

# Traité de droit naturel théorique et appliqué, par Tancredède Rothe,.... T2

Rothe, Tancrède. Traité de droit naturel théorique et appliqué, par Tancrède Rothe,.... T2. 1885-1912.

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](mailto:reutilisation@bnf.fr).

TRAITÉ  
DE  
DROIT NATUREL

THÉORIQUE ET APPLIQUÉ

PAR

TANCRÈDE ROTHE,

DOCTEUR EN DROIT,

Professeur aux Facultés Catholiques de Lille

Juste bon tuu a non abscon  
in cor le meo

Isaie 33, 9, 11

TOME SECOND.

DU MARIAGE.

PARIS

Librairie du Recueil général des Lois et Arrêts  
LE DE JURE DU TRAVAIL  
L. LAROSE ET FORCEL, ÉDITEURS,  
22, rue Soufflot, 22.

LIBRAIRIE VICTOR LECOFFRE,  
90, rue Bonaparte, 90.

1893.

TRAITÉ  
DE  
DROIT NATUREL

3  
4  
265



## AVERTISSEMENT.

---

Dans le premier volume du *Traité de droit naturel théorique et appliqué*, nous avons exposé les préliminaires de cette science et analysé les devoirs naturels de l'homme envers Dieu et envers lui-même. Tel a été l'objet des trois premières parties. Nous avons aussi commencé dans la quatrième l'étude si complexe des devoirs naturels de l'homme envers ses semblables; et, en cinq chapitres, a été développé ce qui concerne la définition d'une société, la société universelle, l'Église, la société internationale et l'État. Il nous reste à parler, dans les chapitres VI à XII, de la société conjugale ou du mariage, de la société paternelle, de la famille en général, de la société de services, de la propriété, des contrats et de la réparation des injustices. Les trois premières de ces divisions composeront le second et le troisième volumes de notre ouvrage.

Après nous être surtout occupé du droit naturel public, c'est donc le droit naturel de la famille que nous voulons expliquer. Cet ordre nous paraît toujours le meilleur. Grâce à lui, nous ne devons point nous borner à une théorie incomplète; nous pourrons résoudre ces questions : quels

sont les pouvoirs des souverains, quels sont les pouvoirs de l'Église relativement à la famille, et il nous sera possible de faire un examen critique de plusieurs parties importantes de la législation française.

Entre le droit naturel public et celui que nous abordons, la différence est très considérable. Dans le premier, les horizons sont plus vastes. Il répond plus directement aux préoccupations les plus dignes de l'homme : celles du citoyen et celles du fils de l'Église. Étudié dans ses applications, il règle l'organisation politique et au-dessus d'elle il fait planer la royauté sociale de Jésus Christ. Mais pourtant que d'attraits dans l'étude qui sera le but de ce volume et du suivant consacrés à la famille !

Contempler l'union conjugale telle que le premier Législateur l'a faite, et l'union plus intime et plus féconde de l'âme et de Dieu dans la chasteté, affirmer les pouvoirs de l'Église en matière de mariage, travailler ainsi au règne de Dieu dans la famille, et, en même temps, s'efforcer de garantir à celle-ci la plénitude de l'énergie physique et de la vie morale ; démontrer que l'autorité paternelle existe et en fixer les bornes, mettre en lumière cette vérité peu connue que la tutelle est une institution assujettie par la raison même à des lois précises, traiter de l'éducation, formuler les règles naturelles des successions d'où dépend la conservation du patrimoine moral et celle des familles, enfin établir la hiérarchie des pouvoirs du père, de la souveraineté civile et de l'Église en matière d'enseignement, telle va être ou sera, en résumé, notre tâche. Comment ne séduirait-elle

pas? La vérité en ce qui touche à la famille n'est-elle pas actuellement obscurcie? Si ce groupé est restreint, n'est-il point paré d'une grâce spéciale? Arrêter sur lui nos regards, c'est apprendre à voir dans nos parents et dans nos ancêtres les intermédiaires de la Divinité, c'est nous instruire de nos devoirs et de nos droits les plus usuels, c'est préparer l'organisation de notre postérité et notre triomphe sur la mort vaincue par la perpétuité de notre sang et de nos traditions. Aussi bien, si la société dont nous allons commencer l'étude est petite à côté de l'État et de l'Église, elle n'en est pas moins l'élément le plus solide du premier et l'un des plus fermes appuis de la seconde. Elle ne s'impose donc pas seulement aux méditations de l'homme privé; l'homme public doit connaître les lois naturelles ou surnaturelles qui la gouvernent.

Quoique certaines parties de ce livre touchent à la science sacrée, dans aucune je n'ai entendu faire œuvre de théologien. La présomption eût été grande de ma part. Je me suis néanmoins fait un devoir d'appeler sur mon travail les critiques d'hommes éminents dans l'enseignement de la religion.

---



## CHAPITRE VI.

DE LA SOCIÉTÉ CONJUGALE  
OU DU MARIAGE.

---

1. L'enseignement complet et précis de la vérité veut une franchise absolue de langage. Dans la matière délicate que nous abordons, il est malheureusement impossible d'obéir à cette nécessité, sans s'exposer à inquiéter quelquefois les âmes chastes. Devions-nous cependant renoncer à faire la lumière sur un sujet aussi important ? Telle n'a pas été notre pensée. Il nous a paru que nous pouvions suivre l'exemple des théologiens. Nous nous sommes dit que si nous ne parlions point la même langue que les maîtres de la science sacrée, comme eux nous ne nous adressions qu'à des esprits élevés, capables de comprendre les exigences de notre sujet et incapables d'en abuser.

2. Les deux expressions de société conjugale et de mariage sont parfois synonymes. Elles sont alors prises l'une et l'autre dans le sens d'un certain contrat. Dans le langage juridique français, en effet, le nom de société désigne parfois un genre de contrat (Voir l'article 1832 du Code civil). Mais la première de nos expressions signifie aussi, et plus ordinairement, une certaine union de personnes, c'est-à-dire certaines personnes en tant qu'unies; et, de son côté, le nom de mariage sert à désigner l'état de membres de la société conjugale, ou l'état d'époux, de personnes mariées, de conjoints, de mari et de femme.

Cette dernière acception n'a pas besoin d'être expliquée mais nous allons répondre aux deux questions suivantes :

Qu'entend-on par les expressions de société conjugale ou de mariage prises dans le sens d'un certain contrat ?

Que désigne l'usage par le terme de société conjugale pris dans le sens d'une certaine union de personnes ?

3. La société conjugale ou le mariage est un contrat par lequel un homme et une femme se reconnaissent le droit perpétuel d'exiger l'un de l'autre l'œuvre de la génération (1). Nous devons dire « perpétuel », car si, dans l'intention des parties, le droit conféré n'avait pas ce caractère, l'usage refuserait à leur convention les noms de mariage ou de société conjugale. Il ne parlerait que de concubinaires. Ce qui est vrai toutefois, c'est qu'il n'est point nécessaire, au point de vue de la langue, que la perpétuité du droit conjugal ne soit subordonnée à aucune condition. En d'autres termes, pour appeler société conjugale ou mariage un contrat par lequel un homme et une femme se donnent l'un à l'autre, l'usage n'exige point que cette convention ne puisse être dissoute. Est-ce qu'à Rome où les femmes comptaient tant de maris, on ne parlait pas de *nuptiæ* ou de mariage ? Est-ce qu'aujourd'hui on ne fait pas de même dans les pays où le divorce est pratiqué, et dans les cercles où il est admis ? Et les catholiques eux-mêmes, qui le repoussent d'une manière presque absolue, ils n'exigent cependant point, pour appeler société conjugale ou mariage l'alliance de l'homme et de la femme, que ce pacte ne puisse être rompu ; ils reconnaissent même trois causes de divorce, très exceptionnelles, il est vrai (Voir la section VIII).

---

(1) Nous nous sommes demandé si, en voulant être précis, nous ne l'étions pas devenu trop. Mais nous avons pensé à ce neuvième commandement de Dieu que l'Église met sur toutes les lèvres : « *L'œuvre de chair ne désireras qu'en mariage seulement* ».

4. Considérée comme union de personnes, la société conjugale est l'homme et la femme qui ont passé et en tant qu'ils ont conclu le contrat dont nous venons de parler. Plus brièvement, c'est l'union du mari et de la femme. A peine si une définition aussi simple mérite d'être formulée, mais une question se présente : l'union dont il s'agit constitue-t-elle véritablement une société ? Il faut répondre affirmativement. Lorsqu'un homme et une femme concluent un mariage, il y a une union de personnes qui tendent, soit en fait, soit en droit, à une même fin, par des moyens communs pris réellement ou obligatoires. Cela est même vrai à un triple point de vue. Premièrement les deux parties ne doivent-elles pas tendre à un même but qui est le bien de leur enfant, si, du moins, elles ont exercé le droit qu'elles se sont donné, et si une conception a été le résultat de ce commerce ? Ne doivent-elles pas unir leurs efforts dans l'œuvre de l'éducation, ou prendre des moyens communs en vue de cette fin ? En second lieu, si tous nous devons tendre à notre bonheur mutuel en nous assistant réciproquement, combien l'homme et la femme qui se sont fait don de leurs corps dans l'ordre de la nature, ne seront-ils pas tenus plus strictement de cette obligation de charité l'un envers l'autre ? Chacun d'eux n'est-il pas pour son conjoint le premier prochain ? Enfin, Dieu veut que nous l'honorions dans tout notre être ou selon nos moyens d'action. Les époux doivent donc faire servir leur qualité de conjoints, ils doivent faire servir leur organisation en société conjugale, à procurer l'accomplissement des devoirs de la soumission à la volonté divine, de l'adhésion à la vérité et du culte extérieur. En un mot, puisque le mari et la femme sont unis pour leur bien mutuel et celui de leurs enfants, ils doivent l'être aussi pour le service de Dieu. Notamment les époux doivent, comme personnes unies par le lien matrimonial, faire extérieurement acte de dépendance et de reconnaissance envers Dieu ; ils doivent

utiliser à cette fin la facilité spéciale qu'ils ont d'agir ensemble : ils doivent, selon la croyance non oubliée des familles primitives, rendre au Créateur un culte extérieur en commun. Quel sera ce culte ? Nous répondons dès maintenant : comme, d'après la Révélation, Dieu n'a pour agréables que les hommages qui lui sont rendus en union avec Jésus-Christ, c'est ainsi qu'il doit être honoré par les époux. Sans doute, la forme du culte dû par la société conjugale n'est pas aussi bien déterminée que celle du culte de l'Église ; mais l'obligation dont nous affirmons l'existence n'en est pas moins certaine. Nous avons donc pu dire que c'est à un triple point de vue qu'il est logique de donner à l'union du mari et de la femme la dénomination de société.

Dans les expressions de « mariage fécond, mariage stérile » et peut-être dans quelques autres du même genre, le nom que nous venons de formuler désigne lui aussi, mais exceptionnellement, l'homme et la femme qui ont conclu le pacte matrimonial.

Le terme de société conjugale n'est jamais synonyme d'union sexuelle. Par cette dernière expression on désigne un fait, ce rapprochement des sexes qui a pour résultat ordinaire la génération ou la procréation des enfants. La société conjugale, au contraire, ce sont ces personnes elles-mêmes qui, par contrat, ont échangé le droit d'exiger l'une de l'autre des rapports charnels, ou bien encore c'est la convention qui les unit.

Mariage et union sexuelle ne sont non plus jamais synonymes, puisque la première de ces expressions sert à nommer un pacte, ou l'état d'époux, ou les conjoints eux-mêmes.

5. La définition que nous avons donnée de la société conjugale ou du mariage envisagés comme contrat nous paraît selon l'usage. Cependant nous ne la trouvons nulle part. On a, en quelque sorte, toujours adopté l'une ou l'autre des



interprétations suivantes. Nous allons nous permettre à leur sujet certaines remarques qui ne seront guère faites au point de vue de l'exactitude, on va le voir, mais plutôt à celui de l'observation des lois de la clarté parfaite et de la précision des définitions.

Modestin a défini en ces termes les *nuptiæ* :

« *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* » (L. 1. D. De ritu nuptiarum).

L'expression de *conjunctio maris et feminæ* n'est pas suffisamment précise. Elle désignerait aussi bien une union sexuelle qu'un contrat. Ne tend-elle pas, au moins, à faire croire que ce pacte ne prend le nom de *nuptiæ* ou de mariage qu'après sa mise à exécution ou l'établissement effectif des rapports charnels? Il y a donc une double équivoque dans le terme que nous venons d'examiner.

En second lieu, la « communication du droit divin et humain » n'est pas non plus exigée par l'usage pour qu'il applique à notre contrat les noms de société conjugale ou de mariage. Malgré l'absence de cette communication, si un homme et une femme se font réciproquement le don perpétuel de leurs corps, il n'est personne qui ne dira : il y a société conjugale, il y a mariage. Sans doute l'association de la femme au culte domestique du mari suivant les antiques traditions des familles patriciennes, la participation aussi de l'épouse aux privilèges sociaux de son conjoint, ont été et sont encore des conséquences ordinaires du contrat nuptial; mais cependant, l'usage n'enlève certainement pas à celui-ci, quoiqu'une question de nullité puisse surgir, les noms de société conjugale ou de mariage, si les parties ne professent pas le même culte, ou si une femme de condition inférieure épouse un prince qui ne l'élève pas à son rang.

La définition de Modestin est donc sujette à deux cri-

tiques au moins : elle manque de clarté, elle est trop restrictive.

Aux Institutes de Justinien nous lisons :

« Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum vitæ consuetudinem continens » (Lib. I, tit. IX).

Ici, la communication du droit divin et humain n'est plus mentionnée ; mais notre premier grief subsiste : la clarté fait défaut. L'expression *conjunctio viri et mulieris* est, nous l'avons dit, deux fois équivoque. C'est mon premier grief. Je reproche, en second lieu, au rédacteur des Institutes la deuxième partie de son texte. Sans doute l'idée de perpétuité du droit conjugal doit trouver place dans la définition du mariage ; mais le devoir de la vie commune convient-il de le mentionner ? Nous en doutons. Assurément, nous ne contestons point que cette obligation incombe aux époux ; mais d'autres devoirs, comme celui de la soumission au mari, devraient alors être également indiqués.

Portalis définit en ces termes le mariage : c'est, dit-il, « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée » (Demolombe, *Traité du mariage*, I, N° 1).

Cette manière de parler donne lieu à plusieurs critiques. Si trois buts sont indiqués, le second paraît ne figurer dans le texte que pour l'harmonie du discours, car incontestablement il rentre dans le troisième. Donnons donc à cette définition une forme plus simple et plus juridique, et essayons de dire que la société conjugale ou le mariage est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce et pour partager leur commune destinée. Mais cela n'est pas possible. Cette interprétation, en effet, ne correspond point à l'usage. Elle laisse de côté certaines

unions que celui-ci appelle cependant mariages ou sociétés conjugales.

Un homme et une femme passent le contrat dont nous parlons ; mais en même temps réciproquement les parties s'obligent à ne pas exercer ce droit qu'elles s'accordent l'une sur l'autre : elles s'engagent à garder la continence. Dirait-on qu'il n'y a pas société conjugale ? Je ne le pense point : qu'ils admirent cette union, qu'ils la trouvent singulière ou même la condamnent, tous ou à peu près s'accorderont à reconnaître qu'il y a mariage. Pourquoi ? Parce qu'il y a échange du droit à l'acte de la génération et que cet échange n'est pas d'ailleurs détruit par la clause de continence : chacun des époux reconnaît à l'autre le droit sexuel, et ils se promettent seulement de ne pas l'exercer. La définition de Portalis est donc en défaut, car on ne voit point, dans notre hypothèse, un homme et une femme « qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ». Ou bien, supposons deux contractants qui peuvent atteindre ce but et l'ont eu en vue, mais n'ont pas eu l'intention de s'obliger à « partager leur commune destinée », sans subordonner cependant leur consentement à l'absence de vie commune. Dans ces circonstances, qui cessera de dire qu'il y a société conjugale ou mariage ? Personne. Faisons une dernière hypothèse. Un homme et une femme sont irrémédiablement stériles, à cause de l'âge, par exemple ; cependant ils sont capables de l'œuvre de la chair : ils ne sont pas impuissants. S'ils se donnent mutuellement le droit d'exiger l'union sexuelle, ne dirait-on pas qu'il y a société conjugale ou mariage ? Très certainement. Et pourtant l'illustre rédacteur du Code civil ne saurait prétendre que ces personnes « s'unissent pour perpétuer leur espèce », du moins lorsqu'elles connaissent leur stérilité.

Les définitions du droit romain ont été reproduites dans les œuvres de théologie et de droit canon. Toutefois

nous lisons dans un traité qui est en beaucoup de mains :

« Matrimonium ut contractus est conventio quâ vir et mulier sibi invicem legitime tradunt dominium in corpora in ordine ad actus ex se aptos ad generationem proles, et se obligant ad individuan vitæ societatem » (Gury, *Compendium theologiæ moralis*, II, N° 744). Cette définition se rapproche visiblement de celle de Justinien, et la seconde des critiques que nous avons adressées au célèbre législateur pourrait être renouvelée ici. Deux modifications, l'une heureuse, l'autre peut-être regrettable, doivent être signalées. D'un côté, l'expression deux fois équivoque de *conjunctio viri et mulieris* a été remplacée par des termes d'une clarté parfaite. D'autre part, d'après notre texte, le mariage est « une convention par laquelle un homme et une femme se confèrent *légitimement* le droit réciproque..... » Ce mot : *légitimement*, nous semble fâcheux. Que le contrat qui nous occupe soit fait ou non suivant les lois, il n'en est pas moins appelé un mariage. Tout ce qui peut arriver, c'est qu'il soit nul. Alléguera-t-on que dans la définition précitée, on n'a parlé que du mariage valide ? Alors il y a lieu de se plaindre au point de vue de la clarté, et de plus l'inexactitude ne disparaît point : une union peut être valide quoique contraire aux lois. C'est ce que prouvera plus loin l'étude de la distinction, d'ailleurs universellement admise, des empêchements dirimants et des empêchements prohibitifs.

6. Aborder la matière du mariage, c'est commencer l'étude de la famille. Quelle est donc la signification de ce dernier terme ? Elle est assez multiple. Souvent il s'applique à tous les parents, spécialement aux parents légitimes. Souvent aussi il n'embrasse que les membres de la société paternelle : le père, la mère et les enfants. Parfois même il se borne à désigner deux personnes : le mari et la femme. Ces deux derniers sens appartiennent également au terme de société

domestique qui convient encore à la société paternelle complétée par les personnes qui vivent à son service.

Donnons maintenant la division de notre chapitre :

SECTION I<sup>re</sup> : Du mariage, au point de vue de la nature seule ou de la raison pure ;

SECTION II : Du mariage d'après le droit divin positif des premiers temps ;

SECTION III : Du mariage d'après les lois de Jésus-Christ ;

SECTION IV : Des pouvoirs du souverain en matière de mariage, abstraction faite de l'ordre chrétien ;

SECTION V : Examen de la législation matrimoniale française au point de vue de l'ordre non chrétien ;

SECTION VI : Des pouvoirs de l'Église en matière de mariage ;

SECTION VII : De l'incompétence des souverains en matière de mariage, dans l'ordre chrétien ;

SECTION VIII : Aperçu de la législation matrimoniale canonique ;

SECTION IX : Examen de la législation matrimoniale française, au point de vue chrétien ;

SECTION X : Du célibat ;

SECTION XI : De la théorie de Malthus.

---

## SECTION I.

DU MARIAGE, AU POINT DE VUE DE LA NATURE SEULE  
OU DE LA RAISON PURE.

---

7. L'acte qui propage la vie est de soi légitime aux yeux de la raison. Celle-ci voit, en effet, qu'il n'est pas en lui-même contraire à la volonté de Dieu. La satisfaction que les instincts sensuels trouvent dans le rapprochement des sexes amoindrit, il est vrai, presque inévitablement en l'homme le règne de l'esprit; mais l'œuvre de la chair n'en est pas moins certainement dans l'ordre des desseins de la Providence. N'est-il pas bien manifeste que le Créateur du genre humain ne s'oppose point au maintien de son œuvre? Dès lors, puisqu'il a fait du commerce de l'homme et de la femme le seul mode de conservation de leur race, il autorise ce rapprochement. L'acte de la génération n'a même pas besoin, pour se justifier, que ceux qui le font aient en vue la fin à cause de laquelle Dieu le permet. Ce n'est pas, en effet, l'intention des parties que considère ici le Maître suprême dans la liberté qu'il donne; ce qu'il envisage, c'est le résultat général obtenu par l'union sexuelle. Elle peut donc être légitime, même si ceux qui la consomment ne cherchent que la jouissance des sens, pourvu, naturellement, qu'ils ne s'opposent point au résultat de leur acte. Sans doute, il est plus noble et plus sage de vouloir positivement

que ce commerce serve à la gloire de Dieu par la multiplication de ses créatures : se proposer formellement dans les rapports conjugaux le même but que notre divin modèle vaut mille fois mieux que la recherche du plaisir ; mais cette perfection n'est pas obligatoire.

J'insiste sur cette vérité incontestable, parce qu'elle nous fournit l'explication d'une autre non moins certaine, et cependant, au premier abord, assez embarrassante à démontrer. C'est que le rapprochement des sexes est permis entre personnes stériles, même si cette infécondité est irrémédiable et connue des parties. Le bon sens affirme invinciblement qu'il en est ainsi, il repousse l'opinion contraire comme une exagération manifeste ; mais la raison déterminante de cette règle évidemment juste, quelle est-elle ? Grâce à ce qui précède, la réponse sera simple. Où est la difficulté ? Dans ce fait que l'homme et la femme dont il s'agit ne se proposent pas la fin à cause de laquelle l'union sexuelle est légitime : ils savent que ce but ne peut être atteint. Mais après ce que nous avons dit, qu'importe ? Quelle différence rationnelle y a-t-il entre des personnes fécondes qui, consommant leur union, ne veulent pas positivement engendrer, et celles que nous supposons maintenant ? Le second couple n'est-il pas au moins au même niveau moral que le premier ?

8. Nous venons d'établir la légitimité intrinsèque du commerce de l'homme et de la femme. Quant aux actes de la chair, qui ne rentrent pas dans ce type, sodomisme, pédérastie bestialité, notre jugement les condamne. Cet ignoble emportement des passions les plus viles, loin de rentrer dans le plan divin comme l'acte qui répand la vie, tend à la destruction de l'homme par la pourriture. Pareillement sont illicites entre l'homme et la femme des rapports charnels qui ne constituent ni ne favorisent l'acte de la génération. Dieu veut l'empire de l'esprit sur la chair, et s'il autorise la



satisfaction que les bas instincts trouvent dans l'union charnelle de l'homme et de la femme, la raison ne dit-elle point que le motif décisif de cette permission est uniquement dans le résultat général du rapprochement des sexes? Partant, même entre l'homme et la femme, les rapports charnels qui ne constituent ni ne favorisent l'œuvre de la chair sont interdits. De telles relations sont surtout détestables quand elles deviennent l'onanisme. On ne luttera jamais assez contre ce crime. Il ravale les créatures humaines au-dessous de la brute. Comme celle-ci, elles ne cherchent plus que la jouissance, et d'autre part, à la différence de l'animal, elles se dérobent aux charges qui doivent faire le contrepois du plaisir. Comment en présence de l'homme qu'il a fait raisonnable et qu'il retrouve au dernier rang des bêtes, la colère de Dieu n'éclaterait-elle pas? Comment ne maudirait-il pas un peuple ainsi tombé dans la fange?

Il est utile que nous donnions un nom à la règle qui prohibe tous les rapports charnels différents des relations tendant à la génération : nous l'appellerons la loi de la chasteté.

9. De ce que l'acte de la génération est de soi licite, résulte cette première vérité relative au mariage, qu'il n'est pas impossible que l'homme et la femme se confèrent le droit d'exiger l'un de l'autre le commerce de la chair. En d'autres termes, la validité ou l'efficacité du mariage est possible. Mais cette conclusion est loin d'être la seule à laquelle parvienne la raison pure, au sujet du pacte matrimonial. Elle proclame aussi que le mariage et même le mariage public est le préliminaire obligé de l'union sexuelle, et elle impose aux conjoints plusieurs devoirs. C'est ce qui nous reste à établir dans la partie générale de cette section. Nous examinerons ensuite des points particuliers.

10. Prouvons d'abord que le mariage public est le prélimi-



naire obligé de l'union sexuelle, démontrons l'existence de la loi du mariage préalable public.

En vue de l'intérêt de nos semblables, nous ne sommes tenus qu'à des sacrifices minimes, eu égard à l'importance du bien à faire et aux titres particuliers que le prochain peut avoir à notre secours, c'est-à-dire notamment, eu égard à l'unité particulièrement grande qui peut exister entre lui et nous. Cette règle s'applique aux parents eux-mêmes, car le motif qui la détermine, la priorité de l'amour de soi-même, reste vrai du père et de la mère considérés par rapport à leur fils. Mais, dans les limites que nous venons de fixer et que l'unité établie par la génération entre le procréateur et l'enfant rend très compréhensives, l'homme et la femme qui veulent participer à la puissance créatrice ont l'obligation de procurer le bien de celui qui naîtra peut-être de leur union.

C'est de cette donnée que dérive la loi du mariage préalable public. Considérons d'abord celle-ci au point de vue de l'antériorité qu'elle impose.

Le bien de l'enfant veut que ceux auxquels il devra le jour fassent précéder du contrat matrimonial l'œuvre de la génération. En effet, d'une part, le bien du fils demande la cohabitation perpétuelle des parents, et, d'autre part, il est sérieusement à craindre que cette communauté d'existence n'ait point lieu si l'homme et la femme ne se donnent pas le droit perpétuel d'exiger l'un de l'autre l'acte conjugal, et si ce contrat ne précède point la première union des sexes.

La première de ces deux propositions ne peut guère souffrir de difficulté. Le bien de l'enfant demande que son père et sa mère vivent de longues années ensemble, afin qu'ils remplissent plus sûrement et avec plus de succès le devoir dont ils sont tenus d'unir leurs efforts en vue de l'éducation de leur fils. L'intérêt de celui-ci veut même que la communauté d'existence entre ses parents soit perpétuelle. N'importe-t-il pas aux fils que les parents leur laissent un

patrimoine moral ou des traditions? Or, ce bien est assuré plus largement, si, pour le constituer, le père et la mère ne cessent d'unir leurs efforts, et cette association dans la constitution du patrimoine moral aura lieu plus certainement et sera plus couronnée de succès si les époux demeurent perpétuellement ensemble : ils pourront davantage s'exhorter, concerter leurs avis ou leur conduite. La communauté perpétuelle d'existence entre le père et la mère est donc réclamée par le bien de l'enfant.

Notre seconde proposition est que cette cohabitation court grandement risque de ne point avoir lieu, si l'homme et la femme ne se donnent point le droit perpétuel d'exiger l'un de l'autre l'acte conjugal, et si ce contrat ne précède point la première union des sexes. Il est d'abord certain que, faute de cette convention, presque inévitablement le père et la mère se sépareront. Par suite de désaccord ou pour un motif quelconque, l'une des parties refusera des relations intimes auxquelles elle n'aura point promis de se prêter, et conséquemment cette même personne ou bien l'autre s'éloignera, soit pour aller chercher ailleurs la satisfaction de l'instinct de la génération, soit par défaut d'attachement. D'autre part, différé après l'union corporelle, le mariage serait sérieusement exposé à n'être jamais conclu. Le refus pourrait venir d'une âme chaste que les premiers troubles de la chair auraient surprise et indignée ; plus souvent il aurait pour cause la corruption ou la lâcheté qui portent à reculer devant le don de soi-même, une fois satisfaites les premières convoitises de la passion.

