lisez L. 11, § 13, *Ad legem Juliam* (Digeste)
- 56, ligne 17 : supprimez le mot *solus* avant *consensus*
- 62, — 22 : Constantin lisez Constant. Après les mots *le mariage entre l'oncle et la nièce* ajoutez cette note *Cette permission ne s'étendait qu'au mariage entre l'oncle et la fille du frère.*
- 66, — 12 : Constantin lisez Constant
- 68, — 8 : acendant lisez ascendant
- 70, note 5 : Reg. d'Ulp., titre XII, § 1^{er} lisez Titre XIII § 1^{er}
- 73, — 3 : ajoutez V. Tacite. *Annales* (livre XIV, n° 27), *Non assueti conjugis suscipiendis*
- 75, — 1 : L. 7, § 4 lisez L. 67, § 4
- 77, ligne 21 : L. 55 lisez L. 57
- 81, — 1 : des châtimens lisez les châtimens
- 92, note 1 : Topiqua lisez Topica
- 97, ligne 1 : Spuri lisez Spuri
- 100, — 10 : libertina lisez libertino
- 100, — 12 : quum lisez quam
- 101, — 14 : les fils lisez les filles; avec une affranchie lisez avec un affranchi

- Page 104, note 1 : titre XVI, § 4 *lisez* titre XVI, § 5
- 109, — 2 : L. 65 *lisez* L. 61
- 111, — 1 : L. 58, § 4 et 5 *lisez* L. 58, § 2 et 4
- 115, ligne 4 : prohibitions *lisez* peines
- 116, note 2 : *De Solutio* *lisez* *Solutio*
- 145, — 1 : n° 97 *lisez* n° 96
- 158, — 1 : un arrêt de Paris *lisez* un arrêt du Parlement de Paris
- 161, lignes 2 et 3 : nul de droit *lisez* nul
- 165, — 11 : *ajoutez* n° 2
- 169, — 9 : *après* Diacres *ajoutez* et
- 192, — 12 : *ajoutez* n° 1
- 192, note 2 : p. 52 et suiv. *lisez* 152 et suiv.
- 195, ligne 5 : n° 1 *lisez* n° 2
- 208, — 16 : *supprimez ces mots* divisé en deux sections
- 209, — 16 : *après le mot* âge *ajoutez* compétent
- 218, — 18 : *chonciation* *lisez* énonciation
- 219, — 16 : ontesté *lisez* contesté
- 252, — 16 et 19 : () *lisez* « »
- 255, note 2 : quatrième édition *lisez* troisième
- 254, — 1 : note 6 *lisez* note 5
- 252, ligne 8 : modifiée *lisez* modifié
- 265, — 26 : art. 185 *lisez* art. 187
- 277, — 5 : peu *lisez* peut
- 285, — 18 : art. 5 *lisez* article 7
- 302, — 24 : enfin pourquoi *lisez* pourquoi enfin
- 345, — 23 et 24 : quelque constante qu'elle soit souvent, les rapports in-
times *lisez* quelque constante qu'elle soit, souvent les rap-
ports, etc.
- 552, — 20 et 21 : l'erreur aura été reconnue évidemment ; donc *lisez*
l'erreur aura été reconnue ; évidemment donc, etc.
- 582, — 22 : *supprimez les mots* selon nous
- 584, — 9 : contraire *lisez* contraires
- 584, — 16 *in fine* : on *lisez* non
- 584, — 18 : *supprimez le mot* car
- 587, ligne dernière : approuveons *lisez* approuvons
- 400, — 15 : question de droit positive *lisez* question de droit positif.



PREMIERE PARTIE - DROIT ROMAIN.

PROLEGOMENES

Généralités

I. - Justes nocces (*justae nuptiae*)

II. - Concubinatus

III. - Mariage du droit des gens

IV. - Contubernium

CHAPITRE PREMIER. - DES CONDITIONS DE VALIDITE

SECTION I. - Conditions absolues

§ 1. Liberté et cité

1° Liberté

2° Cité

§ 2. Facultés génératrices

§ 3. Non-existence d'un premier mariage

1° Disparition des militaires en campagne

2° Captivité de l'un des époux

§ 4. Consentement du père de famille (*pater-familias*)

§ 5. Adultère, délai de viduité, divorce préalable, engagement dans les ordres

1° Adultère

2° Délai de viduité

3° Divorce préalable

4° Engagement dans les ordres sacrés

§ 6. Consentement des parties

SECTION II. - Conditions relatives

§ 1. Parenté et alliance adoptives ou naturelles

§ 2. Inégalité de conditions

§ 3. Prohibitions frappant les soldats en campagne

§ 4. Empêchements résultant de la tutelle ou de la curatelle

§ 5. Commandement dans les provinces

§ 6. Rapt et différence de religion

CHAPITRE II. - DE LA FORME DU MARIAGE ROMAIN

- Nécessité d'une tradition

- Cérémonies religieuses

- Cérémonies privées

CHAPITRE III. - DES CONSEQUENCES DE LA VIOLATION DES PRESCRIPTIONS LEGALES

§ 1. Exceptions à la règle générale

1° Prohibitions établies par la loi *Julia*

2° Délai de viduité

3° Mariages contractés par les sexagénaires

4° Engagement dans les ordres sacrés

§ 2. Peines pécuniaires, afflictives ou infamantes

§ 3. Effets de la bonne foi

DEUXIEME PARTIE. - DROIT COUTUMIER.