En résumé, la cohabitation de l'homme et de la femme qui vont unir leurs sexes est demandée par le bien de l'enfant auquel cet acte va peut-être donner le jour, et, sans un mariage qui, de plus, soit préalable, cette communauté d'existence est très imparfaitement garantie. Dès lors, ces deux personnes, obligées de procurer le bien de leur enfant,

sont tenues de prendre le moyen d'assurer leur fidélité au régime de la vie commune. Plus brièvement encore : le mariage préalable est réclamé par l'intérêt de leur futur enfant, il est donc pour elles un devoir.

Mais nous n'avons pas dit seulement que le mariage était le préliminaire obligé de l'union sexuelle ; nous avons affirmé aussi que ce contrat devait être public. Pourquoi cette seconde partie de notre règle ? Elle aussi est fondée sur le bien de l'enfant. Du moment où le devoir du mariage préalable existe, la preuve de son accomplissement est utile au fils. Celui-ci en a besoin pour sa propre édification, afin de trouver dans la conduite de ses parents l'exemple de la pratique d'un devoir qui pourra plus tard lui incomber. Il en a besoin aussi pour écarter les doutes qui, autrement, pourraient planer sur la légitimité de sa naissance, c'est-à-dire sur sa naissance de personnes mariées, doutes fâcheux puisqu'ils tendraient à faire de lui la personnification d'une faute. Or, le fils aura plus difficilement la preuve que ses parents ont rempli le devoir du mariage préalable, si le contrat n'a pas été passé au moins devant un tiers.

Le mariage public est donc, d'après la raison pure, le préliminaire obligé de l'union sexuelle. La loi du mariage préalable public est une loi naturelle.

Cette règle s'impose-t-elle aussi à l'homme et à la femme, qui savent l'un et l'autre que leur union corporelle ne sera point féconde ? Comment répondre affirmativement, puisqu'ici on ne peut alléguer aux parties le devoir de la sollicitude envers le fruit possible de leurs relations ? C'est qu'elles sont tenues d'un autre devoir fondamental, celui de l'exemple. Cette obligation n'existe pas seulement d'individu à individu ; nous en sommes tenus envers la société, et à ce titre elle apparaît comme un devoir public de participation à l'ordre normal. Nous avons vu (tome I) que, d'après la loi naturelle, détourner ses semblables de la pratique du bien

est illicite, sauf dans les hypothèses où l'observation de cette règle demanderait un sacrifice considérable. Or, un exemple contraire au bien serait donné, et sans raison plausible, si un homme et une femme stériles, même d'une stérilité notoire, avaient commerce entre eux sans s'être donné préalablement le droit perpétuel d'exiger l'un de l'autre l'acte conjugal. Ce système de liberté dans la satisfaction des sens tenterait les couples féconds. Ils auraient, sans doute, un motif spécial de ne pas le suivre : la sollicitude qu'ils doivent à l'enfant auquel ils donneront peut-être la vie ; mais la connaissance et l'accomplissement du devoir du mariage préalable public leur seraient cependant moins aisés, s'ils avaient devant eux l'exemple d'unions libres ou qui, faute de publicité du contrat, paraîtraient telles. Peu importerait que les parties se proposassent de tenir secret leur commerce : il peut facilement se trouver connu.

L'homme et la femme qui ont eu entre eux des relations sexuelles non précédées du mariage public, doivent-ils passer et passer publiquement ce contrat ? Évidemment oui : le bien de l'enfant le demande. Et, pour ne pas détourner de cette réparation, l'homme et la femme non mariés dont le commerce n'a pas été fécond doivent, en principe, agir de la même manière. Pareille solution est encore vraie pour ceux qui, par leur conduite, et notamment par leur cohabitation, ont fait présumer l'existence de relations charnelles entre eux.

L'union des sexes non précédée d'une union contractuelle entre les parties est-elle illicite, ou bien toute leur faute consiste-t-elle dans l'omission d'une formalité obligée ? Il faut répondre que l'œuvre de la chair est alors illicite. Lorsque le bien de l'enfant n'est pas assuré, au moins dans la mesure de ce qui est essentiel, et manifestement il ne l'est point sans pacte préalable, l'acte de la génération ne peut qu'être coupable. En effet, il n'est pas alors approprié à la

fin en vue de laquelle Dieu le permet malgré l'empire que les rapports charnels donnent aux passions. En d'autres termes, la fornication, qui est le commerce de deux personnes non liées par un mariage, est illicite selon la nature. Le point auquel nous venons de toucher pourrait appeler plus de développements, mais comme nous faisons œuvre de jurisconsulte plus que de moraliste et que la solution admise par nous l'est généralement, il nous suffit de l'avoir dégagée.

Après ces explications sur la loi naturelle du mariage préalable public, nous arrivons, suivant l'ordre précédemment indiqué, à l'étude des obligations que la raison impose par elle-même aux conjoints.

11. La première est le devoir de la communauté perpétuelle d'existence. Nous avons vu qu'il incombe aux parents; mais ici nous considérons les époux indépendamment de l'existence actuelle d'une postérité. Les motifs de l'obligation qui nous occupe sont au nombre de deux. En premier lieu, les parties doivent, dans l'intérêt de l'enfant dont elles ont préparé la conception, se mettre sans retard, à acquérir l'habitude de ce régime de cohabitation que ne cessera de réclamer le bien du fils, d'après ce que nous avons démontré. Autrement elles n'auraient pas cette sollicitude, pour ainsi dire, sans bornes, à laquelle elles sont tenues, bien que la portée habituelle de la loi de charité d'où leur devoir dérive soit assez restreinte. Secondement, supposons-nous un mariage irrémédiablement stérile? Si les époux ne pratiquaient pas la vie commune, ils donneraient un exemple nuisible à l'accomplissement du devoir de la cohabitation par les unions fécondes.

La même obligation pèse-t-elle aussi sur l'homme et la femme qui n'ont pas fait précéder du mariage leurs rapports sexuels, et qui depuis n'ont point réparé cette faute? Indirectement, oui, puisque l'intérêt du fils réclame la cohabitation des parents : mais directement, non. Avant que les

parties aient contracté publiquement mariage, elles sont, au contraire, tenues d'éviter la communauté d'existence. Elles se le doivent à elles-mêmes, afin de ne pas s'exposer à la tentation d'un commerce qui est illicite, s'il n'y a pas eu contrat. Elles le doivent à leur enfant. Sans doute, à certains égards, il souffrira de leur séparation, mais ce qu'il faut considérer surtout, c'est qu'elle lui épargnera le scandale de l'immoralité. Si le père et la mère non mariés publiquement pratiquaient le régime de la vie commune, la présomption ne serait-elle pas que des relations coupables ont continué entre eux ? Pour la même cause, c'est aussi envers la société que les personnes unies corporellement, mais non mariées ou non mariées publiquement, sont tenues de s'interdire la cohabitation.

Nous venons d'étudier le devoir de la communauté perpétuelle d'existence ; mais il faut terminer par deux importantes observations ce qui le concerne.

En premier lieu, l'obligation de la vie commune perpétuelle sera certainement plutôt remplie si l'homme et la femme qui projettent d'unir leurs sexes, au lieu de se conférer seulement le droit conjugal comme ils le doivent en vue d'assurer leur perpétuelle cohabitation, s'obligent en outre à la cohabitation perpétuelle par une promesse directe. De plus, il est évident que pour le bien de l'enfant il vaut mieux que cette promesse accompagne l'attribution du droit de conjoint. Renvoyée à plus tard, elle courrait sérieusement risque de ne point avoir lieu. La passion une fois satisfaite, on reculerait devant les obligations. Cet engagement doit donc se trouver, soit explicitement, soit implicitement, dans le mariage préalable.

Notre deuxième observation est que nous ne prétendons point que le devoir de la cohabitation perpétuelle soit absolu. Plus loin nous expliquerons cette restriction en même temps que d'autres du même genre.



12. La seconde des obligations entre conjoints est particulière à l'un des époux. La femme doit obéissance au mari. Comment établissons-nous ce principe ?

En premier lieu, nous disons : le bien de l'enfant qui pourra naître du mariage voudra la soumission de la mère ; or, la femme qui, par son consentement, a préparé cette conception, doit se faire au régime que réclamera l'intérêt de son fils. Cette seconde affirmation est une conséquence du principe que l'homme et la femme disposés à s'associer à l'action créatrice de Dieu, doivent aussi s'associer à sa sollicitude pour les êtres qu'il a décidé de tirer par eux du néant. Mais il nous faut établir la première proposition. Prouvons que le bien de l'enfant demande la soumission de sa mère. Parlons-nous de la subordination en ce qui concerne la formation du fils ? Il n'est pas discutable que l'intérêt de l'enfant la réclame. Grâce à elle, les efforts de la mère seront mieux dirigés. L'homme moins impressionnable et doué d'une intelligence plus vaste, possède un jugement plus sûr. Il est aussi plus ferme, plus persévérant. Il est plus autoritaire et la femme plus souple. A la vérité, ces considérations ne seraient pas nécessairement concluantes si l'amour paternel était moins fort que celui de la mère, mais très certainement il ne l'est pas ; peut-être moins extérieur que la sollicitude maternelle, il n'est pas moins profond, dans l'ordre normal. S'agit-il de la soumission de la femme dans l'ensemble de sa conduite ? Elle est pareillement utile au bien de l'enfant, puisque sous la direction de l'homme, plus clairvoyant et plus énergique, la femme sera plus fidèle à ses obligations et partant plus exemplaire. Cette considération et même aussi éventuellement la précédente, car à tout âge le fils peut avoir besoin des secours de ses parents, conduit à l'idée de la perpétuité de l'autorité du mari. Ajoutons que la perpétuité de la vie commune entre le père et la mère étant réclamée par le

bien des enfants, celui des époux qui est régulièrement le moins capable de commander doit, et à toute époque obéir à l'autre.

Et dans les hypothèses où la supériorité de l'homme ne se réalise pas, il faut encore que la femme obéisse, afin que se conformant à l'ordre normal elle enseigne à ses enfants l'observation d'une loi de la famille. Seulement, comme alors l'obéissance n'est point commandée par un intérêt aussi considérable, le sacrifice qui consiste dans l'obéissance de la mère ne doit pas non plus être aussi grand. Une atténuation semblable est applicable à tous les cas d'observation d'un principe naturel due à titre de maintien de l'ordre normal. Nous indiquons ici par avance ce tempérament qui ne pourra toujours être rappelé. Il aura sa place, par exemple, dans le régime pécuniaire naturel des conjoints.

Nos explications sur le devoir de soumission de l'épouse ne se rapportent point au cas d'un couple irrémédiablement stérile, puisqu'elles se réduisent à la considération du bien de l'enfant.

Mais en ce qui concerne l'hypothèse qui vient d'être signalée nous invoquons, comme précédemment, l'obligation du bon exemple que les conjoints doivent donner autour d'eux.

Ce que nous avons dit de l'aptitude supérieure de l'homme pour le gouvernement de la société conjugale ne nous paraît point discutable. Quelqu'un alléguera-t-il cependant que les femmes commettent moins d'écarts ? Ce fait que nous voulons supposer établi ne serait point concluant. La supériorité des facultés n'est pas incompatible avec une criminalité plus grande ; au contraire, l'élévation d'une créature peut rendre sa chute plus facile : par exemple, qui oserait nier que l'état de dépendance où nous voyons la femme la préserve de bien des fautes ?

Que devient l'autorité de l'homme dans l'hypothèse d'un



père et d'une mère qui n'ont pas fait précéder du mariage leurs relations charnelles, et qui depuis n'ont point réparé cette faute ?

Le devoir de l'obéissance incombe encore ici à la femme pour le bien de son enfant, en ce qui concerne sa conduite envers lui, mais pour le reste de ses actions la subordination de la mère, quoique éventuellement avantageuse pour l'enfant sous le rapport d'une direction peut-être meilleure, somme toute serait funeste, à cause du scandale d'une intimité dangereuse entre personnes non mariées.

Nous n'insisterons pas davantage actuellement sur la soumission que la femme doit au mari. Deux observations doivent cependant être faites. La première est analogue à l'une des deux réflexions par lesquelles nous avons terminé ce qui regarde l'obligation de la vie commune perpétuelle. Nous faisons remarquer que l'accomplissement du devoir de l'obéissance au mari est évidemment plus assuré si la femme en fait l'objet d'une promesse destinée à durer toujours et contemporaine du mariage. Cet engagement doit donc se trouver, soit explicitement, soit implicitement, dans le mariage préalable. La seconde observation va de soi : la femme a droit à la protection de celui auquel elle doit obéissance.

13. Une troisième obligation est le devoir pour chacun des époux de n'avoir de relations charnelles qu'avec son conjoint, ou de garder l'unité du mariage, d'éviter, soit la polygamie proprement dite, soit la polyandrie. Nous invoquons toujours les deux mêmes arguments.

En premier lieu, les époux, en cette seule qualité, sont tenus de pratiquer la monogamie, parce qu'ils le devront comme parents. L'unité du mariage est, en effet, un bien pour le fils. Elle est un gage d'affection entre les parents et contribue ainsi à assurer l'accomplissement fidèle et heureux du devoir de l'union du père et de la mère dans l'éducation de leur fils et dans la constitution du patrimoine moral.

En second lieu, les mariages irrémédiablement stériles doivent pratiquer la monogamie, afin de ne pas donner aux couples féconds un exemple funeste.

Faut-il imposer la même obligation à l'homme et à la femme qui ont entre eux des relations charnelles, mais ne sont point mariés? Une simple réponse affirmative est évidemment impossible. Elle semblerait signifier que le commerce entre le concubinaire et la concubine est licite. Ce qu'il faut dire, c'est que les personnes dont il s'agit doivent vivre dans la continence, aussi longtemps qu'elles ne sont point mariées. Mais ajoutons aussi que, dans le cas de rapports sexuels avec plusieurs personnes, le crime de la fornication est évidemment plus monstrueux. Il satisfait davantage les passions et leur assujettit ainsi plus complètement la raison.

Comme la fidélité aux précédentes obligations, l'accomplissement du devoir dont nous venons de parler doit être assuré par une clause perpétuelle, explicite ou implicite, du mariage préalable. N'est-il pas indiscutable qu'il est utile au bien de l'enfant que cette promesse soit faite, et avant l'union corporelle?

14. Une quatrième obligation qui incombe encore à chacun des époux est celle de respecter toujours le droit que chacun d'eux a conféré à l'autre. C'est, en d'autres termes, l'obligation de garder l'indissolubilité du mariage, de s'abstenir du divorce. Ce devoir est manifestement distinct de celui de la communauté d'existence. Le premier, notamment, peut être méconnu quand le second ne l'est pas. L'obligation qui nous occupe existe-t-elle aux yeux de la raison pure?

Oui, sans nul doute, quand elle est prise dans le pacte d'échange du droit corporel, et nous avons vu à propos du principe du mariage préalable, qu'elle doit y être contractée, mais existe-t-elle de plein droit entre personnes qui ont

contracté mariage, sans penser à promettre l'indissolubilité. Telle est notre question.

Pour établir l'affirmative, nous ne nous contentons point de rappeler la définition que nous avons donnée du mariage. A la vérité, cette expression sert ordinairement à désigner le contrat par lequel un homme et une femme se donnent le droit perpétuel d'exiger l'un de l'autre l'œuvre de la génération; mais ce fait ne prouve point qu'une autre espèce d'union ne serait pas licite, il force seulement à conclure que le nom de mariage ne peut lui être donné.

Néanmoins nous pouvons très facilement montrer, grâce aux explications déjà données, que le devoir de la fidélité ou de l'indissolubilité s'impose de plein droit aux conjoints.

N'avons-nous pas vu que les parents doivent, à l'imitation de la sollicitude divine, faire ce que veut le bien de leur fils? Ne savons-nous pas également que l'intérêt de l'enfant demande la communauté perpétuelle d'existence entre le père et la mère, et que cette communauté est facilitée si chacune des parties se prête aux relations sexuelles avec l'autre? Les époux, pris comme parents, sont donc tenus à l'indissolubilité. Or, s'il en est ainsi, les conjoints, en leur seule qualité, c'est-à-dire avant la consommation de leur mariage ou malgré leur stérilité, sont obligés de la même manière. S'ils divorçaient, ils donneraient, en effet, un exemple nuisible à l'union perpétuelle des parents qui ont une postérité.

Il ne peut être question d'indissolubilité relativement à l'homme et à la femme qui n'ont pas fait précéder du mariage leurs rapports sexuels et qui, depuis, n'ont point passé ce contrat. Faut de cette convention, ils n'ont point le pouvoir de réclamer l'un de l'autre l'œuvre de la chair; l'obligation de ne pas retirer ce droit est donc impossible. Seulement, l'homme et la femme qui ont eu commerce entre eux, doivent, en principe, pour la réparation de leur faute,

s'unir par le mariage après ce pacte, ils n'échapperont point au devoir de l'indissolubilité.

Nous avons étudié quatre obligations qui, d'après la seule raison, incombent aux conjoints. Elles seront appelées, dans les explications qui vont suivre, les devoirs conjugaux. Il existe, à la vérité, quelques autres obligations auxquelles convient la même dénomination; mais nous nous contenterons de les citer: le devoir de l'affection entre époux et celui de l'assistance réciproque; pour la femme le devoir du respect du mari, et pour ce dernier le devoir de protection de la femme, déjà mentionné plus haut.

15. Aux quatre obligations naturelles de la cohabitation perpétuelle entre époux, de la soumission de la femme au mari, de la monogamie et du respect perpétuel du droit conjugal correspondent les lois naturelles de la communauté perpétuelle d'existence entre époux, de l'autorité maritale, de l'unité et de l'indissolubilité. Adoptant des dénominations qui ne leur sont point exclusivement propres, car le mariage a d'autres règles naturelles, mais qui leur conviennent spécialement à cause de leur importance particulière, nous donnerons à ces principes et à la loi du mariage préalable public les noms de lois de la société conjugale, de lois matrimoniales ou du mariage.

Mais nous devons mettre en garde contre une exagération. Les règles dont il s'agit, en tant que perçues par la raison seule, ne sont point aussi absolues que peuvent l'être des lois divines positives. Les deux principes d'où elles dérivent, n'ont-ils pas eux-mêmes un caractère relatif? S'il est vrai que l'homme et la femme disposés à rapprocher leurs sexes doivent tendre à procurer le bien de l'enfant qui leur devra l'existence, n'est-il pas vrai aussi que cette loi commande seulement des efforts modérés, eu égard à l'importance du but à atteindre? Et le précepte social de l'exemple, ne serait-il pas absurde de le croire illimité? La

loi de charité qui est son point de départ n'a pas cette rigueur. De cette double considération se dégagent trois conséquences.

Premièrement, la cohabitation et en même temps l'union sexuelle cessent provisoirement d'être obligatoires lorsqu'elles deviennent considérablement pénibles, eu égard aux intérêts si graves qui en demandent le maintien, eu égard aussi aux titres particuliers des enfants et du conjoint au dévouement de l'époux qui souffre de la vie commune et dont l'éloignement sera préjudiciable à ces personnes. La cohabitation est plus obligatoire pendant qu'on se fait l'éducation des enfants ; alors, en effet, elle est plus indispensable. La séparation des époux lorsqu'elle est motivée par une cause qui entraîne la cessation provisoire du devoir de la communauté d'existence s'appelle la séparation de corps.

En second lieu, si l'on suppose une personne à laquelle il soit trop pénible, malgré toutes les considérations qui le lui demandent, de continuer ses rapports conjugaux avec son conjoint, et à qui en même temps l'absence de relations sexuelles soit aussi trop pénible, alors un second mariage sera licite ; et partant, comme la concomitance des unions sexuelles avec divers conjoints doit être évitée, le droit du premier époux sera supprimé. En d'autres termes, le divorce sera possible puisque par divorce on entend la séparation des époux avec licéité d'un second mariage par suite de la dissolution du premier.

Troisièmement, il faut aller plus loin. S'il y a dans un homme un extrême développement des instincts charnels, la polygamie prise non pas dans le sens atténué de polygamie successive, mais dans celui de la concomitance dont il vient d'être question, pourra se trouver licite. Nous n'étendrons point cette proposition à la polyandrie. La pluralité des maris est bien plus nuisible à l'éducation de l'enfant que celle des épouses : elle rend, en effet, la filiation douteuse.

Aussi ne voyons-nous pas de circonstances qui puissent la justifier.

Nos trois solutions seront-elles taxées de faiblesse ? Nous ne pouvons le croire. Qui n'admet la séparation de corps ? Qui ne sait que la loi donnée par Dieu au peuple juif tolérait le divorce ?

On lit dans le Deutéronome : « Lorsqu'un homme aura épousé une femme et aura vécu avec elle, si celle-ci ne trouve pas grâce devant les yeux de son mari par suite de quelque cause de répugnance, le mari écrira un acte de divorce et le remettra entre les mains de la femme, et il la renverra du domicile conjugal » (1).

En ce qui concerne la polygamie elle-même, saint Thomas enseigne qu'au point de vue de la nature seule elle n'est pas absolument illicite : « La pluralité des épouses n'est pas contraire aux premiers principes de la loi naturelle » (2).

Parlant de la polyandrie, il dit, au contraire : « Par la polyandrie, l'éducation de l'enfant est tout à fait supprimée ; elle rend, en effet, la paternité incertaine » (3).

Nous voici arrivé au terme de notre exposé général des données de la raison pure relatives au mariage. Les lois que nous avons établies peuvent-elles être valablement modifiées par des conventions ? Non, Dieu ne peut sanctionner de semblables pactes. Manifestement ils rendraient la famille

(1) « Si acceperit homo uxorem et habuerit eam, et non inuenit gratiam ante oculos ejus propter aliquam foeditatem, scribet libellum repudii, et dabit in manus illius, et dimittet eam de domo sua » (Cap. XXIV, v. 1).

(2) « Pluralitas uxorum non est contra præcepta prima legis naturæ » (*Summa theol. Supplementum*, quæst. LXV, art. I, ad septimum).

(3) « Educatio totaliter tollitur, quia ex hoc quod una mulier plures maritos haberet, sequeretur incertitudo prohs respectu patris..... » (*loc. cit.* ad octavum).



moins capable d'être ce que pour la gloire de Dieu il faut qu'elle soit : par la transmission des traditions, et conséquemment par la bonne éducation des enfants, l'instrument principal, dans l'ordre naturel, du règne de la Divinité sur la terre.

16. Selon ce que nous avons annoncé, plusieurs points particuliers doivent encore être examinés dans la présente section. Nous allons d'abord les déterminer.

Par la licéité possible de l'union des sexes, nous avons prouvé que le mariage peut conférer le pouvoir d'exiger l'acte conjugal et nous savons en outre qu'il entraîne pour les parties plusieurs obligations, notamment celles de la communauté perpétuelle d'existence, de la soumission de la femme au mari, de la continence en dehors des relations avec le conjoint et du respect perpétuel du droit conjugal. Toute convention appelée mariage produit-elle ces effets? N'existe-t-il pas des causes naturelles de nullité du mariage, ou plus brièvement, des nullités naturelles de mariage, ou bien encore des empêchements dirimants naturels? L'intérêt de cette question est évident : comment n'importerait-il pas à une personne qui paraît être mariée de savoir si elle a le droit et les obligations de conjoint?

L'expression d'empêchements dirimants naturels n'est pas très exacte. Dirimant signifie qui rompt, qui détruit; or, les causes naturelles de nullité du mariage ne détruisent point précisément la force de cette convention, car elles empêchent le contrat de se former. Mais le terme qui nous occupe est usuel, et il a sur les expressions qui lui sont synonymes l'avantage de mieux marquer la distinction entre les nullités et les empêchements prohibitifs.

Les empêchements prohibitifs sont les causes morales qui mettent obstacle à ce que le mariage soit conclu, ou, en langage juridique, à la passation de ce contrat, mais non à sa validité. Quels sont les empêchements prohibitifs naturels?

Manifestement, nous devons répondre à cette question. Elle est importante.

Il nous faudra donc parler des deux sortes d'empêchements naturels.

Après ce double travail, nous nous attacherons à la loi de l'autorité maritale pour régler les détails de son application, et enfin nous traiterons du régime pécuniaire naturel des conjoints.

De là les quatre articles suivants :

ARTICLE I. — Des empêchements dirimants naturels ;

ARTICLE II. — Des empêchements prohibitifs naturels ;

ARTICLE III. — De l'autorité maritale ;

ARTICLE IV. — Du régime pécuniaire naturel des conjoints.





## ARTICLE I.

**Des empêchements dirimants naturels.**


---

17. Disons-nous : le mariage est un contrat, et un contrat est valide quand les volontés des parties concordent réellement; par conséquent notre tâche revient à savoir quelles sont les hypothèses dans lesquelles deux personnes, qui semblent se marier, ne consentent pas réellement à se donner l'une sur l'autre le droit conjugal? Non, nous ne pouvons pas tenir ce langage. Que recherchons-nous, en effet? Toutes les causes naturelles qui peuvent empêcher un pacte matrimonial de procurer le pouvoir de conjoint. Or, il peut arriver que, malgré le consentement de deux parties à l'échange du droit sexuel, leur convention ou leur mariage apparent ne donne point ce pouvoir même selon la nature. C'est ce qui résultera certainement de l'impossibilité matérielle de la prérogative dont il s'agit. Il y a donc un empêchement dirimant, naturel, distinct du défaut de consentement : c'est l'impuissance. Mais est-il le seul dans son genre? N'y aurait-il pas des impossibilités d'ordre moral naturel à la ratification divine du contrat? Il est évident que si Dieu qui est le maître des corps ne sanctionne point le pacte matrimonial, comme nous ne pouvons nous obliger uniquement par nous-mêmes, le droit sexuel ne saurait être acquis. En d'autres termes, si la loi du respect des engagements pris n'intervient pas, il est impossible que ce droit s'établisse. Et, d'autre

part, n'existerait-il point des hypothèses, exceptionnelles sans doute, dans lesquelles, au jugement de la raison, on trouverait un obstacle à ce que Dieu ratifie le pacte matrimonial ?

Après avoir parlé de l'impuissance, nous examinerons donc si, dans l'ordre moral naturel, il n'existe point de impossibilités analogues. Enfin, nous traiterons du défaut de consentement à l'échange du droit sexuel.

Tel sera le triple objet des trois paragraphes suivants.

## § I.

### De l'impuissance.

18. L'impuissance ne doit pas être confondue avec la stérilité. La première est l'impossibilité, et la seconde l'infécondité de l'union physique. D'après cette seule explication, il est incontestable que si une personne est frappée d'impuissance perpétuelle, elle ne peut conférer sur soi le pouvoir d'exiger l'acte de la génération. Mais il n'est pas moins clair que l'attribution du droit dont il s'agit ne saurait être empêchée par une impuissance qui n'existe pas encore, ou qui ne doit pas durer toujours. Cette maxime de bon sens, qu'à l'impossible nul n'est tenu, ne trouve plus son application. C'est donc seulement l'impuissance antérieure au mariage et perpétuelle qui est un empêchement dirimant.

Quel est, au juste, l'effet de celui-ci ? Deux questions se posent. L'œuvre de la chair ne peut être exigée ni de l'une ni de l'autre des parties, puisqu'elle est impossible ; mais les rapports intimes qui favorisent l'union sexuelle ne leur sont-ils point permis ? En second lieu, les devoirs conjugaux ne leur incombent-ils pas pour autant que leur accomplissement est possible ?

19. C'est par la négative qu'il faut répondre à la première question. La raison voit que si Dieu, malgré l'empire qu'elles donnent aux sens, permet les relations qui nous occupent, c'est en tant qu'elles favorisent l'acte de la procréation. En conséquence, lorsque celui-ci est impossible, elles sont elles-mêmes, dans l'hypothèse actuelle, réprouvées par notre jugement comme un pur désordre. A la vérité, il ne nous paraît pas que la même appréciation soit vraie dans le cas d'impuissance postérieure, mais pourquoi? Parce que des intimités légitimes se sont établies et qu'il serait au-dessus des forces ordinaires de la volonté humaine d'exiger la suppression de cet état de choses dûment établi. D'ailleurs, comme dans l'hypothèse dont il s'agit le mariage a pu se former, il est facile d'admettre qu'il produit alors tous ses effets possibles.

19<sup>bis</sup> Deuxièmement, les lois de la vie commune, de l'autorité maritale, de l'unité et de l'indissolubilité obligent-elles les parties? C'est encore négativement qu'il faut se prononcer. Quelles sont les raisons pour lesquelles ces règles s'imposent aux époux? Nous l'avons dit : l'intérêt de l'enfant dont la conception a été préparée par l'échange du droit sexuel, et, en ce qui concerne les mariages irrémédiablement stériles, le devoir de l'exemple. Or, ces motifs n'existent point dans notre hypothèse. Les parties ne doivent rien faire pour le bien d'un enfant dont la conception est impossible. D'autre part, elles n'ont point d'exemple à donner aux mariages féconds parce qu'elles ne sont pas un mariage, et surtout parce que finalement si elles pratiquent les lois du mariage elles donnent ainsi un exemple funeste, comme nous allons le dire dans un instant.

Ici encore nous avouons que dans l'hypothèse d'impuissance postérieure les lois matrimoniales continuent à obliger les parties. Mais la situation est bien différente. Alors il y a des enfants dont l'intérêt réclame des époux la fidélité aux

devoirs conjugaux, ou bien il y a l'ordre normal des sociétés conjugales à maintenir puisque le mariage s'est formé.

20. Contre notre doctrine que, dans l'hypothèse d'empêchement dirimant d'impuissance les lois matrimoniales n'ont point lié les parties, objecterait-on qu'elles sont tenues de ces devoirs conjugaux parce qu'elles les ont acceptés? Nous ferions trois réponses. Premièrement, le fait allégué n'est pas nécessaire, si l'on veut parler d'un consentement direct il se peut que les parties n'aient pas voulu positivement s'obliger à l'observation des lois qui viennent d'être rappelées. En second lieu, il se peut aussi, et même cette interprétation est la plus vraisemblable, que les personnes que nous occupent, n'aient voulu se soumettre aux règles de mariage que pour le cas où le droit de conjoint leur appartenait. Enfin, une volonté absolue d'obéir à ces lois sera elle-même loin d'être pleinement efficace. La cohabitation et la soumission de la femme ne deviendraient obligatoires qu'autant qu'elles ne dégénéraient point en cause grave de fornication, qu'autant, dès lors, qu'il ne s'agirait point d'une cohabitation et d'une soumission dans le genre intime de celles de l'épouse. D'unité ou d'indissolubilité du droit conjugal, il ne pourrait, à s'en tenir au sens propre de ces termes, être question, puisque le droit conjugal n'existe point dans notre cas d'impuissance antérieure et perpétuelle. L'engagement qui tendrait à les établir ne pourrait valoir que comme promesse de célibat, et sa validité serait sujette à la même restriction que celle de la clause relative à la vie commune.

21. Une autre objection consisterait à dire que peu d'hommes étant assez réfléchis pour se rendre compte de l'effet de l'impuissance sur le mariage, l'inobservation des lois de la société conjugale par les personnes que nous supposons serait un scandale. Mais nous répartirions que si cette constatation de fait est exacte, c'est précisément une raison

pour que l'exemple de l'accomplissement des devoirs d'époux non seulement ne soit point obligatoire, mais doive n'être pas donné dans notre hypothèse. La pureté des mœurs demande que les hommes fassent la distinction, au point de vue de la moralité, entre le contrat par lequel un homme et une femme se confèrent mutuellement le droit d'exiger l'acte conjugal, et d'autre part une convention ayant pour objet d'autres relations charnelles. Il ne faut pas que les hommes croient que des rapports charnels quelconques sont licites. Or, c'est ce qui arrivera aisément si la convention matrimoniale passée entre personnes dont l'une est frappée, dès le temps du contrat, d'impuissance perpétuelle produit les effets extérieurs d'un mariage; car alors un pacte qui réellement n'aura pour objet que des relations sexuelles indépendantes de l'acte de la génération, paraîtra valide.

## § II.

Existe-il parfois des impossibilités d'ordre moral naturel à la ratification divine de la convention de mariage ?

Cette question, il nous semble, ne doit être posée que relativement : 1° au défaut de publicité du contrat ; 2° au défaut, dans la convention, d'une promesse de fidélité aux lois conjugales ; 3° à un premier mariage existant ; 4° à la parenté.

22. Le mariage doit être public : mais l'inobservation de cette règle est-elle, selon la nature, une cause naturelle de nullité ? En faveur de l'affirmative, quelqu'un raisonnera ainsi : — Pourquoi la publicité du pacte matrimonial est-elle obligatoire ? Principalement parce que le bien de l'enfant la réclame. Or, peut-on admettre que le mariage soit valide

quand il n'est pas conclu de manière à procurer ce bien ? — Nous répondrons que le mariage est toujours conclu de manière à procurer le bien de l'enfant. Il ne faut pas oublier, en effet, que c'est un contrat par lequel un homme et une femme sont d'accord pour se conférer le droit perpétuel d'exiger l'un de l'autre l'acte conjugal. Or, il est évident que cette perpétuité garantit d'une manière encore assez large le bien de la postérité des époux. N'est-ce pas suffisant pour que naturellement Dieu ne refuse point d'appliquer à la convention intervenue la loi des engagements pris ? Est-il admissible que pour sanctionner le pacte matrimonial le Souverain-Maître exige que les parties remplissent à tous égards les conditions voulues par l'intérêt de l'enfant ? Non, car alors au grand détriment de l'enfant, pas un mariage, pour ainsi dire, ne serait valide : il faudrait qu'aux divers points de vue de la santé, du caractère, de la fortune et de la vertu, l'union des parties ne laissât rien à désirer relativement au bien de la descendance. Sans doute, il doit être sauvegardé par elles, mais apparemment cette règle peut exister sans que Dieu l'ait rendue obligatoire sous peine de nullité du mariage dans toutes les hypothèses où elle n'est point respectée.

On dira : le mariage clandestin est illicite naturellement, or, comment Dieu pourrait-il sanctionner une convention prohibée par la loi naturelle elle-même ? La solution de cette difficulté est dans ce qui précède. Pour qu'une convention matrimoniale soit illicite naturellement, que faut-il ? Simplement qu'elle ne soit point passée selon la règle qui prescrit à l'homme et à la femme disposés à s'unir de procurer à leur future postérité le bien de celle-ci, dans la mesure où l'application de la loi de charité les y oblige. Pour qu'une convention matrimoniale ne fût pas sanctionnée par Dieu, que faudrait-il ? Qu'elle ne fût pas de nature à procurer, même dans la mesure du nécessaire, le bien de l'enfant.



Car, nous l'avons fait remarquer, si, pour appliquer à un pacte conjugal la loi des engagements pris, le Souverain-Maître exigeait que l'intérêt de l'enfant fût plus pleinement sauvegardé, assez peu de mariages seraient valides. Ce résultat est-il acceptable par la sagesse du Créateur? Evidemment non (1).

Une autre objection se présente. — Puisque l'acte conjugal doit être précédé du mariage public, il est illicite lorsque cette règle de la publicité n'a pas été observée, et par conséquent il n'est pas exigible, il n'y a pas contrat. — Mais pour trois raisons cet argument ne prouve rien. D'abord, en thèse générale, la nécessité d'une formalité préalable à un acte et l'illicéité de cet acte si la formalité n'est point remplie sont choses séparables. Ce qui se rattache inévitablement à la nécessité dont il s'agit, c'est la culpabilité de l'omission. Secondement, pour démontrer que l'acte conjugal est illicite lorsqu'il n'a été précédé que d'une union clandestine, il ne suffit point d'invoquer la loi de la publicité du mariage : si ce contrat, quoique secret, est valide, l'acte conjugal sera licite, puisqu'il pourra être exigé. Troisièmement, il résulte de ce que nous venons de dire que l'objection n'est qu'un cercle vicieux ; elle suppose résolu ce qui est en question : la validité du mariage clandestin.

23. La question de savoir si le défaut, dans la convention matrimoniale, d'une promesse de fidélité aux lois du mariage est une cause naturelle de nullité, donnerait lieu à une discussion semblable à celle qui précède. Aussi, nous

---

(1) Sur la distinction entre le caractère prohibitif et le caractère irritant d'une loi, entre l'illégitimité et l'invalidité d'un acte, voir la *Theologia moralis fundamentalis* du très savant M. Bouquillon, doyen de la Faculté de théologie de l'Université catholique de Washington



contenterons-nous d'ajouter qu'une réponse affirmative obligerait à dire que jusqu'au temps où l'indissolubilité grâce au christianisme entra dans les mœurs, il y eut seulement des unions irrégulières et point de société conjugale.

Un premier mariage existant est-il un empêchement dirimant naturel ? Pas davantage. D'après les seules données de la raison, le second pacte formé par une personne déjà mariée oblige celle-ci pour le cas où elle survivrait à son premier conjoint. C'est l'exécution immédiate du contrat qui serait répréhensible. Elle irait contre la loi de l'unité ou contre celle de l'indissolubilité.

24. La parenté ou consanguinité est-elle, d'après la raison seule, un empêchement dirimant au mariage ?

Dans un travail du genre du nôtre, des explications élémentaires sur la parenté ne sont pas indispensables. Aussi au livre I, avons-nous pu, sans les avoir données, faire le classement des parents au point de vue de l'hérédité politique. Cependant, puisque nous sommes arrivés à la société conjugale qui est régulièrement le point de départ de la parenté, donnons sur celle-ci et sur les différentes manières de la mesurer quelques notions précises.

Si nous faisons abstraction des institutions religieuses et politiques, il n'y a qu'une espèce de parenté, la parenté naturelle ou selon la chair, tandis que si l'on tient compte de ces mêmes institutions il faut ajouter la parenté spirituelle et la parenté légale qui résulte du fait de l'adoption.

La parenté naturelle est le lien qui unit soit deux personnes dont l'une descend de l'autre directement ou par une suite connue de générations, soit deux personnes qui ne descendent pas l'une de l'autre, mais peuvent remonter directement ou par une suite connue de générations à un auteur commun.

Nous appelons l'attention sur ces expressions : « par une suite connue de générations ». Sans elles notre définition

autoriserait à conclure que tous les hommes sont parents. Or, cette manière de parler serait contraire à l'usage, et par conséquent ne peut être adoptée, bien qu'elle rappelle le fait vrai de la communauté d'origine. Mais nous faisons aussi remarquer que nous n'avons point dit : « une suite de générations connues », car la circonstance que les noms ou même l'existence de certains ascendants intermédiaires sont ignorés, n'empêche pas, si elle est exceptionnelle, d'admettre qu'il y a parenté entre un homme et un de ses ancêtres, ou entre deux personnes qui ont un auteur commun. Nous avons déjà dit que les personnes unies par la parenté, spécialement quand elle est légitime, composent la famille. Ce terme diffère de celui de tribu ou de race, en ce que ce dernier s'applique à toutes les personnes qui descendent d'un auteur commun, même par une suite non connue de générations.

La parenté naturelle est l'objet de deux distinctions : elle est légitime ou illégitime ; elle est en ligne droite ou en ligne collatérale.

La parenté légitime est celle qui ne résulte que de conceptions précédées de conventions matrimoniales valides ; la parenté illégitime est celle qui ne remplit point cette condition. L'expression de parenté naturelle prend souvent un sens restreint pour désigner cette parenté irrégulière.

La parenté en ligne directe est celle qui existe entre deux personnes descendant l'une de l'autre. On appelle ligne directe la série des personnes qui descendent l'une de l'autre. Dans le langage non figuré, la ligne directe est la ligne droite sur laquelle on place de haut en bas l'ascendant, le descendant et les ascendants intermédiaires, s'il y en a. La parenté en ligne collatérale est celle qui existe entre deux personnes ne descendant pas l'une de l'autre, mais qui peuvent remonter à un auteur commun. La ligne collatérale est la double série des personnes par lesquelles deux indi-

vidus qui ne descendent pas l'un de l'autre, remontent à un même auteur. Dans le langage non figuré, la ligne collatérale est une ligne brisée dont font partie les deux lignes droites partant des deux collatéraux dont on veut déterminer la parenté, et remontant vers l'ascendant commun. C'est donc à tort, selon nous, que Demolombe a dit (*Traité des successions*, I, N° 323) : « A proprement parler, il n'y a point de ligne collatérale..... Ce qui est vrai seulement c'est qu'il peut exister plusieurs lignes directes l'une à côté de l'autre, *a latere, ex transverso*, et qui se rejoignent au sommet ». Deux lignes droites qui se rejoignent ne forment-elles pas une ligne brisée ?

La parenté est plus ou moins proche suivant qu'une personne descend plus ou moins directement d'une autre, ou suivant que l'auteur commun à deux individus est plus ou moins rapproché de chacun d'eux. Ce caractère de la parenté d'être plus ou moins proche ou la proximité se mesure par degrés.

Un degré est l'intervalle compris entre deux personnes qui se suivent sur les lignes directe ou collatérale. Dans la ligne directe, le calcul des degrés ne peut donner lieu à aucune difficulté. Il y en a autant que de générations.

Mais comment supputer le nombre des degrés en ligne collatérale ? Le droit canon et le droit français ont chacun leur système. Les canonistes considèrent une des lignes par lesquelles les deux parents dont ils s'agit de mesurer la proximité arrivent à un auteur commun, et ils comptent autant de degrés en ligne collatérale qu'il y en a dans cette ligne directe. Si de deux lignes droites l'une marque plus de générations que l'autre, c'est sur la première que se fait le calcul : « *Gradus remotior trahit ad se propinquiores* ».

Le système français consiste à déterminer le degré de parenté entre deux collatéraux par le nombre total des degrés qui se trouvent dans les deux lignes directes partant

de ces personnes et aboutissant à leur même auteur. C'est le procédé du droit romain. Il a l'avantage de marquer des différences réelles de proximité entre personnes que le moyen canonique place au même rang par rapport à une autre. C'est ce qui arrive quand deux personnes considérées par rapport à une troisième sont à des distances inégales de celle-ci, mais pourtant l'une et l'autre du côté où, les degrés étant moins nombreux, ils ne sont pas comptés. Seulement on peut faire remarquer que l'avantage dont il s'agit n'est à apprécier qu'en une matière civile, celle des successions où il faut, en effet, à la différence de ce qui arrive dans le mariage, comparer entre eux des proches considérés par rapport à un autre. Beaucoup pensent que l'Église a longtemps employé le système romain ; toutefois, on voit saint Grégoire le Grand se servir de celui que le droit canon a adopté. Au onzième siècle les partisans du système civil l'appliquèrent à la détermination de l'empêchement de parenté. Ils restreignaient, dès lors, cet empêchement ; aussi furent-ils poursuivis comme hérétiques et appelés *Incestuosi*. En l'année 1215, le quatrième concile général de Latran fit régner partout dans l'Église le système qu'elle pratiquait déjà (Carrière, *De matrimonio*, N° 668).

A la rigueur, les deux modes de calcul dont nous venons de parler, sont tous les deux sujets à critique. Ils laissent à désirer, même le second, au point de vue de la précision. Le premier place à un même rang, par rapport à une personne, des collatéraux de celle-ci qui ne lui sont cependant point également proches : l'oncle et le cousin germain, par exemple. Le second n'est pas non plus tout à fait exempt du même défaut. Ainsi deux cousins germains sont, d'après le calcul français, parents au quatrième degré, et il n'en est pas autrement d'un petit-neveu et d'un grand oncle. Or, un grand oncle a droit à des égards qui ne sont point dûs à un cousin germain, et à l'inverse, celui-ci a la priorité sur

celui-là au point de vue des successions. C'est, du moins ce que nous avons établi en ce qui concerne l'hérédité politique. Le cousin germain d'un monarque défunt doit recueillir la couronne, de préférence à un grand oncle. D'un côté, en effet, l'oncle, père du cousin germain, l'aura emporté sur le grand oncle. Le premier et le père du roi décédé ont été formés par le même homme ; l'oncle a eu dès lors, plutôt que le grand oncle, des traditions communes avec le dernier souverain. D'autre part, le fils de l'oncle ou le cousin germain, à défaut de son père prédécédé, l'emporte également, parce que, pour la consolidation du principe héréditaire, il n'y a rien de mieux que d'attribuer la couronne à celui qui l'aurait recueillie, si l'héritier auquel elle devait d'abord revenir eût survécu (Tome I, N° 276 et suiv.).

De ces considérations nous concluons qu'une meilleure manière de calculer les degrés de parenté en ligne collatérale serait d'en indiquer le nombre pour chaque ligne. Aussi bien, ce système est en germe dans la coutume selon laquelle les demandes qui ont pour but de faire lever par l'Église l'empêchement dirimant de parenté doivent mentionner le nombre de degrés dans la ligne où le système canonique ne les compte pas. Objecterait-on la complication ? Il serait aisé de répondre qu'elle n'est pas grande et qu'elle est, du reste, une image fidèle de la parenté collatérale. Celle-ci ne résulte-t-elle pas de la réunion de deux lignes directes ?

A la parenté se rattache l'alliance. Souvent l'alliance est définie : le lien qui unit l'un des époux aux parents de l'autre. C'est ainsi que l'ont comprise les rédacteurs du code civil français. En droit canon, elle devient le lien qui unit l'un des deux auteurs de l'œuvre de la génération aux parents de l'autre. Ainsi, dans le langage des canonistes, si le mariage n'a pas été consommé, il n'y a pas alliance entre

l'un des époux et les parents de l'autre. A la vérité, cette union crée cependant un empêchement canonique analogue à celui de l'affinité : mais il est dit d'« honnêteté publique », *publicæ honestatis*. Le lien lui-même créé par le mariage non suivi de l'œuvre de la chair et pareillement celui qui résulte des fiançailles sont appelés *honestas publica*, dénomination peu exacte, car si le lien dont il s'agit met, pour un motif d'honnêteté publique, obstacle au mariage, il n'est pas lui-même cette honnêteté. De ce qui précède, il résulte qu'à un point de vue l'alliance est plus restreinte selon les lois canoniques que dans le droit français. Mais d'un autre côté elles l'étendent davantage, puisque, d'après elles tout acte conjugal, précédé ou non du mariage, produit l'affinité. Enfin, vulgairement on donne parfois au terme d'alliance une signification qui se rapproche principalement du sens juridique français, mais est plus générale. Les parents d'un conjoint et ceux de l'autre époux, également les conjoints de personnes parentes entre elles, se donnent réciproquement, comme marque d'amitié, le titre d'alliés. Nous ne voudrions point protester contre une coutume inspirée par un bon sentiment et même conforme à une notion ancienne de l'alliance que nous rencontrerons dans la section VIII. A un point de vue cependant, cet usage nous paraît regrettable. N'est-il point de nature à faire oublier qu'entre l'un des époux et les parents de l'autre, il y a un lien spécialement étroit, résultat de cette unité de chair que crée le mariage surtout lorsqu'il a été consommé ? Dès lors, généraliser l'alliance n'est-ce pas diminuer la notion des devoirs qu'elle entraîne ?

25. Arrivons maintenant à notre question : la parenté est-elle un empêchement dirimant naturel ?

Tous les anciens auteurs répondent affirmativement, mais ils ne sont point d'accord sur l'étendue de leur principe. Aujourd'hui les conclusions de maîtres de la physiologie sont en faveur de la solution contraire.



26. Voici comment s'exprime saint Thomas :

« Ce qui empêche le bien des enfants empêche aussi mariage selon la loi naturelle. Or, la consanguinité est obstacle au bien des enfants. Ainsi que l'a dit saint Grégoire « l'expérience nous apprend que d'un tel mariage il ne peut pas naître une heureuse postérité ». La consanguinité empêche donc le mariage selon la loi de la nature. . . . . En matière de mariage est réprouvé par la loi naturelle ce qui rend le mariage impropre à la fin en vue de laquelle il a été établi. Or, la fin essentielle et première du mariage est le bien des enfants, et ce bien est empêché par une certaine consanguinité entre les parties : celle qui existe entre le père et la fille ou entre le fils et la mère. Sans doute, cette parenté n'empêche pas totalement le bien des enfants, car la fille peut concevoir du père : ensemble ils peuvent nourrir et élever leurs enfants et procurer ainsi le bien de leur postérité. Mais ce but ne peut être atteint que trop imparfaitement. Il est contraire à l'ordre que la fille soit unie au père par le mariage. Ne devient-elle pas ainsi son associée dans l'œuvre de la génération et de l'éducation, elle qui doit être en toute chose soumise à son père, parce qu'elle procède de lui ? La loi naturelle veut donc qu'il n'y ait pas d'union entre le père ou la mère et leurs enfants. Cela est surtout vrai de la mère. Le respect dû aux parents est plus complètement détruit si le fils épouse la mère que si le père devient le mari de sa fille, puisque la femme doit une certaine soumission au mari » (1).

---

(1) « Illud quod impedit bonum prolis, etiam matrimonium impedit secundum legem naturæ. Sed consanguinitas impedit bonum prolis, quia, ut in littera ex verbis Gregorii habetur: « experimento didicimus, ex tali conjugio sobolem non posse succrescere ». Ergo consanguinitas secundum legem naturæ matrimonium impedit. . . In matrimonio illud contra legem naturæ esse dicitur, per quod matrimonium redditur



Le saint docteur continue :

« La fin secondaire du mariage est la répression de la concupiscence, et ce résultat ne serait pas obtenu s'il était permis d'épouser une parente quelconque. Même la concupiscence serait grandement excitée si des personnes qui doivent vivre sous le même toit pouvaient penser à s'unir » (1).

De là le scholastique conclut qu'il était bon que la loi divine positive empêchât, elle aussi, certains mariages.

Enfin, saint Thomas ajoute :

« Accessoirement la fin du mariage est aussi l'union entre les hommes, la multiplication des liens d'amitié, grâce à ce sentiment qui fait considérer au mari les parents de sa femme comme les siens propres » (2).

incompetens respectu finis ad quem est ordinatum. Finis autem matrimonii per se et primo est bonum prolis, quod quidem per aliquam consanguinitatem (scilicet inter patrem et filiam, vel filium et matrem) impeditur, non quidem ut totaliter tollatur, quia filia ex semine patris potest prolem suscipere, et simul cum patre nutrire et instruere, in quibus bonum prolis consistit, sed ut non convenienti modo fiat. Inordinatum enim est quod filia patri per matrimonium jungatur in sociam causâ generandæ prolis et educandæ, quam oportet per omnia patri esse subjectam, velut ex eo procedentem. Et ideo de lege naturali est ut pater et mater a matrimonio repellantur; et magis etiam mater quam pater, quia magis reverentiæ quæ debetur parentibus derogatur, si filius matrem, quam si pater filiam ducat in uxorem, cum uxor viro aliquantulum debeat esse subjecta » (Suppl. Quæst. LIV, art. 3).

(1) « Finis matrimonii secundarius per se est concupiscentiæ repressio, qui deperiret, si quælibet consanguineo posset in matrimonium duci, quia magnus concupiscentiæ aditus præberetur nisi inter illas personas quas oportet in eadem domo conversari esset carnalis copula interdicta » (eod. loc.).

(2) « Per accidens finis matrimonii est confœderatio hominum et amicitie multiplicatio, dum homo ad consanguineos uxoris sicut ad suas se habet » (eod. loc.).

Telle est, suivant la doctrine de l'Ange de l'École, raison pour laquelle les lois humaines et les canons de l'Église ont, à leur tour, étendu à un plus grand nombre de degrés l'empêchement de consanguinité.

Ainsi, d'après saint Thomas, la parenté est un empêchement naturel entre le père et la fille, le fils et la mère. C'est bien d'un empêchement dirimant que le grand docteur veut parler. D'une part, il traite de l'empêchement de consanguinité en même temps que des autres nullités de mariage. D'autre part, il le prend tel que les lois humaines le consacrent, puisqu'il les justifie d'avoir généralisé ce obstacle au mariage; or, chacun sait que c'est le caractère d'empêchement dirimant que les lois humaines, et notamment les canons de l'Église, donnent à la parenté.

Quant à la question de savoir si celle-ci met obstacle au mariage entre l'aïeul et la petite-fille, il y a plutôt désaccord. Certains théologiens adoptent l'affirmative. Quelques autres ont même admis une solution semblable relativement à l'union du frère et de la sœur (Gury, II, N° 802).

27. Nous avons dit que les conclusions de maîtres modernes de la physiologie tendent à faire croire que la consanguinité n'est pas une cause naturelle de nullité de mariage. D'après les observations de ces savants, que résulte-t-il, d'après eux? Que la parenté entre les époux n'est point en général nuisible à leur postérité, et qu'elle ne peut avoir d'inconvénients que si les conjoints ne sont point de constitution saine. Ces affirmations sont basées sur plusieurs genres de faits. La surdité était considérée comme la suite fréquente de l'union entre parents; or, il a été démontré par plusieurs statistiques qu'entre les sourds-muets très peu seulement sont nés consanguins. D'un autre côté, il est constaté que des îles ont été peuplées de races vigoureuses d'animaux, grâce à quelques ancêtres entre lesquels des unions consanguines ont dû avoir lieu. Partout on voit que de tels accouplements

donnent d'excellents rejetons. Enfin, est-ce qu'au commencement du genre humain les frères n'ont pas dû épouser les sœurs, et de nos jours n'observe-t-on pas que certaines familles ou même des populations entières se conservent d'une manière très satisfaisante, malgré de fréquents mariages entre proches ? (Voir *Die Thatsachen der Vererbung in geschichtlich. — Kritischer Darstellung*, 2<sup>te</sup> umgearbeitete Auflage, par le docteur Emmanuel Roth, Berlin, 1885).

Tels sont les deux systèmes en présence.

28. Pour nous, nous déclarons d'abord faire la distinction du point de vue que nous appellerons extra-social et du point de vue social. C'est-à-dire que nous croyons que notre question doit être résolue différemment suivant que l'on fait ou que l'on ne fait pas abstraction de l'intérêt social. Nous allons nous placer ici au premier point de vue, comme nous l'avons fait jusqu'à présent et comme nous le ferons encore dans l'article suivant, à propos de solutions pareilles à celles que maintenant nous justifions, lorsque, par exemple, nous parlerons de l'empêchement d'impuberté. Nous nous mettrons au second point de vue dans la section IV relative aux pouvoirs du souverain en matière de mariage, quand nous traiterons des empêchements dirimants civils.

A la vérité, ce point de vue extra-social n'est pas le point de vue réel et c'est pourquoi il y aurait injustice à nous reprocher sous le rapport pratique la négation de l'empêchement entre l'un des parents et leur enfant; mais nous croyons néanmoins utile de nous mettre ici sur le terrain qui vient d'être indiqué, afin précisément de rendre plus incontestable, en la plaçant sur sa vraie base, la vérité quant à la nullité de l'union entre parents, et aussi afin de la faire admettre dans toute son étendue.