PROLEGOMENES

Aperçu historique

Droit pour le prince et l'Eglise d'établir des empêchements

CHAPITRE PREMIER. - DES EMPECHEMENTS DIRIMANTS ET DES CONDITIONS DE VALIDITE

SECTION I. - Conditions communes

§ 1. Facultés génératrices, puberté

§ 2. Non-existence d'un premier lien

§ 3. Non-parenté ou affinité civile

§ 4. Nécessité du consentement d'autrui

Consentement des ascendants

Consentement du seigneur

§ 5. Consentement des futurs époux (vices du consentement)

SECTION II. - Empêchements spéciaux à l'ancien droit

§ 1. Affinité spirituelle

§ 2. Empêchements basés sur l'honnêteté publique

§ 3. Engagements dans les ordres sacrés. Voeux de religion

§ 4. Empêchements résultant de l'adultère

§ 5. Empêchements résultant du meurtre

§ 6. Empêchements résultant de la diversité de religion

CHAPITRE II. - DE LA FORME DU MARIAGE

Origine de la célébration du mariage

1° Célébration devant le propre curé

2° Rédaction d'un acte instrumentaire

CHAPITRE III. - DES NULLITES DE MARIAGE ET DES ACTIONS EN CASSATION

SECTION I. - Personnes pouvant invoquer la nullité

§ 1. Parties contractantes

§ 2. Parents des conjoints

§ 3. Conjoints du bigame

§ 4. Tiers intéressés

§ 5. Procureurs ou avocats du roi

SECTION II. - Tribunaux compétents et procédure

§ 1. Tribunaux compétents

§ 2. Procédure

TROISIEME PARTIE. - CODE NAPOLEON.

PROLEGOMENES

Généralités

Mariages nuls de droit

1° Absence complète de consentement

2° Identité de sexe

3° Absence de célébration légale

CHAPITRE PREMIER. - DE L'ABSENCE DES FACULTES GENERATRICES. DEFAULT DE PUBERTE

§ 1. Cas où il y a lieu de prononcer la nullité

§ 2. Personnes pouvant invoquer le défaut de puberté

§ 3. Fins de non-recevoir

1° Laps de six mois depuis la puberté

2° Conception de la femme avant l'échéance de six mois

CHAPITRE II. - DE LA TIGAMIE ET DE L'INCESTE

§ 1. Cas où il y a lieu de prononcer la nullité

1° Bigamie

2° Inceste

§ 2. Personnes pouvant invoquer la bigamie et l'inceste

1° Epoux

2° Ascendants

3° Conjoint du bigame

4° Tiers intéressés

5° Ministère public

§ 3. Fins de non-recevoir

CHAPITRE III. - DU DEFAULT DE CONSENTEMENT DES PARENTS

§ 1. Cas où il y a lieu de prononcer la nullité pour défaut de consentement des parents

1° A l'égard des enfants légitimes

2° A l'égard des enfants naturels

§ 2. Personnes pouvant invoquer le défaut de consentement

1° Personnes dont le consentement était requis

a. Défaut de consentement des père et mère

b. Défaut de consentement des aïeuls

c. Défaut de consentement du conseil de famille

2° Conjoints qui avaient besoin du consentement d'autrui

§ 3. Fins de non-recevoir

1° Fins de non-recevoir opposables aux ascendants

a. Ratification expresse

b. Ratification tacite

2° Fins de non-recevoir opposables aux époux

a. Ratification des ascendants

b. Ratification de l'époux

CHAPITRE IV. - DE LA CLANDESTINITE ET DE L'INCOMPETENCE

§ 1. Cas où la nullité peut être prononcée pour clandestinité ou incompétence

§ 2. Personnes pouvant invoquer la clandestinité ou l'incompétence

§ 3. Fins de non-recevoir

CHAPITRE V. - DES VICES DU CONSENTEMENT

§ 1. Cas où il y a lieu de prononcer la nullité pour vices du consentement

1° Défaut de liberté

2° Erreur. (Impuissance. Mariage avec un forçat)

3° Dol

§ 2. Personnes pouvant invoquer les vices du consentement

§ 3. Fins de non-recevoir

1° Ratification tacite

2° Ratification expresse

3° Prescription

a. La nullité peut-elle être demandée par voie d'action?

b. La nullité peut-elle être opposée par voie d'exception?

CHAPITRE VI. - DES NULLITES NON PREVUES PAR LE CODE NAPOLEON (CONTROVERSES SPECIALES)

§ 1. Nullités sanctionnées par l'ancien droit

§ 2. Questions controversées

1° Voeux monastiques. Engagement dans les ordres

Voeux monastiques

Engagement dans les ordres sacrés

2° Mariages contractés à l'étranger

3° Mariage de l'interdit judiciaire