Au point de vue extra-social, nous pensons que la parenté ne serait jamais, selon la nature, un empêchement dirimant;

mais, quoique nous ne contestions point la valeur des données expérimentales qui précèdent, c'est sur un autre fondement que nous appuyons notre conviction. Quel est-il ? Il se trouve dans la considération des garanties sérieuses que nécessairement offre le mariage au point de vue du bien de enfants, et d'autre part, dans l'impossibilité d'admettre que pour sanctionner le pacte matrimonial, Dieu exige que les parties remplissent à tous égards les conditions voulues par l'intérêt de leur postérité. Telles sont les raisons pour lesquelles le mariage entre parents est valide. La consanguinité des parties peut être un obstacle au bien physique au moral des enfants ; mais nous ne voyons pas que cette considération soit déterminante dans le sens de la nullité. Le bien de la postérité des époux ne peut-il point, malgré leur parenté, être procuré dans la mesure du nécessaire ? C'est ce que l'on accorde relativement à la plupart au moins des hypothèses de mariage en famille.

Soutiendrait-on que, dans les cas d'union entre le père et la fille, la mère et le fils, l'intérêt des enfants n'est pas assez garanti pour que le contrat matrimonial puisse se former ? Mais alors, comment expliquera-t-on la validité de certaines unions en fait aussi mal assorties que celles d'un père avec sa fille, ou même d'une mère avec son fils ? Car on ne prétendra sans doute point que de tels mariages sont nuls. Ce sont, dira-t-on peut-être, des faits auxquels Dieu ne prend pas garde, parce qu'ils sont exceptionnels. Mais est-ce que l'inclination du père pour la fille ou du fils pour la mère n'est pas encore plus rare ? Finalement s'il nous fallait admettre même au point de vue extra-social, la nullité de l'union du père et de la fille, nous serions plutôt déterminés par la considération de l'horreur universelle dont l'inceste est l'objet.

29. A la vérité, dans le supplément de *la Somme théologique* supplément fait d'après saint Thomas mais qui n'est pas,

proprement parler, de lui, on lit cette affirmation : « Ce qui empêche le bien des enfants empêche aussi le mariage selon la loi naturelle ». Mais les lignes qui suivent ne justifient pas cette proposition et nous osons dire que prise dans un sens absolu celle-ci est inadmissible, quand il s'agit d'empêchements dirimants. Si ce qui empêche le bien des enfants empêche aussi le mariage selon la loi naturelle, il n'y a de conventions matrimoniales valides que celles qui n'offrent rien de défectueux au point de vue de l'intérêt de la postérité des parties : le défaut de santé de l'une d'elles, leur misère, l'incompatibilité d'humeur deviennent des causes naturelles de nullité. Du reste, la suite du Supplément ne cadre pas avec la proposition combattue. La parenté de père à fille ou de mère à fils n'est, en effet, pas la seule que cette œuvre présente comme nuisible à la génération. Ne venons-nous pas d'y lire que, d'une manière générale, la consanguinité a ce défaut ? Le rédacteur devrait donc conclure que la parenté est un empêchement dirimant naturel, même lorsqu'elle est assez éloignée. Or, il se borne néanmoins à affirmer la nullité du mariage entre le père ou la mère et l'enfant. Nous savons bien ce qu'on répondra : dans l'hypothèse de cette dernière union le bien des enfants est plus pleinement contrarié, il ne peut pas être procuré d'une manière convenable, *convenienti modo*, suivant un terme du texte cité. Nous ne contestons point qu'il y ait une différence tenant aux rapports de filiation entre le père et la mère ; mais alors il faut reconnaître que le principe d'abord invoqué n'est pas concluant et que la nullité du mariage entre l'un des parents et son enfant provient seulement de ce que le bien de la postérité à naître ne pourrait pas être garanti d'une manière convenable. Or, c'est là ce que nous avouons ne pas voir, parce que nous croyons que du moment où le père et la mère ont mis leurs relations sous l'empire du pacte d'échange perpétuel du

droit conjugal, le bien des enfants est assuré dans ce qu'il d'essentiel, dans la mesure qui apparaît comme voulue par Dieu pour la sanction des engagements des parties.

Ce motif, s'il est juste, nous dispense de nous arrêter à la deuxième considération faite dans le même passage « Ainsi que le dit saint Grégoire, l'expérience nous apprend que d'un tel mariage il ne peut pas naître une heureuse postérité ». Un assez grand bien est garanti à cette dernière pour que la convention soit valide. Le supplément de la *Somme* ajoute : « En matière de mariage est réprouvé par la loi naturelle ce qui rend le mariage impropre à la fin en vue de laquelle il a été établi ; or, la fin essentielle et première du mariage est le bien des enfants, et ce bien est empêché par une certaine consanguinité entre les parties : celle qui existe entre le père et la fille, ou entre le fils et la mère ». Nous répétons que le mariage n'est jamais impropre à faire le bien des enfants ; il peut seulement ne pas offrir toutes les garanties utiles. Qu'alors la nature le réprouve, en ce sens qu'il peut être illicite, nous ne le contestons point mais elle ne le rend pas impossible. Nous croyons l'avoir prouvé. C'est également par cette distinction entre l'illicéité et l'impossibilité que nous répondrons à la dernière partie trop longue pour être rappelée, de l'argumentation que nous fait connaître. Oui, le mariage entre le père et la fille, entre la mère et le fils, met les époux dans une situation fautive qui réagit sur l'éducation des enfants ; il est illicite. Mais comme le bien de la postérité est cependant assuré, dans la mesure du nécessaire, par le seul fait de la collation d'un droit conjugal perpétuel, le pacte est valide.

Nous concluons donc qu'au point de vue extra-social la parenté ne serait pas, selon la nature, un empêchement dirimant. Au fond, cette doctrine est-elle vraiment contraire à la pensée, je ne dirai pas du docteur angélique, mais du rédacteur lui-même du Supplément ? Nous aimons à croire



qu'il n'en est pas ainsi. Parmi les raisons que donne le théologien, il en est une, en effet, qu'il nous reste à reproduire : « Ce qui a fait partie de la nature humaine depuis le commencement de celle-ci est une institution de droit naturel. Or, dès le commencement de la nature humaine, il fut établi que le mariage entre parents et enfants n'aurait point lieu. La Genèse (II, 24) dit, en effet : « L'homme laissera son père et sa mère ». Comme ces paroles ne peuvent s'entendre de la cohabitation, c'est le mariage entre parents et enfants qu'elles ont pour but d'empêcher. La consanguinité est donc un empêchement naturel » (1).

De cet argument ne peut-on pas induire que l'auteur quand il enseigne que la consanguinité est, de droit naturel, une cause de nullité du mariage, se place au point de vue, non pas de la raison pure, mais du droit divin positif, de ce que l'on appelle souvent le droit naturel secondaire ? Sans doute, les raisonnements que nous avons examinés plus haut sont de l'ordre purement rationnel ; mais peut-être n'étaient-ils, dans la pensée de celui qui les a formulés, que des considérations subsidiaires.

30 Dès avant de discuter les motifs présentés au nom du prince de la théologie, nous avons dit que, si nous ne contestions point la valeur des données de la physiologie moderne, nous n'en faisons cependant point la base de notre conviction. Autrement nous n'aurions point eu recours à ces deux idées que la convention matrimoniale garantit toujours

---

(1) Illud quod habet natura humana in prima sui conditione, est de lege naturæ. Sed a prima sui conditione hoc habuit humana natura, quod pater et mater a matrimonio excluderentur ; quod patet per hoc quod dicitur Genesis, II : « Propter hoc relinquet homo patrem et matrem » ; quod non potest intelligi quantum ad cohabitationem, et sic oportet quod intelligatur quantum ad matrimonii conjunctionem. Ergo consanguinitas impedit matrimonium secundum legem naturæ » (Suppl. quæst. LIV, art. 3).



sérieusement le bien de l'enfant, et que c'est assez pour la validité du mariage. Nous nous serions borné à dire : naturellement le pacte conjugal entre parents ne saurait être nul s'il n'est pas contraire à l'intérêt de la postérité de parties, or, il n'a point cet effet ; la consanguinité n'est donc pas un empêchement dirimant naturel. Nous n'avons point raisonné de la sorte, parce que les observations elles-mêmes des hommes compétents n'établissent point l'innocuité des mariages en famille.

Premièrement, en effet, on est unanime à reconnaître que la parenté des époux favorise l'hérédité des vices. Ce que l'on soutient seulement, c'est qu'elle n'est pas, abstraction faite des vices ou en général, nuisible à la postérité de conjoints. La concession ainsi faite est-elle considérable ? Assurément, car le nombre des personnes malsaines n'est pas insignifiant. De Maistre va jusqu'à dire : « Chaque forme organique portant en elle-même un principe de destruction si deux de ces principes viennent à s'unir, ils produiront une troisième forme incomparablement plus mauvaise ; car toutes les puissances qui s'unissent ne s'additionnent pas seulement, elles se multiplient » (*Du pape*, livre II chap. VII, art. 1).

Secondement, nous oserons même affirmer que les faits invoqués en faveur de l'innocuité de la parenté entre les époux ne sont point probants. Parmi les sourds-muets, très-peu, dit-on, sont nés de personnes consanguines. Nous le croyons ; mais il est évident que cette observation n'est pas suffisante : l'union entre parents ne peut-elle pas être funeste sans aller jusqu'à produire la surdi-mutité ? Les physiologistes allèguent aussi que des îles ont été peuplées de races vigoureuses d'animaux, grâce à quelques ancêtres entre lesquels des unions consanguines ont dû avoir lieu. Nous admettons une certaine analogie entre la constitution de l'homme et celle des êtres inférieurs ; mais de ce que de

animaux vivant en liberté dans un pays inoccupé ont pu s'unir avec succès, on ne saurait conclure qu'il en est de même parmi les hommes qui sont agglomérés; puis, est-ce que chez l'homme, qui est principalement un être spirituel, la partie physique n'est pas plus délicate que chez les animaux? Par cette dernière considération, nous écartons aussi le fait possible de l'innocuité d'accouplements entre animaux domestiques qui ont les mêmes ancêtres. Quant à l'heureuse fécondité des premiers mariages, nous pourrions répéter à son sujet ce que nous avons dit d'abord de la multiplication des animaux dans quelques îles. Enfin, si certaines familles ou même des populations entières se conservent d'une manière très satisfaisante malgré de fréquents mariages entre proches, ce fait n'est pas concluant. N'y a-t-il pas aussi des familles dont on croit ne pouvoir expliquer le dépérissement que par la consanguinité des mariages destinés à les perpétuer? D'autre part, il faudrait établir que dans les hypothèses où il paraît que la parenté entre époux ne produit pas d'effets fâcheux, ce n'est point que les inconvénients des mariages en famille sont heureusement combattus par une cause exceptionnelle; il faudrait établir aussi que la pratique des unions consanguines ne finira point, même dans ces cas, par être funeste.

Les faits ne prouvent donc point que la parenté entre les époux soit en général sans inconvénients. Nous inclinons même vers l'opinion contraire. Cette croyance est ancienne et fut unanime. Elle a été adoptée par les plus grands esprits et tenue pour vraie dans l'Église, quoique non consacrée par une décision infallible. Comment, dès lors, ne la présumons-nous pas vraie, quand elle ne nous est point démontrée fautive? Ne semble-t-elle pas concorder avec la loi universelle de la variété dans l'unité, ou avec cette règle semblable, mais moins générale, dont parle de Maistre :

« Quelle loi dans la nature entière est plus évidente que

celle qui a statué que tout ce qui germe dans l'univers désire un sol étranger? La graine se développe à regret sur ce même sol qui porta la tige dont elle descend; il faut semer sur la montagne le blé de la plaine, et dans la plaine ce blé de la montagne; de tous côtés on appelle la semence lointaine. La loi dans le règne animal devient plus frappante et aussi tous les législateurs lui rendent hommage par de nombreuses prohibitions plus ou moins étendues. Chez les nations dégénérées, qui s'oublièrent jusqu'à permettre le mariage entre des frères et des sœurs, ces unions infâmes produisirent de « monstres » (*Du pape*, livre II, ch. VII, art. 1).

Nous avons enfin discuté la vaste question de savoir s'il existe des impossibilités d'ordre moral naturel à la ratification divine de la convention de mariage et sur tous les points notre réponse a été négative, sauf l'importante distinction de points de vue que nous avons faite à propos de la parenté.

L'impossibilité matérielle du pouvoir conjugal est ainsi le seul empêchement dirimant naturel qu'abstraction faite du point de vue social nous admettions en plus du défaut de consentement des parties à l'échange du droit de conjoint. Nous arrivons à cette cause de nullité.

### § III.

#### Du défaut de consentement des parties à l'échange du droit conjugal.

31. Ce fait rend évidemment le mariage invalide ou impuisant à procurer le pouvoir de conjoint, puisqu'il l'empêche même d'exister à l'état de convention nulle. L'absence de consentement est donc un empêchement dirimant naturel

Le raisonnement que nous venons de tenir nous paraît juste ; néanmoins il ne nous satisfait pas pleinement. Sans doute, entre un homme et une femme qui n'ont point voulu se conférer l'un à l'autre le droit sexuel, il n'y a pas de mariage ; mais cette vérité n'a pas une très grande importance, si, indépendamment d'un contrat, une personne peut acquérir sur une autre le pouvoir qui fait l'objet du pacte matrimonial. Est-ce là un fait possible ? Non, à moins d'une volonté spéciale du Créateur qui est le maître des corps. Quelle est la fin en vue de laquelle le Souverain-Maître sanctionne le mariage, malgré l'empire que ce contrat donne aux sens ? La conservation et le développement du genre humain. On ne peut donc admettre que Dieu confère à un homme et à une femme, même indirectement, le droit d'exiger l'un de l'autre l'œuvre de la chair, lorsque le bien de leur postérité n'est point assuré dans la mesure du nécessaire. Or, il ne l'est point, si les personnes disposées à unir leurs sexes ne se donnent point elles-mêmes le pouvoir réciproque de réclamer l'œuvre de la génération. Dans une pareille hypothèse, en effet, il est presque certain que la cohabitation entre parents ne durera pas, et sans elle le bien de l'enfant ne sera que très imparfaitement réalisable. Tel est le motif pour lequel, par exemple, le consentement du père ne peut pas remplacer celui du fils ou de la fille. Nous n'avons point invoqué le droit de propriété de l'homme sur lui-même. Cet argument est généralement juste ; mais il ne l'est cependant pas toujours. Est-ce que ce droit de propriété empêche inmanquablement un souverain d'envoyer légitimement ses soldats à une mort certaine ? Sans doute, il ne les assujettit point à une « servitude perpétuelle » comme ferait, d'après une expression de saint Thomas, celui qui imposerait le mariage (Suppl. quæst. XLVII. art. 6), mais il importe peu : la restriction au droit de propriété de l'homme sur lui-même est-elle plus grande dans le second

cas que dans le premier? Telle est la question. Or, comment ne pas la résoudre négativement?

Ainsi, lorsqu'un homme et une femme qui semblent avoir consenti à l'échange mutuel du droit de conjoint n'ont pas eu vraiment cette volonté, non seulement la convention matrimoniale ne peut être valide, mais il est impossible qu'ils aient le pouvoir d'exiger l'union sexuelle soit acquis d'une autre manière. L'étude de l'empêchement dirimant naturel en l'absence de consentement des parties à l'échange du droit conjugal offre donc un réel intérêt.

Il s'agit de savoir quelles sont les hypothèses dans lesquelles, malgré l'apparence d'un mariage, se produisent cette cause de nullité.

Ces hypothèses, qu'il est permis de considérer comme autant d'empêchements dirimants naturels, peuvent être fixées au nombre de onze.

Ce sont les cas :

1° De faux ;

2° De consentement donné par un tiers ou par deux étrangers, au lieu de l'une des personnes que l'on prétend unir ou à la place de ces deux personnes ;

3° De volonté émise par un enfant qui n'est pas encore arrivé à l'âge de raison ou de discernement ;

4° De promesse faite par un insensé, sauf dans un intervalle lucide ;

5° D'engagement pris par une personne en état d'ivresse complète ;

6° D'une formule de consentement écrite sous une contrainte matérielle ;

7° D'une promesse faite par crainte et sans volonté de conférer le droit conjugal ;

8° D'erreur sur l'identité physique, ou même, mais exceptionnellement, d'erreur sur les qualités :

9° De consentement exprimé par plaisanterie ;

10° De consentement exprimé par mensonge ;

11° D'adjonction d'une clause dont la présence dans le pacte matrimonial fait qu'il n'y a point volonté d'échanger le droit à l'union des sexes.

32. Expliquons ces différentes hypothèses.

1<sup>er</sup> Cas. — On allègue une convention de mariage entre deux personnes, et l'on produit un écrit relatant ce contrat et signé des parties prétendues. Mais cette pièce est l'œuvre d'un faussaire : jamais l'homme et la femme que l'on prétend unis n'ont voulu appartenir l'un à l'autre. Il n'y a donc point de consentement au mariage.

2<sup>me</sup> Cas. — On soutient que deux personnes sont mariées, et l'on se fonde sur un accord en ce sens intervenu entre des tiers qui s'attribuent un mandat, mais cette allégation est mensongère. Le consentement des parties fait donc défaut. Nous rappelons d'ailleurs, que l'état conjugal ne peut résulter que d'un contrat, qu'il n'appartient point à ceux qui ont autorité sur un homme et sur une femme d'en faire un mari et une épouse.

3<sup>me</sup> Cas. — Un enfant s'est exprimé comme peut le faire une personne qui se marie. Mais il n'est pas encore arrivé à un âge où sa raison sache discerner au moins vaguement que, par les paroles prononcées, il va conférer le droit d'exiger de lui l'union sexuelle. Dès lors, il n'a point voulu conférer cette prérogative : le consentement n'a pas eu lieu.

4<sup>me</sup> Cas. — Une personne en état de démence a déclaré vouloir se donner en mariage, mais comme l'enfant, elle n'a pas connu la portée de ses paroles, ou bien la liberté intérieure lui a manqué. Alors le consentement a fait défaut ou, si l'on suppose seulement l'absence de liberté intérieure, il est non avvenu, parce que l'acte de la volonté n'ayant pas



été libre n'émane pas de l'homme pris comme tel et, conséquemment, ne l'oblige pas. C'est la conscience, interprète du législateur divin, qui proclame que l'homme ne se lie que par les mouvements de sa volonté desquels la raison s'aperçoit et qui sont libres. Réserve faite de ses droits, Dieu a placé dans l'homme même sa propre direction et il l'a mise dans l'union de la connaissance et de la volonté libre. Seulement le défaut de connaissance ou de liberté n'existe pas toujours chez le fou ; il faut excepter les intervalles lucides. Relativement à ces derniers on peut, il est vrai, demander s'il n'appartient pas à l'autorité compétente n'en pas tenir compte, et de déclarer nulle, sans distinction, le mariage de l'insensé. Mais la négative nous paraît certaine ; comme les intervalles lucides sont susceptibles d'être constatés, il n'y a pas lieu de n'en pas tenir compte.

Incontestablement il faut assimiler à la folie proprement dite une démence passagère provenant d'une surexcitation passionnée.

5<sup>me</sup> Cas. — Il s'agit d'un promettant qui se trouvait en état d'ivresse complète quand il a paru contracter mariage. Quelque peu intéressante que soit sa situation, on doit reconnaître qu'au point de vue du consentement elle est semblable à la précédente.

6<sup>me</sup> Cas. — On vient affirmer la formation d'un mariage en s'armant d'une formule de consentement écrite sous une contrainte matérielle. Il est évident que la volonté de conférer le droit conjugal a fait défaut.

7<sup>me</sup> Cas. — On a fait souffrir une personne, on l'a intimidée par des menaces pour lui arracher son consentement ou bien elle a craint pour d'autres motifs qu'un refus ne lui devînt préjudiciable ; et afin d'échapper à la douleur, de faire cesser les menaces ou de détourner le péril qui de lui-même menaçait, elle a exprimé ce que l'on demandait d'elle.



Mais elle n'a pas eu d'autre volonté que celle de simuler un consentement ; la volonté nécessaire à la formation du mariage , celle de conférer le droit désiré, elle ne l'a donc point eue.

Mais nous devons signaler trois méprises dans lesquelles on pourrait ici tomber.

En premier lieu il ne faudrait pas dire que le consentement que la crainte détermine est par cela seul simplement apparent. Quoique forcé il peut être réel et pas seulement fictif. Il n'a ce caractère que si la volonté de conférer le droit stipulé fait défaut. C'est dans cette absence qu'est l'empêchement dirimant et non dans la crainte. Si cette dernière est capable d'amener un homme à paraître conférer un droit que vraiment il ne veut point donner, elle n'a cependant pas nécessairement ce caractère. Voici une personne qui, non contrainte par la souffrance, par des intimidations ou par la crainte du péril qui menace de lui-même, n'aurait point promis ce qu'on lui a demandé ; il se peut, que placée sous cette influence elle se soit résignée, pour être sincère, à vouloir accorder ce que l'autre partie réclamait. On doit donc éviter de faire du défaut de consentement une conséquence nécessaire de la crainte. Remarquez, d'ailleurs, que la sincérité que nous venons de supposer donne au mariage une efficacité véritable pour le bien des enfants.

Mais, d'autre part, peu importe la cause de ce sentiment de crainte qui a fait dire ce que l'on ne pensait pas. Que cette cause ait été grave ou seulement de nature à impressionner une âme pusillanime, la solution ne change point. De même, il n'y a point d'exception à faire pour l'hypothèse où la cause de la crainte serait une juste menace comme celle de dénoncer un fait de séduction à la charge d'un homme si celui-ci ne consent à épouser sa victime. Pareillement il faut mettre et nous avons placé à côté des moyens violents ou d'intimidation un événement qui menacerait de lui-même

comme le danger d'une poursuite pour séduction, lors in  
 personne cependant ne cherche à obtenir le consentement  
 au mariage en annonçant qu'en cas de refus cette ac  
 sera intentée. Bref, toutes les fois qu'un sentiment de crainte  
 a porté l'un des contractants à manifester une volonté illu  
 réelle de s'obliger, il faut reconnaître que le consentement  
 de l'une des parties fait défaut. Concluons de là que  
 simple crainte révérentielle, c'est-à-dire spécialement  
 peur de s'exposer au courroux d'un père, peut donner lieu  
 l'empêchement dirimant de défaut de consentement. N'est  
 point possible qu'une fille, par exemple, cédant aux injec  
 tions paternelles déclare accepter le mari qu'on lui présente  
 lorsque cependant elle n'a point cette volonté ?

Seulement, cette seconde observation en appelle bien  
 une troisième.

Plusieurs, en effet, se méprenant sur la portée des paroles  
 qui précèdent, croiraient devoir protester. — Un tribunal  
 diraient-ils, dans les cas d'allégation de crainte non sérieuse  
 de menace légitime ou d'un danger qui se présente de lui  
 même, ne peut pas être autorisé par le législateur à admettre  
 celui qui extérieurement a consenti à faire la preuve de  
 crainte pour en conclure qu'intérieurement il ne l'a point  
 fait. La présomption du défaut de consentement par suite  
 de crainte est alors trop conjecturale pour que l'on expose  
 les juges au danger de la faire. Ce serait jeter imprudem  
 ment l'incertitude sur les mariages et offrir à certaines per  
 sonnes qui voudraient divorcer un moyen d'échapper à  
 loi de l'indissolubilité. La preuve de la non-réalité du con  
 sentement par suite de crainte, ne doit être permise qu  
 dans une hypothèse rare et particulièrement digne d'intérêt  
 celle d'une personne victime d'une crainte qui résulte d  
 violences ou de menaces graves et illégitimes. — Cette  
 manière de parler est très juste ; mais je n'ai rien avancé  
 qui lui soit contraire. Qu'ai-je dit, en effet ? Que sans di

distinguer entre les différentes causes possibles de la crainte, si l'une des parties exprime, sans l'avoir, l'intention de conférer le droit conjugal, la convention de mariage ne se forme point. Mais, je n'ai nullement prétendu qu'un tribunal eût toujours pouvoir accepter la preuve de la crainte. Loin de là. Je partage entièrement l'avis dont nous venons de nous faire l'interprète. Un législateur ne peut point souffrir que dans les hypothèses prévues par l'objection la validité du contrat matrimonial soit mise en question devant les juges. Un législateur, dira maintenant en sens opposé quelque autre adversaire, peut donc considérer comme mariés deux personnes qui ne le sont point, et leur imposer les lois de la société conjugale ? Dans les circonstances que nous avons supposées et dans d'autres semblables dont nous nous occuperons bientôt, certainement. L'autorité peut alors présumer le consentement que l'on prétend n'avoir pas été réel, et déclarer non recevable la preuve contraire ; elle peut s'en tenir à une présomption irréfragable. Elle le doit même, parce que le bien des familles et la moralité des mariages le demandent, selon ce qui a été dit. Sans doute, il y a là une situation fâcheuse pour celui qui, en réalité, n'a pas consenti. Il lui faudra, si l'autre partie exige la vie commune, s'exposer par la cohabitation au danger de relations charnelles qui seraient illicites puisque le pacte nuptial ne s'est point formé ; et ainsi peut-être, car c'est son devoir de se mettre à l'abri de l'incontinence, il devra donner alors son consentement. Mais il doit faire au bien public ce sacrifice de sa liberté de disposer spontanément de lui-même. Objectera-t-on que l'autorité qui agit de la manière indiquée s'expose volontairement à induire des personnes au mal, car en tenant pour la validité de certaines unions qu'elle sait pouvoir être nulles, elle arrive à imposer la vie commune à des personnes non mariées ? Nous répondrons : ce résultat est réel, mais peu importe, l'inconvénient

de mettre la chasteté de ces personnes en péril n'est, en effet, rien à côté des avantages que produit l'interdiction d'une preuve conjecturale. Cette défense sauvegarde les familles vraiment fondées, et elle assure l'observation de devoirs conjugaux entre véritables époux.

Qu'on veuille bien le remarquer : je ne dis nullement que la présomption irréfragable à laquelle se tiendra la justice remplacera la convention nuptiale, mais seulement que la personne qui allègue n'avoir pas consenti peut être mise dans une situation où la défiance de soi-même fera un devoir de contracter mariage.

Dans les développements qui précèdent, nous venons de toucher aux pouvoirs de l'autorité civile ou de l'Église en matière de mariage ; mais il fallait bien limiter le sens de nos explications sur le septième cas de défaut de consentement. Nous terminons par une observation très importante. Dans l'hypothèse de violences ou de menaces graves et illégitimes, il importerait peu que la volonté de la victime fût réelle, car la sanction divine ne vient pas ratifier une convention qui est un abus de la force. Grâce à cette donnée, la question du défaut de consentement par suite de crainte disparaît pour le juge ; ce qu'il doit examiner en cas d'allégation de crainte, c'est s'il y a eu des violences ou des menaces graves et illégitimes.

Nous arrivons à l'hypothèse d'erreur, et nous rappelons qu'en l'indiquant nous avons distingué l'erreur sur l'identité physique et l'erreur sur les qualités.

8<sup>me</sup> Cas. — Je suppose d'abord une erreur sur l'identité physique, sur l'identité entre la personne que l'on déclare épouser et l'être physique que l'on connaît, sur lequel on se propose d'acquérir le droit de conjoint. Un homme ou une femme a dit prendre pour épouse ou pour conjoint la personne présente devant lui ou devant elle. Mais une substitution avait eu lieu : la personne avec laquelle des paroles

de consentement au mariage ont été échangées n'est point celle que l'on voulait épouser. La volonté requise a donc manqué. Les paroles, en effet, importent peu : la personne présente n'est pas celle que l'on avait dans l'esprit ; ce n'est pas vers elle que la volonté d'attribuer le pouvoir de conjoint s'est dirigée.

Toutefois une exception doit être faite. Il peut arriver que le promettant soit disposé à épouser la personne qui est présente, quelle qu'elle soit, pourvu qu'elle ait une certaine qualité. Supposez un roi qui veut se marier à l'héritière d'une principauté qu'il convoite. Il ne considère qu'accessoirement la personne elle-même : il croyait que l'héritière était l'aînée des filles de tel prince, tandis que cette prérogative appartient à la cadette, et c'est à cette dernière qu'avec la pensée de parler à la plus ancienne, le roi dont il s'agit fait directement, ou par représentant, une promesse de mariage. Il y a erreur sur l'identité physique, dans le cas, du moins, où la fille aînée était physiquement connue du promettant, mais cette erreur n'empêche point alors la formation du contrat : ne supposons-nous pas que c'est uniquement ou principalement l'héritière que le monarque voulait épouser, et n'est-ce pas à elle que la promesse a été faite ? Cette exception est très rare, nous en convenons. Lorsqu'on se donne en mariage, il n'arrive guère que l'on ne considère qu'accessoirement la personne elle-même.

Jusqu'ici point de difficulté ; mais nous devons, en second lieu, prendre l'hypothèse d'une erreur sur les qualités. La personne présente, celle avec laquelle on échange des consentements à fin de mariage est physiquement celle que l'on a en vue ; mais l'un des promettants se trompe sur les qualités de l'autre partie. Par exemple, « j'avais promis à Paul, mon vieil ami, qui habite Saint-Domingue, de donner ma fille à son fils. Je ne connais pas ce fils autrement que par tout ce que m'avait écrit son père. Un jeune homme se

nous mettons point l'esprit à la torture pour arriver à démontrer qu'une méprise de ce genre n'entraîne le défaut de consentement que dans tels et tels cas où nous estimons que, grâce à une présomption particulièrement certaine de connexité entre l'erreur une fois démontrée et le défaut de consentement, un tribunal pourra permettre, sans trop d'inconvénients, la preuve de l'erreur. Toutefois le lecteur ne doit pas croire qu'en lui conseillant d'apporter dans cette étude une parfaite indépendance nous ayons l'intention de lui faire admettre dans beaucoup de cas réels l'absence de consentement par suite d'erreur sur les qualités.

Il est d'abord deux hypothèses dans lesquelles l'erreur sur les qualités d'une personne empêche certainement la volonté de l'épouser.

Premièrement, l'une des parties avait des doutes sur une qualité qui paraissait dans l'autre ; la première hésitait, par exemple, à croire au nom glorieux, aux titres, à la descendance, aux espérances héréditaires ou à la fortune actuelle dont la seconde semblait, à certains égards, pouvoir se réclamer. Dans cette situation, elle a cru bien faire de mettre une réserve expresse, ou au moins extérieure, à sa volonté d'accepter ce conjoint. Elle a déclaré consentir, mais pour autant seulement que telle ou telle qualité à laquelle elle tenait et qui lui paraissait problématique, existerait réellement : en d'autres termes, pour autant qu'il n'y aurait point erreur. Il est évident qu'en pareil cas s'il y a eu erreur, le consentement a fait défaut.

Ou bien, en second lieu, la restriction que nous venons d'indiquer n'a pas été faite extérieurement, mais intérieurement elle a eu lieu. Le résultat reste nécessairement le même. A la vérité, il y a cette différence que, plus haut, la condition étant connue de l'autre partie a pu être acceptée de celle-ci, de façon à constituer une sorte de second pacte inhérent au mariage. Mais qu'importe que, dans le cas



actuel, cette particularité n'existe point? L'absence de ce contrat accessoire ne peut pas faire, apparemment, que le consentement soit autre chose que ce qu'il a été. Si l'on a intérieurement subordonné à l'existence de telle qualité seulement apparente la volonté de conférer le droit conjugal, cette restriction a beau être tacite ou cachée; le consentement n'en fait pas moins défaut.

Faut-il n'admettre que dans ces deux hypothèses le défaut de consentement par suite d'une erreur sur les qualités? Non; un troisième cas doit être ajouté. Je suppose que l'on n'a mis à son consentement aucune restriction, ni expresse, ni tacite. On était, en effet, convaincu de la réalité de tel avantage mensonger qui paraissait appartenir à l'autre partie. Mais on attachait tant d'importance à cette qualité que ce n'est point la personne elle-même de l'autre partie, ou cet individu composé d'un corps et d'une âme, que l'on a eu en vue en déclarant consentir au mariage. C'est l'avantage lui-même que l'on avait dans l'esprit. C'est vers lui que la volonté de conférer le droit conjugal est allée. Il y a donc eu empêchement dirimant.

Il s'agit, si l'on veut, d'un mariage politique. Nous avons déjà pris un exemple de ce genre quand nous nous sommes occupé de l'erreur sur l'identité corporelle. Un roi déclare vouloir épouser telle princesse; mais ce n'est pas cette femme elle-même qu'il a en vue: c'est la qualité d'héritière de telle principauté dont il voudrait arrondir ses États. Or, il se trouve que cette prérogative n'existe point. Dès lors, le consentement fait défaut: l'objectif de la volonté était l'héritière et non point la personne, ou, si l'on aime mieux, c'était celle-ci, mais considérée comme héritière. De même, on déclare purement et simplement se donner en mariage à un homme, mais ce que l'on voit en lui, c'est le nom glorieux qu'il porte: or, il se trouve que ce n'est pas le sien. Ou bien, on prend le fiancé pour membre d'une famille qui est unie à



futur ait voulu conférer le droit conjugal à la partie présente. Que si l'on emploie l'autre manière de parler, la réponse est encore plus facile. Vous dites que vous n'auriez pas consenti ? A merveille, car cette objection est un aveu : vous n'auriez pas consenti ; c'est donc que vous l'avez fait. Aussi dans l'exemple ci-dessus d'un mariage qui se forme malgré une erreur sur une qualité, suffit-il de parler d'un prince qu'on envisage d'une manière quelconque, outre la qualité d'héritière, la personne elle-même, et n'est-il pas besoin de supposer que c'est cette dernière qui est considérée principalement (1).

Les mêmes explications pourraient être adaptées aux hypothèses de méprise sur le nom, la descendance, la fortune, la religion, l'honnêteté, l'honorabilité, la santé ou le caractère de l'autre partie.

Telle est notre doctrine relativement aux erreurs commises par l'un des contractants sur les qualités de l'autre. Elle est simple, nous semble-t-il. Seulement pour oser l'accepter, il faut, bien que finalement elle soit assez restrictive, s'être préalablement rendu compte que l'on peut hardiment reconnaître le défaut de consentement, sans craindre aucune conséquence sociale fâcheuse. Autrement il sera fort difficile, nous le répétons, de mettre la lumière dans le sujet actuel.

Un pareil jugement peut être téméraire ; mais ce qui nous autorise à le porter, pensons-nous, c'est l'attitude de théologiens éminents.

En premier lieu Gury et son savant annotateur Ballerini que disent-ils relativement à l'influence que l'erreur touchant les qualités peut avoir sur le consentement ?

---

(1) Voir Bouquillon, *Tractatus de virtute religionis*, tom I, note de la page 204.

Voici d'abord comment s'exprime l'auteur (*Compendium*, II, N° 795) :

« L'erreur sur les qualités est impuissante, quelle qu'elle soit, à rendre le mariage invalide. C'est qu'en effet l'erreur sur les qualités ne porte pas sur l'objet du contrat. Cet objet, c'est la personne même avec laquelle on contracte ; ce ne sont point ses qualités. Il faut excepter le cas où une qualité a été visée explicitement, comme une condition *sine qua non*, selon le langage habituel » (1).

Pourquoi l'auteur n'admet-il que l'exception de réserve expresse ? Incontestablement, ce n'est pas logique. D'abord une restriction intérieure empêche aussi bien le consentement, selon ce que nous avons dit plus haut. Il y a seulement cette différence que dans la première hypothèse le manque de volonté se manifeste clairement au dehors, tandis que dans la seconde il devient problématique pour le juge. D'un autre côté, est-il toujours vrai de dire : « l'erreur sur les qualités ne porte pas sur l'objet du contrat ; cet objet, c'est la personne même » ? Une qualité ne peut-elle pas être, en fait, par suite d'une manière de considérer du promettant, l'objet du consentement au mariage ? Nous croyons l'avoir établi par plusieurs exemples. Il y a donc deux autres exceptions que l'on ne peut pas plus rejeter que la première.

Aussi Ballerini reconnaît-il que, même si aucune restriction n'a été faite, l'erreur sur les qualités peut donner lieu au défaut de volonté. Mais dans quel cas seulement ?

---

(1) « Error circa qualitates personæ, qualiscumque sit, per se non irritat matrimonium. Ratio est, quia error circa qualitates non cadit in objectum contractus; objectum enim istud est ipsamet persona, cum qua contrahitur, ut modo dictum est, non vero sunt ipsius qualitates. Excepe, nisi qualitas *explicite*, velut conditio *sine qua non* (ut aiunt) intendatur ».

« Il est une seconde hypothèse, dit-il, non indiquée par l'auteur, dans laquelle une erreur sur une qualité rend nul le mariage. A la vérité, les deux cas peuvent être réunis dans cette règle générale, mais obscure : *l'erreur sur une qualité invalide le mariage, quand cette erreur est, en réalité, une erreur sur la substance.* C'est ce qui arrive d'abord dans le cas cité par l'auteur : lorsqu'une certaine qualité devient une condition du contrat. Il est manifeste, en effet, que si la condition fait défaut, le consentement qui lui est subordonné manque aussi. En second lieu, le même résultat se produit quand il arrive qu'une des parties se trouve personnifiée par une qualité, ou que la personne avec laquelle on contracte n'est connue et déterminée que par une qualité qu'on lui suppose ».

Si nous passons maintenant à des maîtres particulièrement autorisés en la matière du mariage, voici comment s'exprime Pirhing (Livre 1, Tit. I, n. 163.) Si la qualité sur laquelle l'une des parties se trompe est ce qui personifie et représente à l'esprit l'autre contractant qui n'est pas connu physiquement, alors il y a, en réalité, erreur sur la personne. La même idée est exprimée clairement par Sanchez (Livre 7. Disp. 18, n. 38) : « Quand l'erreur sur une qualité se transforme-t-elle en erreur sur la personne et entraîne-t-elle la nullité du mariage? Nous répondrons brièvement. Ce fait se produit quand les deux circonstances qui suivent sont réunies : la qualité sur laquelle on se trompe sert à déterminer la personne qui n'est pas connue sans cette qualité (c'est-à-dire autrement que par cette qualité); et d'autre part il n'appert point que l'on ait voulu contracter avec la personne présente, quelle qu'elle fût » (1).

---

(1) « Non in hoc tantum casu, sed etiam in alio, quem A. omittit. error circa qualitatem invalidum efficit matrimonium; quamquam

Ainsi, d'après Ballerini, Pirhing et Sanchez, si du moins nous interprétons la pensée du premier suivant celle du second et du troisième, c'est uniquement lorsque la personne à laquelle on déclare se donner en mariage n'était pas connue de l'autre partie. que la première a pu considérer, au lieu de la personne du stipulant, un avantage qu'on supposait à celui-ci. Mais, vraiment, est-il rationnel de tracer ainsi une limite infranchissable, quand on parle de la réalité de défaut de consentement et non de la preuve de ce fait? Pourquoi, par exemple, ce qui est vrai d'un roi qui n'a jamais vu sa fiancée, ne pourrait-il plus l'être s'il l'a rencontrée une fois?

D'autre part, dans l'hypothèse où c'est par suite d'une restriction mise à la promesse que l'erreur sur une qualité empêche le consentement, il semble, faute d'observation de la part de Ballerini, que, pareillement à l'auteur qu'il annote, il exige une réserve expresse. Tacite, elle ne ferait plus obstacle à l'existence de la volonté de conférer le droit

---

uterque casus contineri potest generali illa, utut subobscura regula, *ob errorem qualitatis matrimonium invalidari, quando ejusmodi error qualitatis transit in substantiam*. Primus itaque casus, quem et A. innuit, est, quando qualitas est conditio, sub qua præstatur consensus; manifestum est enim conditione deficiente, etiam conditionatum, id est consensum deficere. Alter casus est, quando qualitas est determinativa personæ, quæcum quis contrahere intendit; seu quando personam, cum qua contrahis, non cognoscis nec determinas, nisi ex indicio et nota illius qualitatis. Qua de re Pirhing (*Lib. 4, Tit. 1, n. 163*): *Si per qualitatem, in qua erratur, certa et individua persona designetur, animoque concipiatur, quæ visu prius ignota est, tunc error redundat in errorem personæ*. Item sat clare Sanchez (*Lib. 7 Disp. 18. n. 38.*): *Id explicandum, quando error circa qualitatem redundet in errorem personæ matrimonium dirimentem, dico breviter, tunc id accidere, quando erratur circa qualitatem, quæ certam personam designat, quæ contrahenti prius nota non erat absque illa qualitate (scil. nisi ex illa qualitate). nec constat, mentem contrahentis fuisse in personam sibi presentem, quæcumque illa sit, consentire ».*

conjugal à la personne présente. Comment justifier cette distinction ? Que la restriction soit formelle ou sous-entendue, l'intention ne reste-t-elle point la même ?

D'où vient ce manque de logique chez de si grands esprits ? Ce ne peut être qu'ils ne l'aient point aperçu. Il n'y a donc qu'une explication possible. C'est que par prudence ils n'ont pas voulu dire toute leur pensée, de crainte que la preuve de l'erreur sur les qualités ne dût être trop souvent autorisée dans les tribunaux. Ils ont redouté de leur reconnaître la liberté de permettre une preuve que les juges seraient exposés à tenir pour concluante, au grand détriment de la certitude et de l'indissolubilité des mariages. Mais ces appréhensions, les éminents auteurs dont nous parlons, les auraient point eues, s'ils avaient d'abord établi que le législateur compétent pour statuer sur l'existence des mariages, a le droit et même, en général, l'obligation de ne pas souffrir que la preuve de l'erreur de l'une des parties sur les qualités de l'autre soit autorisée. Ce principe posé, ils auraient pu, sans inconvénient, éviter des contradictions qui ont dû coûter à leur perspicacité, et épargner à leurs lecteurs d'inutiles efforts d'interprétation. Ils auraient été plus larges dans la détermination des hypothèses où le consentement fait défaut par suite d'erreur sur les qualités et c'est seulement le droit de faire la preuve de cette erreur qu'ils auraient limité aux cas de restriction formelle d'échange de promesses avec une personne que l'on ne connaît pas encore physiquement. Certes, ce n'est pas la règle ainsi posée que nous voudrions combattre. Si nous nous sommes permis de faire remarquer qu'il n'est pas exact de dire que l'erreur sur une qualité n'empêche le consentement que dans les hypothèses de restriction formelle ou d'un échange de promesses avec une personne que l'on n'a jamais vue, c'est une règle qui nous paraît très sage et la preuve ne puisse être reçue par les tribunaux que de

ces deux circonstances. Du moment où il n'y a pas eu de restriction expresse, si d'ailleurs la partie objet de l'erreur était déjà connue, il nous semble imprudent, parce que le manque de consentement reste trop conjectural, d'autoriser les juges à permettre de prouver l'erreur.

Au contraire, dans les deux hypothèses de restriction exprimée ou de personne inconnue physiquement, il y a des éléments de certitude suffisants pour que le législateur ne défende point de recevoir la preuve. Une restriction extérieure a-t-elle limité la promesse? Le législateur en ce cas ne peut point s'opposer à la preuve de l'erreur; car si celle-ci est démontrée à un tribunal, il ne sera pas réduit à statuer d'après des inductions conjecturales sur le défaut de consentement: la réserve ajoutée explicitement est, en quelque sorte, une preuve directe de l'absence de volonté. La personne avec laquelle on a échangé un consentement au mariage était-elle inconnue physiquement? De nouveau, après la démonstration de l'erreur, s'il ne devient pas matériellement certain que l'on n'a point voulu épouser l'autre partie, il y a des présomptions en ce sens qui équivalent à une certitude. Cette absence complète de fréquentations entre les futurs ne met-elle point à l'abri du péril de témérité les juges qui, de ce fait une fois établi, concluraient, en cas d'erreur sur la qualité désirée, à l'absence de consentement? Dans ces deux hypothèses, le législateur ne peut donc défendre aux tribunaux de recevoir la preuve offerte. Autrement il s'exposerait, sans motif d'intérêt public, à tenir pour mariées des personnes qui ne le sont point, à leur imposer, notamment, le sacrifice de supporter la vie commune quand ni le bien social, ni, par conséquent, la loi d'assistance mutuelle ne le commandent. Dès lors, la volonté du souverain non sanctionnée par la loi de nature resterait sans force obligatoire, si du moins il s'agit d'un souverain temporel, et l'exécuter serait un attentat.



Avant de quitter le huitième cas de défaut de consentement, je dois encore me demander si une erreur sur les qualités qui, par elle-même, n'empêcherait pas le consentement, fait obstacle à celui-ci lorsqu'elle est le résultat du dol de l'autre partie. Mais non, évidemment. Qu'y a-t-il de nouveau dans l'hypothèse actuelle? Tout simplement que l'erreur a une cause coupable : rien de plus. Apparemment cette faute ne fait point par elle-même que l'on a mis une restriction au consentement, ou que le promettant faisant abstraction de la personne a considéré uniquement l'avantage que celle-ci s'attribuait. Peu importe, d'ailleurs que le dol ait été décisif, déterminant, *dans causam contractui*. C'est l'application d'un principe formulé plus haut quand nous ne supposions pas à l'erreur une cause frauduleuse. Que votre futur vous ait trompée sur ses qualités, et que ce soit par ce moyen qu'il ait obtenu votre consentement, il n'en est pas moins possible qu'en promettant vous ayez considéré, et sans l'idée d'une restriction, l'individu lui-même. Le dol déterminant n'a donc nullement par lui-même pour conséquence, le défaut de consentement.

Reste, il est vrai, relativement au dol, une question à poser et une objection à prévoir.

En premier lieu, le législateur compétent pour statuer sur la validité des mariages ne peut-il point autoriser plus facilement la preuve du défaut de consentement, lorsqu'on allègue que la cause de ce fait a été une tromperie du stipulant? Rigoureusement, cette question est ici prématurée. Mais elle tient étroitement à notre sujet et peut être brièvement résolue. Personne n'est d'avis de faire cette différence : ni les théologiens, ni nos jurisconsultes, et cette fermeté me paraît très sage. Je crois avec les théologiens (Gury. I. n° 796, 2°) qu'il n'y a pas lieu de distinguer suivant que l'erreur de l'un des promettants est ou n'est point imputée à l'autre partie, nous tenons que jamais les tribunaux n'



peuvent être autorisés à permettre la preuve d'une erreur sur les qualités, en dehors des hypothèses de restriction expresse ou d'échange d'engagements avec une personne que l'on n'a jamais rencontrée. Pourquoi, en effet, serions-nous plus larges, dans le cas de dol ? Ce fait rend-il moins problématique la restriction secrète qui serait alléguée ou bien moins invraisemblable que l'on ait considéré une qualité à l'exclusion de l'individu lui-même ? Loin de là ; il y a, au contraire, tout particulièrement lieu de croire que l'imposteur a su rendre sa personne agréable et ainsi emporter un consentement sans réserve, un consentement dont il a été lui-même l'objet.

En second lieu, l'objection est celle-ci : — En disant que le dol n'empêche pas plus qu'une erreur spontanée le consentement vous êtes dans le vrai ; mais peu importe, car le mariage déterminé par dol n'en est pas moins invalide. Il est nul parce qu'un contrat suppose, outre le consentement des parties, la sanction divine et que celle-ci n'est point donnée au pacte nuptial dolosif. Peut-on admettre que Dieu ratifie une convention contraire au bien des hommes ? Or, telle serait celle dont il s'agit. Sanctionnée, elle constituerait un encouragement à la fraude et une violation de la loi de la réparation des atteintes au prochain. — La réponse à cet argument est très simple ; nous n'avons qu'à préciser ce qui est, croyons-nous, dans le bon sens de chacun. Les considérations d'encouragement au mal et de violation du principe de la réparation des atteintes au prochain disparaissent, aux yeux de la raison interprète de la volonté divine, devant un mal plus grand que, sanctionnée, la convention matrimoniale dolosive prévient. Dans un pacte où la passion et l'intérêt font apporter tant d'ardeur pour l'obtention du consentement désiré, trop souvent le résultat est atteint par des illusions données ou par des qualités d'emprunt, de telle sorte qu'il s'agit pour le Créateur de prévenir, grâce à

la convention matrimoniale sanctionnée malgré le dol, le mal d'éducatons manquées par suite de l'absence de famille et celui de la discorde entre époux véritables mais incertains de la réalité de leurs droits.

*9<sup>me</sup> cas.* — Deux personnes ont échangé entre elles des paroles de consentement au mariage : mais elles plaisantaient, ou bien l'une d'elles était dans cette disposition d'esprit. Le consentement a donc manqué.

Seulement un législateur n'est pas plus obligé ici que dans les deux cas de crainte ou d'erreur à autoriser toujours la preuve des faits desquels on voudrait conclure au défaut d'intention. Le consentement doit même être présumé d'une manière irréfragable, quand il a été exprimé dans la forme ordinaire. Autrement on donnerait lieu à des présomptions conjecturales qui constitueraient un moyen de dissolution de la société domestique. Il y a bien toujours cette objection que celui qui réellement n'a point consenti se verra mis dans la condition d'une personne mariée, et obligé peut-être à régulariser sa situation par un consentement, pour échapper au danger de relations illicites. Mais ce sacrifice de la liberté de disposer spontanément de soi-même est, nous venons de le voir, impérieusement réclamé par le bien social.

*10<sup>me</sup> cas.* — Si au lieu d'un engagement pris seulement par plaisanterie, nous supposons que c'est par l'effet d'un mensonge qu'on a exprimé la volonté de se donner en mariage, le résultat ne changera point. Mais, d'autre part, l'observation que nous venons de faire à propos du neuvième cas sur l'admissibilité de la preuve sera également vraie.

*11<sup>me</sup> cas.* — Deux personnes ont échangé en paroles des consentements à fin de mariage ; mais ces promesses de l'une d'elles ont été accompagnées d'une clause dont l'adjonc-

tion a fait qu'il n'y a point eu, malgré une apparence contraire, volonté de conclure le pacte matrimonial.

Ce cas n'est point absolument nouveau pour nous. Incidemment, nous avons dû le prévoir à propos de l'erreur sur les qualités pour déterminer les hypothèses dans lesquelles cette méprise donne lieu au défaut de consentement. Cette restriction expresse ou tacite dont alors il a été parlé, qu'est-ce sinon une clause dont l'adjonction met obstacle à la volonté de conférer le droit conjugal ? Peuvent également être données comme exemples les clauses par lesquelles on ne consentirait qu'en stipulant que l'on ne sera point soumis à telle ou telle loi du mariage, ainsi à celles de l'unité ou de l'indissolubilité. D'une manière générale, prennent place ici les clauses sans nombre par lesquelles il peut arriver qu'on subordonne son consentement à fin de mariage à la réalité d'un fait qui ne s'est point produit ou n'aura jamais lieu. Mais, au contraire, il est évident qu'on ne peut plus citer ces clauses si la partie de qui elles émanent n'est pas allée jusqu'à subordonner à leur exécution sa volonté de contracter mariage. En d'autres termes, nous ne sommes plus dans un cas de défaut de consentement, si la clause qui, dominante aurait eu ce résultat, n'a été qu'accessoire.

Peu importe que ce soit par une restriction intérieure que les deux parties ou l'une d'elles annulent leurs volontés apparentes de se donner l'une à l'autre. Toutefois nous voulons seulement dire que le consentement fera aussi bien défaut, que la clause soit ou non exprimée ; car au point de vue du droit de produire la preuve de ce fait, il y a une grande différence entre les deux hypothèses. L'offre de prouver l'addition d'une clause simplement intérieure ne saurait être recevable. Le législateur qui la permettrait exposerait le juge à des conjectures funestes.

Terminons par trois remarques l'examen de ce onzième cas.

La première est relative aux conditions qui figureraient dans un pacte matrimonial. Elle a pour but d'appliquer à cette espèce de clauses ce qui a été dit d'une manière générale des réserves jointes à l'expression d'un consentement à fin de mariage.

Une condition est une restriction en vertu de laquelle le commencement ou l'expiration des effets, soit d'une convention, soit d'une volonté unilatérale, sont rattachés à l'accomplissement d'un fait futur et incertain, positif ou négatif. S'il s'agit du commencement, la condition est suspensive ; s'il s'agit de l'expiration, la condition est résolutoire.

Une personne se donne-t-elle à Pierre, mais en renvoyant les effets de son consentement au temps où il se réconcilierait avec les parents de la promettante, ou bien au temps où il ne commettrait plus telle faute dans une hypothèse donnée ? Il y a une condition suspensive. Contracte-t-on mariage par une volonté immédiatement efficace, mais en stipulant que le droit actuel que l'on confère sera résolu si le conjoint tombe dans tel écart, ou si dans telle hypothèse il ne donne point une certaine preuve de son dévouement conjugal ? La condition est résolutoire.

Le mariage contracté sous condition suspensive ne doit pas être confondu avec les fiançailles. Celles-ci consistent dans la promesse d'un consentement au mariage, tandis que celui-là suppose un consentement actuel dont l'effet seul est retardé. Par le mariage, même conditionnel, le promettant se donne ; par les fiançailles il ne confère aucun droit sur son corps.

Il est incontestable que l'introduction d'une condition suspensive dans le mariage est un fait fâcheux. Des discordes peuvent s'élever au sujet de l'accomplissement de la condition, et, en attendant qu'elle soit remplie, la situation des époux est périlleuse : privés de l'usage du mariage, ils sont

cependant tenus à la fidélité. Mais faut-il aller jusqu'à dire que le mariage contracté sous condition suspensive est naturellement nul ? Comme nous avons dit que pour la sanction du contrat matrimonial Dieu se contente que le bien des enfants soit garanti dans ce qu'il a d'essentiel, notre question ne peut avoir un autre sens que celui-ci : la condition suspensive exclut-elle le consentement ? Or la solution est simple. Le manque de consentement se produira, sans doute, si la condition vient à défaillir, c'est-à-dire si son accomplissement devient impossible. Mais, au contraire, il est manifeste que provisoirement il y a consentement, sauf un délai pour ses effets, et qu'une fois remplie la condition suspensive ne met plus aucun obstacle à la volonté de se donner en mariage.

Ces solutions restent vraies si la condition suspensive est immorale. On appelle ainsi une condition qui porte à commettre une faute. Par exemple, le promettant a subordonné l'effet de son engagement à la complicité de l'autre partie dans un crime qu'il prémédite. Le caractère illicite de cette clause n'empêche pas que le consentement ait été donné. Ne faut-il pas même admettre que le contrat peut être tenu pour pur et simple par le législateur compétent, et la condition suspensive immorale considérée par lui comme inexistante ? En faveur de l'affirmative on dira qu'il y a dans une attitude de ce genre prise par l'autorité une leçon de morale et un moyen de détourner des mariages conditionnels. Nous croyons cependant que c'est négativement qu'il faut répondre. Par l'effacement de la condition suspensive, à quel résultat finalement arriverait-on ? Le législateur donnerait à entendre qu'un homme et une femme peuvent être légitimement unis sans convention matrimoniale. Ne verrait-on pas deux personnes, entre lesquelles il est manifeste que ce lien n'existe point, forcées à la cohabitation comme des époux ? La situation est bien différente de celle

de deux parties dont l'une allègue invraisemblablement que sa promesse n'a été qu'apparente. Seulement nous n'avons point raisonné dans l'hypothèse où, malgré les termes, il y aurait lieu de douter si une condition suspensive immorale, relative, par exemple, à une complicité désirée par le promettant, n'est pas simplement un pacte accessoire ajouté à un consentement immédiatement définitif. En pareil cas, le législateur devrait plutôt s'en tenir à cette seconde interprétation. Elle est, en effet, plus sûre, puisque généralement les mariages ne sont point conditionnels.

Nous arrivons à la condition résolutoire. Rentre-t-elle parmi les clauses dont l'adjonction fait qu'il n'y a point eu vraiment volonté de conférer le pouvoir de conjoint? Ici nous ne devons plus distinguer comme il nous a fallu le faire en matière de condition suspensive. En principe, la condition résolutoire est toujours un obstacle au consentement. L'auteur de cette restriction subordonne, en effet, sa volonté de conférer le droit conjugal, à l'acquisition d'un droit éventuel de dissolution. Or, cette acquisition est impossible, puisque le mariage est indissoluble. Cependant n'oublions point que, dans l'ordre purement rationnel, la loi de l'indissolubilité n'est point absolue. Si donc l'on suppose une condition résolutoire qui se borne à stipuler la dissolution du mariage, soit en général, soit dans une hypothèse déterminée, pour autant seulement qu'elle serait de droit, la clause ainsi limitée n'exclut pas le consentement. Celui-ci, en effet, ne se trouve point alors subordonné à l'acquisition d'un droit impossible.

La seconde des remarques que nous avons annoncées est relative au terme que l'on insérerait dans la convention de mariage. Le terme est distinct de la condition : cette clause subordonne bien encore le commencement ou l'expiration des effets d'une convention ou d'une volonté unilatérale à la réalisation d'un événement futur, positif ou négatif ; mais



cet événement n'est pas incertain. Comme en matière de condition, on distingue le terme suspensif ou initial qui est la détermination d'un délai à l'expiration duquel tel ou tel droit s'ouvrira et le terme résolutoire ou extinctif qui limite la durée de cette prérogative. Il est évident que le terme suspensif n'empêche pas le consentement au mariage. Le terme résolutoire exclut, au contraire, nécessairement cette volonté, puisque la loi de l'indissolubilité s'oppose à l'acquisition d'un droit de résolution. Quant à la réserve par laquelle nous avons terminé ce qui regarde la condition résolutoire, il n'y a pas lieu de la reproduire ici : les exceptions à la loi naturelle de l'indissolubilité dépendent des circonstances. Ce ne sont point des faits à l'avance certains. D'après le sens des mots, elles ne peuvent donc être l'objet que d'une condition, point d'un terme.

Notre troisième remarque est que chacune des parties qui contractent un mariage, ou l'une d'elles, peut ajouter à sa promesse, sans détruire celle-ci, une stipulation de continence. En d'autres termes, cette clause ne figure point parmi celles dont l'adjonction fait que la volonté de conférer le droit conjugal n'existe pas ; il n'y a point incompatibilité. Un chrétien qui se souvient des origines de la Rédemption a à cœur de mettre en lumière cette vérité lorsqu'il la rencontre.

Réserver la continence, ce n'est point vouloir que le droit conjugal sur soi n'existe pas. Analysons, en effet, les intentions de l'auteur de cette stipulation. Il veut que l'autre partie ait sur lui le droit sexuel, car il entend que si l'engagement de continence par lui obtenu n'est point respecté, le conjoint, coupable, sans doute, de contraindre à des rapports physiques après avoir promis de s'en abstenir, soit cependant considéré comme ayant usé, quoique illicitement, d'un droit qui lui appartient. — Oui, répliquera-t-on, en théorie les deux volontés ne s'excluent point ; on peut vouloir tout à la fois que le droit conjugal existe et ne soit



point exercé; mais en fait, comment supposer qu'une personne veuille dans le même temps le mariage et la continence? Puisqu'elle tient à garder celle-ci, comment peut-on imaginer que d'autre part elle veuille donner, même en principe seulement, le droit d'exiger d'elle le commerce de la chair? En d'autres termes, nous ne pouvons croire qu'en fait la première de ces intentions ne détruise point la seconde, parce que nous ne voyons point quel intérêt peut porter à les réunir. — Nous répondons que l'intention dont il s'agit n'est point inexplicable. Deux exemples vont le prouver. Il s'agit d'une fille qui contrairement aux désirs de ses parents voudrait demeurer vierge. Toutefois, les violences qu'elle prévoit en cas de refus ou des considérations de famille la déterminent au mariage. Mais il se trouve que l'homme qui sollicite sa main consent ou même aspire, lui aussi, à garder la continence absolue. On peut encore supposer une fille qui vit dans un peuple où elle sera regardée comme un objet d'opprobre et deviendra une cause de scandale, si elle ne se marie point. Est-ce que telle n'était pas la disposition d'esprit des Israélites qui estimaient que toute femme juive devait ambitionner d'être la mère du Messie? Mais voici qu'un moyen de conciliation s'offre à cette personne; elle rencontre un fiancé prêt à respecter la pureté virginale de son épouse. Ils pourraient dès lors s'entendre pour n'échanger que des consentements fictifs; toutefois cette combinaison leur paraît téméraire. Ils craignent que la cohabitation ne les porte, malgré leurs dispositions actuelles, à des relations qui, faute d'un pacte nuptial préalable, seraient condamnables. C'est pourquoi ils échangent le droit à l'union des sexes, en convenant seulement qu'ils ne l'exerceront point. La juxtaposition des volontés de conférer le droit conjugal et de stipuler la chasteté absolue n'est donc nullement inexplicable; ce n'est pas seulement en théorie, c'est aussi en fait que ces deux intentions peuvent coexister.

## ARTICLE II.

**Des empêchements prohibitifs naturels.**

33. D'après la définition générale que nous avons donnée des empêchements prohibitifs, les empêchements prohibitifs naturels sont les causes morales qui selon la raison pure mettent obstacle à la passation du contrat matrimonial, mais non à sa validité.

Ces causes sont nombreuses. Nous indiquerons d'abord l'absence de publicité, l'absence de disposition à échanger des promesses expresses ou tacites de fidélité aux lois conjugales, une condition ou un terme suspensifs modifiant le consentement un premier mariage existant, le vœu de célibat, le vœu de chasteté parfaite, l'impuberté, un développement de l'intelligence ou de la volonté encore insuffisant pour l'accomplissement des devoirs d'époux et de père ou de mère, des relations sexuelles illicites lorsque le futur n'est point le complice, le veuvage de la femme pendant les trois premiers mois, un contrat de fiançailles avec une autre personne que celle que maintenant on veut épouser, pareillement une promesse unilatérale de mariage, l'opposition du père ou de la mère.

Il est d'autres empêchements prohibitifs naturels dont l'existence ne peut être affirmée, dans chaque hypothèse, qu'à la suite d'une appréciation de faits particulièrement

délicate. Nous les avons réunis dans une seconde catégorie. Ce sont : la vocation du célibat, l'état maladif du futur, un choix contraire à la vocation de la personne qui le fait, ou funeste à sa vertu, à sa santé, à la considération, à l'aisance qu'elle possède, un choix portant sur une personne qui, par elle-même ou autrement, mettra probablement la division entre le conjoint et la famille de celui-ci, ou entre les proches du conjoint, ou entre les deux familles intéressées, un choix nuisible au bien de la postérité de celui de qui il émane, la consanguinité entre les futurs, un choix contraire au bien des enfants d'un premier lit, la détresse des parents, la pauvreté des deux futurs.

34. Nous devons reprendre brièvement chacune des parties de cette double énumération.

L'absence de publicité est un empêchement prohibitif naturel. En effet, il a été établi que, d'après la raison pure, le mariage doit être public. Par conséquent, il y a faute pour les parties à contracter sans témoins. Or, nous devons éviter le mal. L'absence de publicité met donc obstacle au mariage, selon la loi naturelle.

La stipulation faite par les parties ou l'une d'elles, que les époux ne seront point soumis aux lois conjugales, détruit le consentement et rend nulle la convention, lorsque cette clause est dominante ; mais il a aussi été prouvé antérieurement que la simple absence de promesse de fidélité aux devoirs de conjoint n'est point une cause d'invalidité. Cette absence est-elle un empêchement prohibitif naturel ? Oui certainement. Cette affirmation se justifie comme la précédente relative au mariage clandestin, car nous avons prouvé que la fidélité aux obligations matrimoniales doit être de la part de chacun des contractants l'objet d'un engagement exprès ou tacite. Si la solution que nous venons d'expliquer est vraie, il est évident que le mariage ne peut pas être conclu lorsque les parties, non seulement ne sont pas dispo

sées à se soumettre aux lois du mariage, mais veulent, même simplement d'une manière accessoire, les écarter.

Nous avons déjà montré qu'une condition suspensive ajoutée au consentement a des effets fâcheux. Notamment elle constitue un péril considérable pour la moralité des parties. Il en est de même d'un terme initial. Or, on ne peut sans motif relativement sérieux s'exposer au danger de commettre le mal. Les parties qui ne sont disposées à consentir que moyennant l'adjonction d'une condition ou d'un terme suspensifs doivent donc, à moins de raison grave, s'abstenir de contracter. En d'autres termes, ces clauses sont ordinairement un empêchement prohibitif naturel.

Un premier mariage existant n'empêche point absolument, nous l'avons vu, la validité d'un second, mais il constitue un empêchement prohibitif. La formation du lien conjugal entre deux personnes dont l'une est déjà mariée aurait pour effet presque inévitable la discorde entre celle-ci et son premier conjoint, et le malheur de leurs enfants. Le devoir du bigame de n'entretenir des relations sexuelles qu'avec le premier conjoint courrait le plus grand risque d'être méconnu. Ces résultats contraires à la morale et funestes doivent être évités. Dès lors, l'existence d'un premier mariage a pour effet, même dans l'ordre purement rationnel, d'interdire une seconde union à la personne actuellement mariée et aussi à la partie qui serait disposée à passer le nouveau contrat.

35. Celui qui a promis à Dieu de ne point se marier est tenu d'exécuter son engagement, car la raison dit que le Souverain-Maitre, tirant en partie sa gloire des sacrifices que lui offrent les créatures, accepte, généralement parlant, le vœu de célibat. Il y a donc dans cette promesse un empêchement prohibitif naturel.

Ne sera-t-on pas même tenté de croire qu'elle constitue un empêchement dirimant? — L'auteur du vœu, dira peut-

être quelqu'un, n'a-t-il pas renoncé entre les mains divines à sa liberté de se donner en mariage ? Il lui est donc non seulement défendu, mais impossible, de conférer sur sa personne le droit de conjoint. D'autre part, on ne peut s'obliger à faire le mal ; or, c'est ce qui arriverait si, après la promesse du célibat, on pouvait encore contracter mariage, puisqu'on s'obligerait à se prêter à l'union sexuelle à manquer, par conséquent, à l'engagement pris envers Dieu. — Le sujet est délicat ; toutefois je ne sache pas qu'il y ait la moindre hésitation parmi les auteurs. Aucun croyons-nous, ne voit un empêchement dirimant dans le vœu qui nous occupe. Seulement nous regrettons qu'ils n'aient pas plus généralement prévu les objections que nous venons de formuler. Nous essaierons de démontrer qu'elles ne sont que spécieuses.

L'auteur du vœu, dirait-on d'abord, a renoncé à sa liberté de se donner en mariage ; il lui est, dès lors, impossible de conférer sur sa personne le droit conjugal. Ce raisonnement a le tort d'être absolu. Je reconnais qu'on ne peut plus user licitement de la liberté dont il s'agit, mais on continue de pouvoir l'exercer valablement. L'auteur du vœu doit se régler sur cette présomption que Dieu accepte la promesse qui lui est faite de ne point contracter mariage, la raison voit cela ; mais elle ne discerne point que Dieu accepte cette renonciation en ce sens qu'il serait non seulement défendu mais impossible à celui qui l'a faite de conférer sur sa personne le droit sexuel. Le zèle de l'auteur du vœu a pu aller jusqu'à désirer cette incapacité, mais peu importe. Le pouvoir de faire don de son corps en vue de l'acte de la génération appartient régulièrement à la créature humaine, puisque cet acte n'est point illicite. Il s'agit donc d'examiner si Dieu veut, à cause de la promesse de célibat, modifier la règle commune qui vient d'être exprimée. Or, rien ne porte à le penser. A la vérité, nous entendons nous réserver d'exa

miner, dans le chapitre des contrats, cette idée qu'il est contraire à la gloire de Dieu de sanctionner une convention qu'il défend, mais quand il s'agit du mariage, du moins au point de vue extra-social, la gloire du Créateur est, à cause du bien des enfants, que les pactes matrimoniaux soient valides quoique illicites, et spécialement malgré le vœu de célibat, quel qu'il soit. Trop facilement, par suite de la nullité ou de l'incertitude des mariages, l'éducation des enfants serait compromise.

La deuxième objection dit qu'on ne peut s'obliger à commettre le mal, ni, par conséquent, à des relations sexuelles quand on a promis de s'en abstenir. Certains répondront peut-être que le vœu de célibat est celui de ne pas se marier, et non point la renonciation au commerce de la chair; mais cette réplique ne me satisfait point. Il me paraît difficile de croire que dans la pensée de celui qui fait le vœu de célibat, cette promesse ne comprenne point l'engagement de remplir le devoir qui en est la conséquence immédiate : celui de la chasteté parfaite. Il y a, selon nous, une meilleure explication. L'auteur du vœu de célibat a promis de ne jamais consommer l'union sexuelle, je l'admets; et, par suite, quand il contracte mariage, il s'oblige bien à manquer à l'engagement qu'il a voulu prendre. Mais, en réalité, cet engagement ne le lie pas dans l'hypothèse où il y a convention matrimoniale. Qu'avons-nous dit, en effet, à propos de la première objection? Que Dieu, d'après ce que discerne la raison, n'acceptait la promesse de célibat que comme obligation de ne point se donner en mariage et non comme destruction de cette faculté. Dieu veut que si le promettant consent plus tard à conférer le droit conjugal, celui-ci soit acquis. De là il faut nécessairement conclure que Dieu veut aussi que la personne dont nous parlons se prête à l'union sexuelle, si un jour elle se marie : n'aura-t-elle pas, en effet, le devoir évident de res-



pecter ce droit que, malgré tout, elle aura pu donner? Mais lors, l'engagement de continence, en tant qu'il consiste pour l'auteur du vœu à promettre de refuser l'œuvre de la chair au conjoint possible, n'est point accepté par Dieu. A le violer il n'y a donc point de faute. S'obliger à le faire n'est point s'obliger au mal.

Dans la matière qui nous occupe, on emploie assez indifféremment les expressions de virginité et de célibat. Elles n'ont cependant pas tout à fait la même signification. Le célibat est l'état d'une personne qui n'est point mariée. Or une personne mariée est vierge cependant s'il n'y a pas d'union sexuelle. A un point de vue, le sens du mot de virginité est donc plus étendu. Mais envisagé autrement, il est aussi plus restreint. On ne cesse point d'appeler célibataire celui qui manque au devoir de son état. Lui donne-t-on encore la qualification de vierge? Non, sans doute. C'est pourquoi s'il n'y avait point un usage contraire, nous serions portés à réserver l'appellation de vœu de virginité non au vœu de célibat qu'à la promesse de chasteté absolue, laquelle nous arrivons.

36. Rigoureusement, une personne peut avoir l'intention de promettre à Dieu de pratiquer la continence absolue, sans cependant vouloir s'engager à rester en dehors du mariage conjugal. Elle peut se dire qu'il n'est pas impossible qu'étant mariée elle demeure fidèle à son premier engagement peut-être rencontrera-t-elle un conjoint qui respectera sa pureté. Le vœu de chasteté parfaite ne se confond pas absolument avec celui de célibat. La distinction est encore vraie à ce point de vue que rien ne s'oppose à ce que la promesse dont il s'agit maintenant soit faite d'un commun accord par des personnes mariées. Mais de même que le vœu de célibat comprend vraisemblablement celui de continence, de même il faut ordinairement présumer qu'à son tour le vœu de célibat est compris dans la promesse de chasteté absolue.



Comment croire que l'auteur de ce dernier engagement n'a pas vu que la possibilité de l'observer dans le mariage était très exceptionnelle ? Et dès lors, comment ne pas admettre, généralement, qu'il a voulu aussi s'obliger à ne point se marier ? Nous devons donc déjà conclure que le vœu de chasteté absolue est un empêchement prohibitif naturel. Refuse-t-on de reconnaître que la promesse qui nous occupe comprend celle de rester dans le célibat ? La solution ne changera point. Si un mariage alors n'est plus illicite comme contraire au vœu qui a été fait, la raison interdit cependant la formation du lien conjugal comme étant une occasion prochaine de manquer à la continence promise.

L'empêchement que nous étudions n'est vraiment que prohibitif. En sens contraire on pourrait, il est vrai, nous opposer les deux difficultés précédemment examinées.

37. L'impuberté n'est point, selon la nature, un empêchement dirimant. D'une part elle n'est point, comme l'impuissance perpétuelle, une cause d'impossibilité physique du droit conjugal. L'exercice de cette prérogative sera seulement retardé. D'autre part, elle n'est point un obstacle, dans l'ordre naturel, à la sanction divine du contrat. Pourquoi le serait-elle, en effet ? Alléguerait-on que la précocité du mariage des parents peut être funeste à leur postérité ? Nous répondrions une fois de plus : du moment où les parties sont d'accord pour se conférer le droit perpétuel de conjoint, le bien des enfants est assuré dans ce qu'il a d'essentiel ; or, il est impossible que Dieu ne se contente point de cette garantie. Trop de mariages seraient invalides, au grand détriment de l'enfance. Dira-t-on que l'intérêt moral et matériel du contractant impubère est compromis ? Nous sommes loin de le nier. A l'âge que nous supposons, l'intelligence du vrai et la volonté d'accomplir le bien ne sont-elles point trop faibles pour garder l'empire sur les instincts charnels, si on excite ceux-ci par la pratique de la vie con-

de mettre la chasteté de ces personnes en péril n'est, en effet, rien à côté des avantages que produit l'interdiction d'une preuve conjecturale. Cette défense sauvegarde les familles vraiment fondées, et elle assure l'observation des devoirs conjugaux entre véritables époux.

Qu'on veuille bien le remarquer : je ne dis nullement que la présomption irréfragable à laquelle se tiendra la justice remplacera la convention nuptiale, mais seulement que la personne qui allègue n'avoir pas consenti peut être mise dans une situation où la défiance de soi-même fera un devoir de contracter mariage.

Dans les développements qui précèdent, nous venons de toucher aux pouvoirs de l'autorité civile ou de l'Église en matière de mariage ; mais il fallait bien limiter le sens de nos explications sur le septième cas de défaut de consentement. Nous terminons par une observation très importante. Dans l'hypothèse de violences ou de menaces graves et illégitimes, il importerait peu que la volonté de la victime fût réelle, car la sanction divine ne vient pas ratifier une convention qui est un abus de la force. Grâce à cette donnée, la question du défaut de consentement par suite de crainte disparaît pour le juge ; ce qu'il doit examiner en cas d'allégation de crainte, c'est s'il y a eu des violences ou des menaces graves et illégitimes.

Nous arrivons à l'hypothèse d'erreur, et nous rappelons qu'en l'indiquant nous avons distingué l'erreur sur l'identité physique et l'erreur sur les qualités.

*8<sup>me</sup> Cas.* — Je suppose d'abord une erreur sur l'identité physique, sur l'identité entre la personne que l'on déclare épouser et l'être physique que l'on connaît, sur lequel on se propose d'acquérir le droit de conjoint. Un homme ou une femme a dit prendre pour épouse ou pour conjoint la personne présente devant lui ou devant elle. Mais une substitution avait eu lieu : la personne avec laquelle des paroles

de consentement au mariage ont été échangées n'est point celle que l'on voulait épouser. La volonté requise a donc manqué. Les paroles, en effet, importent peu : la personne présente n'est pas celle que l'on avait dans l'esprit ; ce n'est pas vers elle que la volonté d'attribuer le pouvoir de conjoint s'est dirigée.

Toutefois une exception doit être faite. Il peut arriver que le promettant soit disposé à épouser la personne qui est présente, quelle qu'elle soit, pourvu qu'elle ait une certaine qualité. Supposez un roi qui veut se marier à l'héritière d'une principauté qu'il convoite. Il ne considère qu'accessoirement la personne elle-même : il croyait que l'héritière était l'aînée des filles de tel prince, tandis que cette prérogative appartient à la cadette, et c'est à cette dernière qu'avec la pensée de parler à la plus ancienne, le roi dont il s'agit fait directement, ou par représentant, une promesse de mariage. Il y a erreur sur l'identité physique, dans le cas, du moins, où la fille aînée était physiquement connue du promettant, mais cette erreur n'empêche point alors la formation du contrat : ne supposons-nous pas que c'est uniquement ou principalement l'héritière que le monarque voulait épouser, et n'est-ce pas à elle que la promesse a été faite ? Cette exception est très rare, nous en convenons. Lorsqu'on se donne en mariage, il n'arrive guère que l'on ne considère qu'accessoirement la personne elle-même.

Jusqu'ici point de difficulté ; mais nous devons, en second lieu, prendre l'hypothèse d'une erreur sur les qualités. La personne présente, celle avec laquelle on échange des consentements à fin de mariage est physiquement celle que l'on a en vue ; mais l'un des promettants se trompe sur les qualités de l'autre partie. Par exemple, « j'avais promis à Paul, mon vieil ami, qui habite Saint-Domingue, de donner ma fille à son fils. Je ne connais pas ce fils autrement que par tout ce que m'avait écrit son père. Un jeune homme se

présente comme fils de Paul ; il est muni de lettres, de papiers, acte de naissance et autres, qui constatent bien (en apparence) sa filiation et son identité. Je consens donc et ma fille aussi, et le mariage est célébré. Mais la fraude se découvre ; cet homme n'est qu'un aventurier et un faussaire ou même, si vous voulez, c'est un fils naturel de Paul qui a pris les noms et la place du fils légitime que j'attendais » (Demolombe, *Traité du mariage*, I, N° 251). On peut dire sans doute, que l'erreur sur la filiation est une erreur sur la personne civile ou sociale ; mais il n'en s'agit pas moins d'erreur sur les qualités, car si, dans notre hypothèse on se trompe sur la personne, n'est-ce pas sur la personne considérée dans ses qualités ? C'est ce que fait très justement remarquer notre illustre maître (*loc. cit.*, N° 753) « N'est-il pas évident, dit Demolombe, que l'erreur sur la personne civile, sur la personne sociale, ne constitue elle-même qu'une erreur sur les qualités civiles et sociales ? »

A côté des erreurs déjà indiquées sur les qualités, il est facile d'en imaginer une foule d'autres : on s'est mépris sur la religion, l'honnêteté, la santé, le caractère, la fortune, l'honorabilité du futur. Celui-ci, par exemple, est un forçat libéré.

Quelle influence ces erreurs ont-elles sur le consentement ?

L'empêchent-elles d'exister, comme l'erreur sur l'identité physique ?

Cette matière passe pour être fort obscure. Il y a cependant un moyen de la rendre claire. C'est de bien séparer deux questions parfaitement distinctes. La première est celle que nous venons de poser. La deuxième consiste à savoir si le législateur compétent pour statuer sur la validité des mariages doit consentir à ce que le juge autorise toujours à faire la preuve d'une erreur sur les qualités celui qui allègue ce fait pour créer la présomption qu'il n'a pas eu la volonté de conférer le droit conjugal.

Ces deux questions doivent être soigneusement séparées suivant l'exemple que nous avons donné à propos de la crainte. Autrement, en cherchant la solution la première, on se préoccupera de la seconde ; on craindra de répondre par une affirmation trop large. — Prenons garde, dira-t-on. Si nous reconnaissons que l'erreur sur les qualités peut donner lieu à un empêchement dirimant, les tribunaux ne devront-ils pas pouvoir toujours permettre de la prouver ? Or, cette preuve est trop conjecturale pour que l'on expose ainsi les juges au danger de l'autoriser et de la tenir pour concluante. Ce serait jeter l'incertitude sur les mariages. Un grand nombre de personnes viendraient, pour échapper à l'indissolubilité, faire la preuve qu'en se mariant elles se sont méprises sur les qualités de l'autre partie et soutenir que par suite de cette erreur elles n'ont point consenti, leur volonté de conférer le droit conjugal ayant été subordonnée, diraient-elles, à l'existence de la qualité espérée.

Si, au contraire, on isole les deux questions l'une de l'autre, l'appréhension que nous venons de formuler n'aura plus de raison d'être.

Du reste, hâtons-nous de dire qu'à la seconde question : celle de savoir si le législateur est obligé de permettre toujours la preuve du défaut de consentement par suite d'erreur sur une qualité, c'est négativement qu'il faut répondre. Non, l'autorité n'a point le devoir dont il s'agit, elle a même l'obligation contraire, sauf les rares hypothèses dans lesquelles la preuve promettra d'être particulièrement concluante. N'est-elle pas tenue de sauvegarder le bien des familles et la moralité des mariages ? Les objections qui peuvent être faites ont été prévues dans l'examen de l'hypothèse de crainte.

Abordons dès lors la seconde de nos questions en toute liberté d'esprit, et quand nous nous demandons si une erreur sur les qualités donne lieu à un empêchement dirimant, ne

nous mettons point l'esprit à la torture pour arriver à démontrer qu'une méprise de ce genre n'entraîne le défaut de consentement que dans tels et tels cas où nous estimons que, grâce à une présomption particulièrement certaine de connexité entre l'erreur une fois démontrée et le défaut de consentement, un tribunal pourra permettre, sans trop d'inconvénients, la preuve de l'erreur. Toutefois le lecteur ne doit pas croire qu'en lui conseillant d'apporter dans cette étude une parfaite indépendance nous ayons l'intention de lui faire admettre dans beaucoup de cas réels l'absence de consentement par suite d'erreur sur les qualités.

Il est d'abord deux hypothèses dans lesquelles l'erreur sur les qualités d'une personne empêche certainement la volonté de l'épouser.

Premièrement, l'une des parties avait des doutes sur une qualité qui paraissait dans l'autre ; la première hésitait, par exemple, à croire au nom glorieux, aux titres, à la descendance, aux espérances héréditaires ou à la fortune actuelle dont la seconde semblait, à certains égards, pouvoir se réclamer. Dans cette situation, elle a cru bien faire de mettre une réserve expresse, ou au moins extérieure, à sa volonté d'accepter ce conjoint. Elle a déclaré consentir, mais pour autant seulement que telle ou telle qualité à laquelle elle tenait et qui lui paraissait problématique, existerait réellement : en d'autres termes, pour autant qu'il n'y aurait point erreur. Il est évident qu'en pareil cas s'il y a eu erreur, le consentement a fait défaut.

Ou bien, en second lieu, la restriction que nous venons d'indiquer n'a pas été faite extérieurement, mais intérieurement elle a eu lieu. Le résultat reste nécessairement le même. A la vérité, il y a cette différence que, plus haut, la condition étant connue de l'autre partie a pu être acceptée de celle-ci, de façon à constituer une sorte de second pacte inhérent au mariage. Mais qu'importe que, dans le cas



actuel, cette particularité n'existe point? L'absence de ce contrat accessoire ne peut pas faire, apparemment, que le consentement soit autre chose que ce qu'il a été. Si l'on a intérieurement subordonné à l'existence de telle qualité seulement apparente la volonté de conférer le droit conjugal, cette restriction a beau être tacite ou cachée; le consentement n'en fait pas moins défaut.

Faut-il n'admettre que dans ces deux hypothèses le défaut de consentement par suite d'une erreur sur les qualités? Non; un troisième cas doit être ajouté. Je suppose que l'on n'a mis à son consentement aucune restriction, ni expresse, ni tacite. On était, en effet, convaincu de la réalité de tel avantage mensonger qui paraissait appartenir à l'autre partie. Mais on attachait tant d'importance à cette qualité que ce n'est point la personne elle-même de l'autre partie, ou cet individu composé d'un corps et d'une âme, que l'on a eu en vue en déclarant consentir au mariage. C'est l'avantage lui-même que l'on avait dans l'esprit. C'est vers lui que la volonté de conférer le droit conjugal est allée. Il y a donc eu empêchement dirimant.

Il s'agit, si l'on veut, d'un mariage politique. Nous avons déjà pris un exemple de ce genre quand nous nous sommes occupé de l'erreur sur l'identité corporelle. Un roi déclare vouloir épouser telle princesse; mais ce n'est pas cette femme elle-même qu'il a en vue: c'est la qualité d'héritière de telle principauté dont il voudrait arrondir ses États. Or, il se trouve que cette prérogative n'existe point. Dès lors, le consentement fait défaut: l'objectif de la volonté était l'héritière et non point la personne, ou, si l'on aime mieux, c'était celle-ci, mais considérée comme héritière. De même, on déclare purement et simplement se donner en mariage à un homme, mais ce que l'on voit en lui, c'est le nom glorieux qu'il porte; or, il se trouve que ce n'est pas le sien. Ou bien, on prend le fiancé pour membre d'une famille qui est unie à

celle de la fiancée, et ce n'est point la personne de cet homme que la future considère quand elle exprime son acceptation : c'est au fils d'amis des parents de la promettante que cette volonté s'adresse. Pareillement, le fiancé passe pour millionnaire quand il est sans ressources, et c'est la fortune, non l'individu, que l'autre partie veut épouser. La volonté de conférer le droit conjugal à cet homme fait donc défaut.

Pour soutenir qu'au contraire l'erreur sur les qualités n'empêche pas ici le consentement, que peut-on alléguer ? Je ne vois qu'une objection possible. — Avec qui, dira-t-on, avez-vous échangé des consentements à fin de mariage ? Avec la personne à laquelle vous vouliez en effet promettre. La volonté d'épouser ce contractant n'a donc point manqué. C'est là, continuerait-on, la différence entre l'erreur sur l'identité physique et celle qui porte sur les qualités. La première fait que l'on a dans l'esprit une autre personne que celle qui est présente, tandis que la seconde n'a pas cette conséquence. — Ce raisonnement est spécieux. Sans doute la personne à laquelle on a promis est matériellement celle à laquelle on voulait promettre. Mais on ne voulait la prendre pour conjoint qu'en la considérant comme héritière de telle principauté, comme noble, comme membre de telle famille, comme fortunée. Voilà comment on avait la personne dans l'esprit. C'est vers ces avantages et non vers le corps et l'âme de l'autre partie que la volonté s'est dirigée.

Il y a donc trois hypothèses, théoriquement assez compréhensives, dans lesquelles une erreur sur les qualités donne lieu à l'empêchement dirimant de défaut de consentement. Ce sont celles de restriction extérieure, de restriction intérieure et, abstraction faite de ces deux cas, de considération exclusive d'une qualité envisagée comme objet du consentement à la place de la personne dans son ensemble.

Hors de là, l'erreur touchant les qualités n'est point un

obstacle au consentement, puisque l'on n'a point par une restriction subordonné celui-ci à l'existence de l'avantage supposé, et que ce dernier n'était pas non plus l'objectif : c'était l'individu présent lui-même.

Convenons, en outre, que la situation que nous venons de prévoir en dernier lieu est de beaucoup la plus ordinaire. Il est bien rare que l'on ajoute au consentement à fin de mariage une restriction, soit expresse, soit même tacite, ou que l'on fasse abstraction de la personne pour considérer uniquement un avantage qu'on lui suppose. De là il faut déduire que l'erreur sur les qualités seulement et non point sur l'identité corporelle de la personne présente n'empêche pas ordinairement la volonté d'épouser celle-ci.

Les exemples abondent. On pourrait reprendre tous ceux que nous avons donnés plus haut, à propos de la troisième hypothèse. Il faut seulement les modifier en un point. Ainsi un roi donne son consentement à épouser une princesse qu'il croit héritière d'un territoire par lui convoité ; mais nous ne supposons plus qu'il n'envisage que cette espérance. Il connaît la future, soit qu'il l'ait fréquentée, soit qu'on lui en ait parlé favorablement, et il veut faire un mariage qui lui donne du bonheur. En conséquence, dans le consentement qu'il donne, il considère la personne elle-même. Dans de pareilles conjonctures, peu importe que les espérances héréditaires soient vaines. Veut-on conférer le droit conjugal à la personne présente elle-même, au lieu d'avoir pour seul objectif la qualité mensongère ? Oui, cette fois. Le consentement ne fait donc pas défaut.

Et, qu'on le remarque bien, il en est ainsi même si la qualité d'héritière a été déterminante ou, en d'autres termes, si sans cette erreur le roi n'eût pas consenti. De ce fait il n'y a, disons-nous, rien à conclure. L'erreur a été déterminante ? Soit ; mais ce fait n'empêche pas, du moment où la personne elle-même a aussi été considérée, que le

futur ait voulu conférer le droit conjugal à la partie présente. Que si l'on emploie l'autre manière de parler, la réponse est encore plus facile. Vous dites que vous n'auriez pas consenti ? A merveille, car cette objection est un aveu : vous n'auriez pas consenti ; c'est donc que vous l'avez fait. Aussi dans l'exemple ci-dessus d'un mariage qui se forme malgré une erreur sur une qualité, suffit-il de parler d'un prince qu'on envisage d'une manière quelconque, outre la qualité d'héritière, la personne elle-même, et n'est-il pas besoin de supposer que c'est cette dernière qui est considérée principalement (1).

Les mêmes explications pourraient être adaptées aux hypothèses de méprise sur le nom, la descendance, la fortune, la religion, l'honnêteté, l'honorabilité, la santé ou le caractère de l'autre partie.

Telle est notre doctrine relativement aux erreurs commises par l'un des contractants sur les qualités de l'autre. Elle est simple, nous semble-t-il. Seulement pour oser l'accepter, il faut, bien que finalement elle soit assez restrictive, s'être préalablement rendu compte que l'on peut hardiment reconnaître le défaut de consentement, sans craindre aucune conséquence sociale fâcheuse. Autrement il sera fort difficile, nous le répétons, de mettre la lumière dans le sujet actuel.

Un pareil jugement peut être téméraire ; mais ce qui nous autorise à le porter, pensons-nous, c'est l'attitude de théologiens éminents.

En premier lieu Gury et son savant annotateur Ballerini que disent-ils relativement à l'influence que l'erreur touchant les qualités peut avoir sur le consentement ?

---

(1) Voir Bouquillon, *Tractatus de virtute religionis*, tom I, note de la page 204.

Voici d'abord comment s'exprime l'auteur (*Compendium*, II, N° 795) :

« L'erreur sur les qualités est impuissante, quelle qu'elle soit, à rendre le mariage invalide. C'est qu'en effet l'erreur sur les qualités ne porte pas sur l'objet du contrat. Cet objet, c'est la personne même avec laquelle on contracte ; ce ne sont point ses qualités. Il faut excepter le cas où une qualité a été visée explicitement, comme une condition *sine qua non*, selon le langage habituel » (1).

Pourquoi l'auteur n'admet-il que l'exception de réserve expresse ? Incontestablement, ce n'est pas logique. D'abord une restriction intérieure empêche aussi bien le consentement, selon ce que nous avons dit plus haut. Il y a seulement cette différence que dans la première hypothèse le manque de volonté se manifeste clairement au dehors, tandis que dans la seconde il devient problématique pour le juge. D'un autre côté, est-il toujours vrai de dire : « l'erreur sur les qualités ne porte pas sur l'objet du contrat ; cet objet, c'est la personne même » ? Une qualité ne peut-elle pas être, en fait, par suite d'une manière de considérer du promettant, l'objet du consentement au mariage ? Nous croyons l'avoir établi par plusieurs exemples. Il y a donc deux autres exceptions que l'on ne peut pas plus rejeter que la première.

Aussi Ballerini reconnaît-il que, même si aucune restriction n'a été faite, l'erreur sur les qualités peut donner lieu au défaut de volonté. Mais dans quel cas seulement ?

---

(1) « Error circa qualitates personæ, qualiscumque sit, per se non irritat matrimonium. Ratio est, quia error circa qualitates non cadit in objectum contractus; objectum enim istud est ipsamet persona, cum qua contrahitur, ut modo dictum est, non vero sunt ipsius qualitates. Excipe, nisi qualitas *explicite*, velut conditio *sine qua non* (ut aiunt) intendatur ».

« Il est une seconde hypothèse, dit-il, non indiquée par l'auteur, dans laquelle une erreur sur une qualité rend nulle le mariage. A la vérité, les deux cas peuvent être réunis dans cette règle générale, mais obscure : *l'erreur sur une qualité invalide le mariage, quand cette erreur est, en réalité, une erreur sur la substance*. C'est ce qui arrive d'abord dans le cas cité par l'auteur : lorsqu'une certaine qualité devient une condition du contrat. Il est manifeste, en effet, que si la condition fait défaut, le consentement qui lui est subordonné manque aussi. En second lieu, le même résultat se produit quand il arrive qu'une des parties se trouve personnifiée par une qualité, ou que la personne avec laquelle on contracte n'est connue et déterminée que par une qualité qu'on lui suppose ».

Si nous passons maintenant à des maîtres particulièrement autorisés en la matière du mariage, voici comment s'exprime Pirkhing (Livre 4, Tit. I, n. 163.) Si la qualité sur laquelle l'une des parties se trompe est ce qui personnifie et représente à l'esprit l'autre contractant qui n'est pas connu physiquement, alors il y a, en réalité, erreur sur la personne. La même idée est exprimée clairement par Sanchez (Livre 7. Disp. 18, n. 38) : « Quand l'erreur sur une qualité se transforme-t-elle en erreur sur la personne et entraîne-t-elle la nullité du mariage? Nous répondrons brièvement. Ce fait se produit quand les deux circonstances qui suivent sont réunies : la qualité sur laquelle on se trompe sert à déterminer la personne qui n'est pas connue sans cette qualité (c'est-à-dire autrement que par cette qualité); et d'autre part il n'appert point que l'on ait voulu contracter avec la personne présente, quelle qu'elle fût » (1).

---

(1) « Non in hoc tantum casu, sed etiam in alio, quem A. omittit, error circa qualitatem invalidum efficit matrimonium; quamquam



Ainsi, d'après Ballerini, Pirhing et Sanchez, si du moins nous interprétons la pensée du premier suivant celle du second et du troisième, c'est uniquement lorsque la personne à laquelle on déclare se donner en mariage n'était pas connue de l'autre partie, que la première a pu considérer, au lieu de la personne du stipulant, un avantage qu'on supposait à celui-ci. Mais, vraiment, est-il rationnel de tracer ainsi une limite infranchissable, quand on parle de la réalité de défaut de consentement et non de la preuve de ce fait? Pourquoi, par exemple, ce qui est vrai d'un roi qui n'a jamais vu sa fiancée, ne pourrait-il plus l'être s'il l'a rencontrée une fois?

D'autre part, dans l'hypothèse où c'est par suite d'une restriction mise à la promesse que l'erreur sur une qualité empêche le consentement, il semble, faute d'observation de la part de Ballerini, que, pareillement à l'auteur qu'il annote, il exige une réserve expresse. Tacite, elle ne ferait plus obstacle à l'existence de la volonté de conférer le droit

---

uterque casus contineri potest generali illa, utut subobscura regula, ob errorem qualitatis matrimonium invalidari, quando ejusmodi error qualitatis transit in substantiam. Primus itaque casus, quem et A. innuit, est, quando qualitas est conditio, sub qua præstatur consensus: manifestum est enim conditione deficiente, etiam conditionatum, id est consensum deficere. Alter casus est, quando qualitas est determinativa personæ, quæcum quis contrahere intendit; seu quando personam, cum qua contrahis, non cognoscis nec determinas, nisi ex indicio et nota illius qualitatis. Qua de re Pirhing (*Lib. 4, Tit. 1, n. 163*): *Si per qualitatem, in qua erratur, certa et individua persona designetur, primoque concipiatur, quæ visu prius ignota est, tunc error redundat in errorem personæ.* Item satclare Sanchez (*Lib. 7 Disp. 18. n. 38.*): *Ad explicandum, quando error circa qualitatem redundet in errorem personæ matrimonium dirimentem, dico breviter, tunc id accidere, quando erratur circa qualitatem, quæ certam personam designat, quæ contrahenti prius nota non erat absque illa qualitate (scil. nisi ex illa qualitate). nec constat, mentem contrahentis fuisse in personam sibi presentem, quæcumque illa sit, consentire ».*

conjugal à la personne présente. Comment justifier cette distinction ? Que la restriction soit formelle ou sous-entendue, l'intention ne reste-t-elle point la même ?

D'où vient ce manque de logique chez de si grands esprits ? Ce ne peut être qu'ils ne l'aient point aperçu. Il n'y a donc qu'une explication possible. C'est que par prudence ils n'ont pas voulu dire toute leur pensée, de crainte que la preuve de l'erreur sur les qualités ne dût être trop souvent autorisée dans les tribunaux. Ils ont redouté de leur reconnaître la liberté de permettre une preuve que les juges seraient exposés à tenir pour concluante, au grand détriment de la certitude et de l'indissolubilité des mariages. Mais ces appréhensions, les éminents auteurs dont nous parlons, les auraient point eues, s'ils avaient d'abord établi que le législateur compétent pour statuer sur l'existence des mariages, a le droit et même, en général, l'obligation de ne pas souffrir que la preuve de l'erreur de l'une des parties sur les qualités de l'autre soit autorisée. Ce principe posé ils auraient pu, sans inconvénient, éviter des contradictions qui ont dû coûter à leur perspicacité, et épargner à leurs lecteurs d'inutiles efforts d'interprétation. Ils auraient été plus larges dans la détermination des hypothèses où le consentement fait défaut par suite d'erreur sur les qualités et c'est seulement le droit de faire la preuve de cette erreur qu'ils auraient limité aux cas de restriction formelle et d'échange de promesses avec une personne que l'on ne connaît pas encore physiquement. Certes, ce n'est pas la règle ainsi posée que nous voudrions combattre. Si nous nous sommes permis de faire remarquer qu'il n'est pas exact de dire que l'erreur sur une qualité n'empêche le consentement que dans les hypothèses de restriction formelle et d'un échange de promesses avec une personne que l'on n'a jamais vue, c'est une règle qui nous paraît très sage que la preuve ne puisse être reçue par les tribunaux que dans

ces deux circonstances. Du moment où il n'y a pas eu de restriction expresse, si d'ailleurs la partie objet de l'erreur était déjà connue, il nous semble imprudent, parce que le manque de consentement reste trop conjectural, d'autoriser les juges à permettre de prouver l'erreur.

Au contraire, dans les deux hypothèses de restriction exprimée ou de personne inconnue physiquement, il y a des éléments de certitude suffisants pour que le législateur ne défende point de recevoir la preuve. Une restriction extérieure a-t-elle limité la promesse ? Le législateur en ce cas ne peut point s'opposer à la preuve de l'erreur ; car si celle-ci est démontrée à un tribunal, il ne sera pas réduit à statuer d'après des inductions conjecturales sur le défaut de consentement : la réserve ajoutée explicitement est, en quelque sorte, une preuve directe de l'absence de volonté. La personne avec laquelle on a échangé un consentement au mariage était-elle inconnue physiquement ? De nouveau, après la démonstration de l'erreur, s'il ne devient pas matériellement certain que l'on n'a point voulu épouser l'autre partie, il y a des présomptions en ce sens qui équivalent à une certitude. Cette absence complète de fréquentations entre les futurs ne met-elle point à l'abri du péril de témérité les juges qui, de ce fait une fois établi, concluraient, en cas d'erreur sur la qualité désirée, à l'absence de consentement ? Dans ces deux hypothèses, le législateur ne peut donc défendre aux tribunaux de recevoir la preuve offerte. Autrement il s'exposerait, sans motif d'intérêt public, à tenir pour mariées des personnes qui ne le sont point, à leur imposer, notamment, le sacrifice de supporter la vie commune quand ni le bien social, ni, par conséquent, la loi d'assistance mutuelle ne le commandent. Dès lors, la volonté du souverain non sanctionnée par la loi de nature resterait sans force obligatoire, si du moins il s'agit d'un souverain temporel, et l'exécuter serait un attentat.

Avant de quitter le huitième cas de défaut de consentement, je dois encore me demander si une erreur sur les qualités qui, par elle-même, n'empêcherait pas le consentement, fait obstacle à celui-ci lorsqu'elle est le résultat d'un dol de l'autre partie. Mais non, évidemment. Qu'y a-t-il de nouveau dans l'hypothèse actuelle? Tout simplement que l'erreur a une cause coupable; rien de plus. Apparemment, cette faute ne fait point par elle-même que l'on a mis une restriction au consentement, ou que le promettant faisant abstraction de la personne a considéré uniquement l'avantage que celle-ci s'attribuait. Peu importe, d'ailleurs, que le dol ait été décisif, déterminant, *dans causam contractui*. C'est l'application d'un principe formulé plus haut quand nous ne supposons pas à l'erreur une cause frauduleuse. Que votre futur vous ait trompée sur ses qualités, et que ce soit par ce moyen qu'il ait obtenu votre consentement, il n'en est pas moins possible qu'en promettant vous ayez considéré, et sans l'idée d'une restriction, l'individu lui-même. Le dol déterminant n'a donc nullement par lui-même pour conséquence, le défaut de consentement.

Reste, il est vrai, relativement au dol, une question à se poser et une objection à prévoir.

En premier lieu, le législateur compétent pour statuer sur la validité des mariages ne peut-il point autoriser plus facilement la preuve du défaut de consentement, lorsqu'on allègue que la cause de ce fait a été une tromperie de la stipulant? Rigoureusement, cette question est ici prématurée. Mais elle tient étroitement à notre sujet et peut être brièvement résolue. Personne n'est d'avis de faire cette différence ni les théologiens, ni nos jurisconsultes, et cette fermeté me paraît très sage. Je crois avec les théologiens (Gury. II n° 796, 2<sup>o</sup>) qu'il n'y a pas lieu de distinguer suivant que l'erreur de l'un des promettants est ou n'est point imputée à l'autre partie, nous tenons que jamais les tribunaux ne

peuvent être autorisés à permettre la preuve d'une erreur sur les qualités, en dehors des hypothèses de restriction expresse ou d'échange d'engagements avec une personne que l'on n'a jamais rencontrée. Pourquoi, en effet, serions-nous plus larges, dans le cas de dol ? Ce fait rend-il moins problématique la restriction secrète qui serait alléguée ou bien moins invraisemblable que l'on ait considéré une qualité à l'exclusion de l'individu lui-même ? Loin de là ; il y a, au contraire, tout particulièrement lieu de croire que l'imposteur a su rendre sa personne agréable et ainsi emporter un consentement sans réserve, un consentement dont il a été lui-même l'objet.

En second lieu, l'objection est celle-ci : — En disant que le dol n'empêche pas plus qu'une erreur spontanée le consentement vous êtes dans le vrai ; mais peu importe, car le mariage déterminé par dol n'en est pas moins invalide. Il est nul parce qu'un contrat suppose, outre le consentement des parties, la sanction divine et que celle-ci n'est point donnée au pacte nuptial dolosif. Peut-on admettre que Dieu ratifie une convention contraire au bien des hommes ? Or, telle serait celle dont il s'agit. Sanctionnée, elle constituerait un encouragement à la fraude et une violation de la loi de la réparation des atteintes au prochain. — La réponse à cet argument est très simple ; nous n'avons qu'à préciser ce qui est, croyons-nous, dans le bon sens de chacun. Les considérations d'encouragement au mal et de violation du principe de la réparation des atteintes au prochain disparaissent, aux yeux de la raison interprète de la volonté divine, devant un mal plus grand que, sanctionnée, la convention matrimoniale dolosive prévient. Dans un pacte où la passion et l'intérêt font apporter tant d'ardeur pour l'obtention du consentement désiré, trop souvent le résultat est atteint par des illusions données ou par des qualités d'emprunt, de telle sorte qu'il s'agit pour le Créateur de prévenir, grâce à

la convention matrimoniale sanctionnée malgré le dol, le mal d'éducatons manquées par suite de l'absence de famille et celui de la discorde entre époux véritables mais incertains de la réalité de leurs droits.

*9<sup>me</sup> cas.* — Deux personnes ont échangé entre elles des paroles de consentement au mariage : mais elles plaisantaient, ou bien l'une d'elles était dans cette disposition d'esprit. Le consentement a donc manqué.

Seulement un législateur n'est pas plus obligé ici que dans les deux cas de crainte ou d'erreur à autoriser toujours la preuve des faits desquels on voudrait conclure au défaut d'intention. Le consentement doit même être présumé d'une manière irréfragable, quand il a été exprimé dans la forme ordinaire. Autrement on donnerait lieu à des présomptions conjecturales qui constitueraient un moyen de dissolution de la société domestique. Il y a bien toujours cette objection que celui qui réellement n'a point consenti se verra mis dans la condition d'une personne mariée, et obligé peut-être à régulariser sa situation par un consentement, pour échapper au danger de relations illicites. Mais ce sacrifice de la liberté de disposer spontanément de soi-même est, nous venons de le voir, impérieusement réclamé par le bien social.

*10<sup>me</sup> cas.* — Si au lieu d'un engagement pris seulement par plaisanterie, nous supposons que c'est par l'effet d'un mensonge qu'on a exprimé la volonté de se donner en mariage, le résultat ne changera point. Mais, d'autre part, l'observation que nous venons de faire à propos du neuvième cas sur l'admissibilité de la preuve sera également vraie.

*11<sup>me</sup> cas.* — Deux personnes ont échangé en paroles des consentements à fin de mariage ; mais ces promesses ou l'une d'elles ont été accompagnées d'une clause dont l'adjonc-



tion a fait qu'il n'y a point eu, malgré une apparence contraire, volonté de conclure le pacte matrimonial.

Ce cas n'est point absolument nouveau pour nous. Incidemment, nous avons dû le prévoir à propos de l'erreur sur les qualités pour déterminer les hypothèses dans lesquelles cette méprise donne lieu au défaut de consentement. Cette restriction expresse ou tacite dont alors il a été parlé, qu'est-ce sinon une clause dont l'adjonction met obstacle à la volonté de conférer le droit conjugal ? Peuvent également être données comme exemples les clauses par lesquelles on ne consentirait qu'en stipulant que l'on ne sera point soumis à telle ou telle loi du mariage, ainsi à celles de l'unité ou de l'indissolubilité. D'une manière générale, prennent place ici les clauses sans nombre par lesquelles il peut arriver qu'on subordonne son consentement à fin de mariage à la réalité d'un fait qui ne s'est point produit ou n'aura jamais lieu. Mais, au contraire, il est évident qu'on ne peut plus citer ces clauses si la partie de qui elles émanent n'est pas allée jusqu'à subordonner à leur exécution sa volonté de contracter mariage. En d'autres termes, nous ne sommes plus dans un cas de défaut de consentement, si la clause qui, dominante aurait eu ce résultat, n'a été qu'accessoire.

Peu importe que ce soit par une restriction intérieure que les deux parties ou l'une d'elles annulent leurs volontés apparentes de se donner l'une à l'autre. Toutefois nous voulons seulement dire que le consentement fera aussi bien défaut, que la clause soit ou non exprimée ; car au point de vue du droit de produire la preuve de ce fait, il y a une grande différence entre les deux hypothèses. L'offre de prouver l'addition d'une clause simplement intérieure ne saurait être recevable. Le législateur qui la permettrait exposerait le juge à des conjectures funestes.

Terminons par trois remarques l'examen de ce onzième cas.

La première est relative aux conditions qui figureraient dans un pacte matrimonial. Elle a pour but d'appliquer à cette espèce de clauses ce qui a été dit d'une manière générale des réserves jointes à l'expression d'un consentement à fin de mariage.

Une condition est une restriction en vertu de laquelle le commencement ou l'expiration des effets, soit d'une convention, soit d'une volonté unilatérale, sont rattachés à l'accomplissement d'un fait futur et incertain, positif ou négatif. S'il s'agit du commencement, la condition est suspensive ; s'il s'agit de l'expiration, la condition est résolutoire.

Une personne se donne-t-elle à Pierre, mais en renvoyant les effets de son consentement au temps où il se réconcilierait avec les parents de la promettante, ou bien au temps où il ne commettrait plus telle faute dans une hypothèse donnée ? Il y a une condition suspensive. Contracte-t-on mariage par une volonté immédiatement efficace, mais en stipulant que le droit actuel que l'on confère sera résolu si le conjoint tombe dans tel écart, ou si dans telle hypothèse il ne donne point une certaine preuve de son dévouement conjugal ? La condition est résolutoire.

Le mariage contracté sous condition suspensive ne doit pas être confondu avec les fiançailles. Celles-ci consistent dans la promesse d'un consentement au mariage, tandis que celui-là suppose un consentement actuel dont l'effet seul est retardé. Par le mariage, même conditionnel, le promettant se donne ; par les fiançailles il ne confère aucun droit sur son corps.

Il est incontestable que l'introduction d'une condition suspensive dans le mariage est un fait fâcheux. Des discordes peuvent s'élever au sujet de l'accomplissement de la condition, et, en attendant qu'elle soit remplie, la situation des époux est périlleuse : privés de l'usage du mariage, ils sont

cependant tenus à la fidélité. Mais faut-il aller jusqu'à dire que le mariage contracté sous condition suspensive est naturellement nul ? Comme nous avons dit que pour la sanction du contrat matrimonial Dieu se contente que le bien des enfants soit garanti dans ce qu'il a d'essentiel, notre question ne peut avoir un autre sens que celui-ci : la condition suspensive exclut-elle le consentement ? Or la solution est simple. Le manque de consentement se produira, sans doute, si la condition vient à défaillir, c'est-à-dire si son accomplissement devient impossible. Mais, au contraire, il est manifeste que provisoirement il y a consentement, sauf un délai pour ses effets, et qu'une fois remplie la condition suspensive ne met plus aucun obstacle à la volonté de se donner en mariage.

Ces solutions restent vraies si la condition suspensive est immorale. On appelle ainsi une condition qui porte à commettre une faute. Par exemple, le promettant a subordonné l'effet de son engagement à la complicité de l'autre partie dans un crime qu'il prémédite. Le caractère illicite de cette clause n'empêche pas que le consentement ait été donné. Ne faut-il pas même admettre que le contrat peut être tenu pour pur et simple par le législateur compétent, et la condition suspensive immorale considérée par lui comme inexistante ? En faveur de l'affirmative on dira qu'il y a dans une attitude de ce genre prise par l'autorité une leçon de morale et un moyen de détourner des mariages conditionnels. Nous croyons cependant que c'est négativement qu'il faut répondre. Par l'effacement de la condition suspensive, à quel résultat finalement arriverait-on ? Le législateur donnerait à entendre qu'un homme et une femme peuvent être légitimement unis sans convention matrimoniale. Ne verrait-on pas deux personnes, entre lesquelles il est manifeste que ce lien n'existe point, forcées à la cohabitation comme des époux ? La situation est bien différente de celle

de deux parties dont l'une allègue invraisemblablement que sa promesse n'a été qu'apparente. Seulement nous n'avons point raisonné dans l'hypothèse où, malgré les termes, il y aurait lieu de douter si une condition suspensive immorale, relative, par exemple, à une complicité désirée par le promettant, n'est pas simplement un pacte accessoire ajouté à un consentement immédiatement définitif. En pareil cas, le législateur devrait plutôt s'en tenir à cette seconde interprétation. Elle est, en effet, plus sûre, puisque généralement les mariages ne sont point conditionnels.

Nous arrivons à la condition résolutoire. Rentre-t-elle parmi les clauses dont l'adjonction fait qu'il n'y a point eu vraiment volonté de conférer le pouvoir de conjoint? Ici nous ne devons plus distinguer comme il nous a fallu le faire en matière de condition suspensive. En principe, la condition résolutoire est toujours un obstacle au consentement. L'auteur de cette restriction subordonne, en effet, sa volonté de conférer le droit conjugal, à l'acquisition d'un droit éventuel de dissolution. Or, cette acquisition est impossible, puisque le mariage est indissoluble. Cependant n'oublions point que, dans l'ordre purement rationnel, la loi de l'indissolubilité n'est point absolue. Si donc l'on suppose une condition résolutoire qui se borne à stipuler la dissolution du mariage, soit en général, soit dans une hypothèse déterminée, pour autant seulement qu'elle serait de droit, la clause ainsi limitée n'exclut pas le consentement. Celui-ci, en effet, ne se trouve point alors subordonné à l'acquisition d'un droit impossible.

La seconde des remarques que nous avons annoncées est relative au terme que l'on insérerait dans la convention de mariage. Le terme est distinct de la condition : cette clause subordonne bien encore le commencement ou l'expiration des effets d'une convention ou d'une volonté unilatérale à la réalisation d'un événement futur, positif ou négatif ; mais

cet événement n'est pas incertain. Comme en matière de condition, on distingue le terme suspensif ou initial qui est la détermination d'un délai à l'expiration duquel tel ou tel droit s'ouvrira et le terme résolutoire ou extinctif qui limite la durée de cette prérogative. Il est évident que le terme suspensif n'empêche pas le consentement au mariage. Le terme résolutoire exclut, au contraire, nécessairement cette volonté, puisque la loi de l'indissolubilité s'oppose à l'acquisition d'un droit de résolution. Quant à la réserve par laquelle nous avons terminé ce qui regarde la condition résolutoire, il n'y a pas lieu de la reproduire ici : les exceptions à la loi naturelle de l'indissolubilité dépendent des circonstances. Ce ne sont point des faits à l'avance certains. D'après le sens des mots, elles ne peuvent donc être l'objet que d'une condition, point d'un terme.

Notre troisième remarque est que chacune des parties qui contractent un mariage, ou l'une d'elles, peut ajouter à sa promesse, sans détruire celle-ci, une stipulation de continence. En d'autres termes, cette clause ne figure point parmi celles dont l'adjonction fait que la volonté de conférer le droit conjugal n'existe pas ; il n'y a point incompatibilité. Un chrétien qui se souvient des origines de la Rédemption a à cœur de mettre en lumière cette vérité lorsqu'il la rencontre.

Réserver la continence, ce n'est point vouloir que le droit conjugal sur soi n'existe pas. Analysons, en effet, les intentions de l'auteur de cette stipulation. Il veut que l'autre partie ait sur lui le droit sexuel, car il entend que si l'engagement de continence par lui obtenu n'est point respecté, le conjoint, coupable, sans doute, de contraindre à des rapports physiques après avoir promis de s'en abstenir, soit cependant considéré comme ayant usé, quoique illicitement, d'un droit qui lui appartient. — Oui, répliquera-t-on, en théorie les deux volontés ne s'excluent point ; on peut vouloir tout à la fois que le droit conjugal existe et ne soit

point exercé ; mais en fait , comment supposer qu'une personne veuille dans le même temps le mariage et la continence ? Puisqu'elle tient à garder celle-ci, comment peut-on imaginer que d'autre part elle veuille donner, même en principe seulement, le droit d'exiger d'elle le commerce de la chair ? En d'autres termes, nous ne pouvons croire qu'en fait la première de ces intentions ne détruise point la seconde, parce que nous ne voyons point quel intérêt peut porter à les réunir. — Nous répondons que l'intention dont il s'agit n'est point inexplicable. Deux exemples vont le prouver. Il s'agit d'une fille qui contrairement aux désirs de ses parents voudrait demeurer vierge. Toutefois, les violences qu'elle prévoit en cas de refus ou des considérations de famille la déterminent au mariage. Mais il se trouve que l'homme qui sollicite sa main consent ou même aspire, lui aussi, à garder la continence absolue. On peut encore supposer une fille qui vit dans un peuple où elle sera regardée comme un objet d'opprobre et deviendra une cause de scandale, si elle ne se marie point. Est-ce que telle n'était pas la disposition d'esprit des Israélites qui estimaient que toute femme juive devait ambitionner d'être la mère du Messie ? Mais voici qu'un moyen de conciliation s'offre à cette personne ; elle rencontre un fiancé prêt à respecter la pureté virginale de son épouse. Ils pourraient dès lors s'entendre pour n'échanger que des consentements fictifs ; toutefois cette combinaison leur paraît téméraire. Ils craignent que la cohabitation ne les porte, malgré leurs dispositions actuelles, à des relations qui, faute d'un pacte nuptial préalable, seraient condamnables. C'est pourquoi ils échangent le droit à l'union des sexes, en convenant seulement qu'ils ne l'exerceront point. La juxtaposition des volontés de conférer le droit conjugal et de stipuler la chasteté absolue n'est donc nullement inexplicable ; ce n'est pas seulement en théorie, c'est aussi en fait que ces deux intentions peuvent coexister.



## ARTICLE II.

**Des empêchements prohibitifs naturels.**

33. D'après la définition générale que nous avons donnée des empêchements prohibitifs, les empêchements prohibitifs naturels sont les causes morales qui selon la raison pure mettent obstacle à la passation du contrat matrimonial, mais non à sa validité.

Ces causes sont nombreuses. Nous indiquerons d'abord l'absence de publicité, l'absence de disposition à échanger des promesses expresses ou tacites de fidélité aux lois conjugales, une condition ou un terme suspensifs modifiant le consentement un premier mariage existant, le vœu de célibat, le vœu de chasteté parfaite, l'impuberté, un développement de l'intelligence ou de la volonté encore insuffisant pour l'accomplissement des devoirs d'époux et de père ou de mère, des relations sexuelles illicites lorsque le futur n'est point le complice, le veuvage de la femme pendant les trois premiers mois, un contrat de fiançailles avec une autre personne que celle que maintenant on veut épouser, pareillement une promesse unilatérale de mariage, l'opposition du père ou de la mère.

Il est d'autres empêchements prohibitifs naturels dont l'existence ne peut être affirmée, dans chaque hypothèse, qu'à la suite d'une appréciation de faits particulièrement

délicate. Nous les avons réunis dans une seconde catégorie. Ce sont : la vocation du célibat, l'état maladif du futur, un choix contraire à la vocation de la personne qui le fait, ou funeste à sa vertu, à sa santé, à la considération, à l'aisance qu'elle possède, un choix portant sur une personne qui, par elle-même ou autrement, mettra probablement la division entre le conjoint et la famille de celui-ci, ou entre les proches du conjoint, ou entre les deux familles intéressées, un choix nuisible au bien de la postérité de celui de qui il émane, la consanguinité entre les futurs, un choix contraire au bien des enfants d'un premier lit, la détresse des parents, la pauvreté des deux futurs.

34. Nous devons reprendre brièvement chacune des parties de cette double énumération.

L'absence de publicité est un empêchement prohibitif naturel. En effet, il a été établi que, d'après la raison pure, le mariage doit être public. Par conséquent, il y a faute pour les parties à contracter sans témoins. Or, nous devons éviter le mal. L'absence de publicité met donc obstacle au mariage, selon la loi naturelle.

La stipulation faite par les parties ou l'une d'elles, que les époux ne seront point soumis aux lois conjugales, détruit le consentement et rend nulle la convention, lorsque cette clause est dominante ; mais il a aussi été prouvé antérieurement que la simple absence de promesse de fidélité aux devoirs de conjoint n'est point une cause d'invalidité. Cette absence est-elle un empêchement prohibitif naturel ? Oui, certainement. Cette affirmation se justifie comme la précédente relative au mariage clandestin, car nous avons prouvé que la fidélité aux obligations matrimoniales doit être de la part de chacun des contractants l'objet d'un engagement exprès ou tacite. Si la solution que nous venons d'expliquer est vraie, il est évident que le mariage ne peut pas être conclu lorsque les parties, non seulement ne sont pas dispo-

sées à se soumettre aux lois du mariage, mais veulent, même simplement d'une manière accessoire, les écarter.

Nous avons déjà montré qu'une condition suspensive ajoutée au consentement a des effets fâcheux. Notamment elle constitue un péril considérable pour la moralité des parties. Il en est de même d'un terme initial. Or, on ne peut sans motif relativement sérieux s'exposer au danger de commettre le mal. Les parties qui ne sont disposées à consentir que moyennant l'adjonction d'une condition ou d'un terme suspensifs doivent donc, à moins de raison grave, s'abstenir de contracter. En d'autres termes, ces clauses sont ordinairement un empêchement prohibitif naturel.

Un premier mariage existant n'empêche point absolument, nous l'avons vu, la validité d'un second, mais il constitue un empêchement prohibitif. La formation du lien conjugal entre deux personnes dont l'une est déjà mariée aurait pour effet presque inévitable la discorde entre celle-ci et son premier conjoint, et le malheur de leurs enfants. Le devoir du bigame de n'entretenir des relations sexuelles qu'avec le premier conjoint courrait le plus grand risque d'être méconnu. Ces résultats contraires à la morale et funestes doivent être évités. Dès lors, l'existence d'un premier mariage a pour effet, même dans l'ordre purement rationnel, d'interdire une seconde union à la personne actuellement mariée et aussi à la partie qui serait disposée à passer le nouveau contrat.

35. Celui qui a promis à Dieu de ne point se marier est tenu d'exécuter son engagement, car la raison dit que le Souverain-Maitre, tirant en partie sa gloire des sacrifices que lui offrent les créatures, accepte, généralement parlant, le vœu de célibat. Il y a donc dans cette promesse un empêchement prohibitif naturel.

Ne sera-t-on pas même tenté de croire qu'elle constitue un empêchement dirimant? — L'auteur du vœu, dira peut-

être quelqu'un, n'a-t-il pas renoncé entre les mains divines à sa liberté de se donner en mariage ? Il lui est donc non seulement défendu, mais impossible, de conférer sur une personne le droit de conjoint. D'autre part, on ne peut s'obliger à faire le mal ; or, c'est ce qui arriverait si, après la promesse du célibat, on pouvait encore contracter mariage, puisqu'on s'obligerait à se prêter à l'union sexuelle à manquer, par conséquent, à l'engagement pris envers Dieu. — Le sujet est délicat ; toutefois je ne sais pas qu'il y ait la moindre hésitation parmi les auteurs. Aucun croyons-nous, ne voit un empêchement dirimant dans le vœu qui nous occupe. Seulement nous regrettons qu'ils n'aient pas plus généralement prévu les objections que nous venons de formuler. Nous essaierons de démontrer qu'elles ne sont que spécieuses.

L'auteur du vœu, dirait-on d'abord, a renoncé à sa liberté de se donner en mariage ; il lui est, dès lors, impossible de conférer sur sa personne le droit conjugal. Ce raisonnement a le tort d'être absolu. Je reconnais qu'on ne peut plus user licitement de la liberté dont il s'agit, mais on continue de pouvoir l'exercer valablement. L'auteur du vœu doit se régler sur cette présomption que Dieu accepte la promesse qui lui est faite de ne point contracter mariage, la raison voit cela ; mais elle ne discerne point que Dieu accepte cette renonciation en ce sens qu'il serait non seulement défendu mais impossible à celui qui l'a faite de conférer sur sa personne le droit sexuel. Le zèle de l'auteur du vœu a pu aller jusqu'à désirer cette incapacité, mais peu importe. Le pouvoir de faire don de son corps en vue de l'acte de la génération appartient régulièrement à la créature humaine, puisque cet acte n'est point illicite. Il s'agit donc d'examiner si Dieu veut, à cause de la promesse de célibat, modifier la règle commune qui vient d'être exprimée. Or, rien ne porte à le penser. A la vérité, nous entendons nous réserver d'exa-

miner, dans le chapitre des contrats, cette idée qu'il est contraire à la gloire de Dieu de sanctionner une convention qu'il défend, mais quand il s'agit du mariage, du moins au point de vue extra-social. la gloire du Créateur est, à cause du bien des enfants, que les pactes matrimoniaux soient valides quoique illicites, et spécialement malgré le vœu de célibat, quel qu'il soit. Trop facilement, par suite de la nullité ou de l'incertitude des mariages, l'éducation des enfants serait compromise.

La deuxième objection dit qu'on ne peut s'obliger à commettre le mal, ni, par conséquent, à des relations sexuelles quand on a promis de s'en abstenir. Certains répondront peut-être que le vœu de célibat est celui de ne pas se marier, et non point la renonciation au commerce de la chair ; mais cette réplique ne me satisfait point. Il me paraît difficile de croire que dans la pensée de celui qui fait le vœu de célibat, cette promesse ne comprenne point l'engagement de remplir le devoir qui en est la conséquence immédiate : celui de la chasteté parfaite. Il y a, selon nous, une meilleure explication. L'auteur du vœu de célibat a promis de ne jamais consommer l'union sexuelle, je l'admets ; et, par suite, quand il contracte mariage, il s'oblige bien à manquer à l'engagement qu'il a voulu prendre. Mais, en réalité, cet engagement ne le lie pas dans l'hypothèse où il y a convention matrimoniale. Qu'avons-nous dit, en effet, à propos de la première objection ? Que Dieu, d'après ce que discerne la raison, n'acceptait la promesse de célibat que comme obligation de ne point se donner en mariage et non comme destruction de cette faculté. Dieu veut que si le promettant consent plus tard à conférer le droit conjugal, celui-ci soit acquis. De là il faut nécessairement conclure que Dieu veut aussi que la personne dont nous parlons se prête à l'union sexuelle, si un jour elle se marie : n'aura-t-elle pas, en effet, le devoir évident de res-

pecter ce droit que, malgré tout, elle aura pu donner? Lors, l'engagement de continence, en tant qu'il consiste pour l'auteur du vœu à promettre de refuser l'œuvre de la chair au conjoint possible, n'est point accepté par Dieu. A le violer il n'y a donc point de faute. S'obliger à le faire ce n'est point s'obliger au mal.

Dans la matière qui nous occupe, on emploie assez indifféremment les expressions de virginité et de célibat. Elles n'ont cependant pas tout à fait la même signification. Le célibat est l'état d'une personne qui n'est point mariée. Or une personne mariée est vierge cependant s'il n'y a pas d'union sexuelle. A un point de vue, le sens du mot de virginité est donc plus étendu. Mais envisagé autrement, il est aussi plus restreint. On ne cesse point d'appeler célibataire celui qui manque au devoir de son état. Lui donne-t-on encore la qualification de vierge? Non, sans doute. C'est pourquoi s'il n'y avait point un usage contraire, nous serions portés à réserver l'appellation de vœu de virginité moins au vœu de célibat qu'à la promesse de chasteté absolue laquelle nous arrivons.

36. Rigoureusement, une personne peut avoir l'intention de promettre à Dieu de pratiquer la continence absolue, sans cependant vouloir s'engager à rester en dehors du mariage conjugal. Elle peut se dire qu'il n'est pas impossible qu'étant mariée elle demeure fidèle à son premier engagement peut-être rencontrera-t-elle un conjoint qui respectera sa pureté. Le vœu de chasteté parfaite ne se confond pas absolument avec celui de célibat. La distinction est encore vraie à ce point de vue que rien ne s'oppose à ce que la promesse dont il s'agit maintenant soit faite d'un commun accord par des personnes mariées. Mais de même que le vœu de célibat comprend vraisemblablement celui de continence, de même il faut ordinairement présumer qu'à son tour le vœu de célibat est compris dans la promesse de chasteté absolue.



Comment croire que l'auteur de ce dernier engagement n'a pas vu que la possibilité de l'observer dans le mariage était très exceptionnelle ? Et dès lors, comment ne pas admettre, généralement, qu'il a voulu aussi s'obliger à ne point se marier ? Nous devons donc déjà conclure que le vœu de chasteté absolue est un empêchement prohibitif naturel. Refuse-t-on de reconnaître que la promesse qui nous occupe comprend celle de rester dans le célibat ? La solution ne changera point. Si un mariage alors n'est plus illicite comme contraire au vœu qui a été fait, la raison interdit cependant la formation du lien conjugal comme étant une occasion prochaine de manquer à la continence promise.

L'empêchement que nous étudions n'est vraiment que prohibitif. En sens contraire on pourrait, il est vrai, nous opposer les deux difficultés précédemment examinées.

37. L'impuberté n'est point, selon la nature, un empêchement dirimant. D'une part elle n'est point, comme l'impuissance perpétuelle, une cause d'impossibilité physique du droit conjugal. L'exercice de cette prérogative sera seulement retardé. D'autre part, elle n'est point un obstacle, dans l'ordre naturel, à la sanction divine du contrat. Pourquoi le serait-elle, en effet ? Alléguerait-on que la précocité du mariage des parents peut être funeste à leur postérité ? Nous répondrions une fois de plus : du moment où les parties sont d'accord pour se conférer le droit perpétuel de conjoint, le bien des enfants est assuré dans ce qu'il a d'essentiel ; or, il est impossible que Dieu ne se contente point de cette garantie. Trop de mariages seraient invalides, au grand détriment de l'enfance. Dira-t-on que l'intérêt moral et matériel du contractant impubère est compromis ? Nous sommes loin de le nier. A l'âge que nous supposons, l'intelligence du vrai et la volonté d'accomplir le bien ne sont-elles point trop faibles pour garder l'empire sur les instincts charnels, si on excite ceux-ci par la pratique de la vie con-

jugale ? Il est difficile que le corps lui-même soutienne les ébranlements de la passion sans que la santé coure grands risques. Mais cette double considération n'est pas concluante. En tant qu'on l'invoquerait contre la validité du mariage, nous la rejeterions à peu près comme la précédente. Si Dieu refusait de sanctionner une convention matrimoniale parce qu'elle peut devenir funeste aux parties en trop grand nombre les mariages seraient nuls. Répéterait-on que dans le cas présent le péril est particulièrement grave ? Il ne l'est pas plus que dans le cas d'unions avec un époux corrupteur. Personne cependant ne soutiendrait que le choix d'un tel conjoint est une cause de nullité. Veut-on que le défaut d'âge soit un danger mieux caractérisé ? Soit ; mais encore faudra-t-il reconnaître qu'il n'y a point de différence essentielle entre les inconvénients de l'impuberté et ceux auxquels telle ou telle autre circonstance peut exposer une des parties ou même toutes les deux.

Mais l'impuberté est, selon la nature, un empêchement prohibitif. Cette proposition dérive de la loi qui nous commande de veiller à notre propre conservation. Ne venons-nous point de constater que les intérêts moraux et matériels de celui qui se marie avant la puberté sont sérieusement compromis ? Toutefois la loi du soin de nous-même n'est pas absolue. Un motif sérieux, eu égard à la grandeur du péril que nous allons courir, nous permet de nous exposer. Pour une raison comparativement grave, un impubère pourra donc se marier, notamment pour la conservation d'une alliance politique s'il s'agit d'un enfant de souverain.

Parmi les empêchements prohibitifs naturels, à la suite de l'impuberté nous avons mis un développement de l'intelligence ou de la volonté encore insuffisant pour l'accomplissement des devoirs d'époux et de père ou de mère. Ne faut-il pas éviter d'assumer des obligations qu'on n'aura pas l'énergie de remplir ?

Des relations sexuelles illicites, lorsque le futur n'est point le complice, sont un empêchement parce que, suivant notre doctrine du début de la présente section, les coupables doivent se marier entre eux. Mais il résulte aussi de nos explications que ce devoir fondé sur les exigences du bien des enfants et du bon exemple n'est pas absolu. Il peut être écarté, notamment, par l'ignominie de la femme.

En ce qui concerne les trois premiers mois du veuvage de la femme, celle-ci doit considérer que, si elle se mariait pendant cette période, la filiation de l'enfant qu'elle a conçu ou de celui qu'elle viendrait à concevoir immédiatement serait incertaine.

38. Les fiançailles sont un empêchement prohibitif naturel à l'union de l'une ou de l'autre des parties avec une tierce personne. Cette convention fait que l'union avec une autre personne constitue une faute, celle de s'exposer gravement à ne pas remplir l'engagement des fiançailles.

Mais si les fiançailles sont un empêchement prohibitif naturel, nous convenons que la constatation de cet obstacle est difficile aux tribunaux dans un pays où, comme en France, la cérémonie des fiançailles a cessé d'être usitée. Par suite de cette désuétude, l'échange des volontés des contractants, quand il a lieu, ne se fait plus guère expressément.

Lorsque l'existence de la convention est certaine, une autre difficulté peut surgir : quelle portée faut-il donner aux engagements réciproques ? Cette question est controversée entre les théologiens et aussi parmi nos anciens jurisconsultes (Carrière, *De matrimonio*, N° 373). Pothier l'examine. Il s'agit particulièrement de savoir si dans le cas d'enrichissement imprévu de l'un des fiancés, celui-ci est encore tenu par sa promesse. Cette question reviendra dans l'exposé du droit matrimonial canonique ; disons toutefois, dès maintenant, qu'en général, il faut, suivant nous,

répondre négativement. Pourquoi? Le fiancé devenu riche n'est-il pas lié par sa parole qu'il a donnée? C'est indiscutable. Mais cette promesse en quoi consiste-t-elle? Les fiançailles ne sont qu'un projet. Ceux qui essaient ce premier lien font chacun cette restriction que par délicatesse on n'exprime point : sauf des circonstances qui seraient de nature à me faire changer d'avis. Et parmi ces causes, étant donnée l'importance qu'on attache d'ordinaire à la richesse on sous-entend, sans préciser, une augmentation de fortune qui permettrait de faire un parti sensiblement plus brillant.

Cette solution est adoptée par un certain nombre de théologiens, mais la manière dont elle est parfois défendue est peut-être trop succincte : « Si le fiancé, dit un auteur, avait prévu son augmentation de fortune, il n'aurait certainement point promis d'épouser celle qu'il a choisie pour fiancée » (1). L'argument est juste, mais à la condition qu'on ne le sépare point de la notion que nous venons de donner sur le mode d'interprétation du contrat de fiançailles. Autrement la manière de raisonner dont il s'agit ne serait point concluante. — Si vous aviez su l'avenir, pourrait-on répliquer au fiancé favorisé de la fortune, vous n'auriez pas promis d'épouser la personne que vous avez choisie pour compagne? Soit; mais ce qui n'aurait point eu lieu, vous l'avez fait et cela suffit pour que la convention soit formée. — Le langage que nous apprécions serait aussi très dangereux si on l'isolait. Il s'appliquerait alors également aux mariages, et ainsi ne devrait-on pas conclure qu'en réalité ou dans le for intérieur un nombre assez considérable d'entre eux sont invalides? Ne sont-ils pas nombreux d'après ce qui s'affirme trop fréquemment, ceux qui pour

---

(1) « Si sponsus hanc mutationem fortunæ prævidisset, nullo modo cum tali persona contrahere voluisset » (Gury, II, N° 731).

raient dire : si j'avais connu ou prévu tel fait, tel défaut, je n'aurais point consenti ; donc je ne suis pas lié. Sans doute le législateur compétent devrait interdire dans les tribunaux la preuve du défaut de consentement, mais la conséquence resterait très grave au point de vue des relations intimes des époux. La seule explication péremptoire de la dissolution des fiançailles dans le cas d'enrichissement considérable de l'une des deux parties est donc la réserve tacite qui a limité le consentement.

Il est une question analogue à celle qui vient d'être examinée : la découverte d'un défaut considérable ignoré lors du contrat ou survenu depuis libère-t-elle de ses engagements la personne déçue ? Notre réponse reste la même. Oui, pour la raison qui nous a guidé précédemment. Ce même motif nous fait croire aussi que, selon l'avis de beaucoup de théologiens, les fiançailles sont résolues par les vœux de célibat et de continence parfaite.

L'empêchement de fiançailles n'est-il que prohibitif ? Évidemment oui, puisqu'un premier mariage lui-même n'est pas, dans l'ordre où nous nous plaçons, un empêchement dirimant et contrarie seulement les effets d'une seconde union suivant les lois de l'unité et de l'indissolubilité. Au surplus, même s'il en était autrement, notre solution resterait vraie. Reproduisant une explication donnée à propos du vœu de célibat, nous dirions : Rien ne prouve que Dieu, par suite du contrat de fiançailles, prive l'homme de son pouvoir de se donner en mariage. Ce que la raison voit, c'est que le fiancé est tenu d'user de cette faculté en faveur de la fiancée. Les fiançailles ne constituent donc qu'un empêchement prohibitif au mariage avec une tierce personne.

La question de savoir quand le consentement fait défaut peut se poser pour les fiançailles comme pour le mariage, quoique avec moins d'importance. Pour la résoudre, il suffit

de se reporter aux développements dont elle a été l'objet. Nous venons de parler des fiançailles. Au lieu de cet échange d'engagements en vue d'un mariage projeté, supposons une promesse unilatérale ; celle-ci ne lie-t-elle point la personne qui l'a faite ? Certainement, si on a vraiment voulu s'imposer un devoir. Pour que j'aie un engagement envers quelqu'un, il ne faut pas que ce dernier prenne vis-à-vis de moi une obligation pareille à la mienne. Un engagement unilatéral de mariage est donc un obstacle à la licéité de l'union que l'auteur de la promesse contracterait avec une tierce personne (Carrière, N° 361). A cet empêchement prohibitif naturel, il faut évidemment appliquer les solutions données par rapport aux fiançailles.

39. De deux manières séparées, l'opposition du père ou de la mère rend naturellement illicite le mariage du fils. Elle peut avoir cet effet, soit comme défense, soit comme réprobation. Considérons-la successivement sous ces deux aspects.

En vertu de la loi naturelle qui oblige l'enfant de tendre à son développement, le fils est tenu de se soumettre à une direction, et c'est, d'autre part, celle de ses parents qu'il doit accepter, parce qu'évidemment ce sont eux que Dieu a proposés à l'éducation de celui qui est né de leur chair. Il doit donc, dans la mesure de cette règle, s'abstenir du mariage, lorsque telle est la volonté du père ou, à défaut de celui-ci, celle de la mère. Mais gardons-nous d'être absolus. D'un côté, comme nous venons déjà de le faire entendre, la défense de la mère n'a évidemment d'efficacité comme telle que dans le cas où le père manque. D'autre part, le fils ne doit l'obéissance que dans la mesure où il est tenu envers lui-même de la pratiquer, et, par application de ce principe, trois périodes doivent être distinguées. L'enfant doit d'abord pratiquement obéir sans examen. Plus tard, il doit encore se soumettre, mais cette obligation n'est plus aussi immanquable, parce que le fils commence à pouvoir se diriger lui-



même et discerner le mérite des volontés paternelles. Enfin, le devoir de la soumission disparaît. La première période fait insensiblement place à la deuxième suivant le développement progressif de l'intelligence et de la volonté, et il en est de même pour la seconde et la dernière. Telles sont les bornes dans lesquelles l'opposition du père ou de la mère constitue, à titre de défense, un empêchement prohibitif naturel. On peut remarquer que cette cause d'illicéité ainsi envisagée coïncidera toujours plus ou moins absolument avec une autre, car c'est assez, pour l'accomplissement de son devoir envers lui-même de suivre une direction, que l'enfant respecte la prohibition paternelle lorsque celle-ci vient déterminer et renforcer l'obligation où il se trouve d'éviter un mariage. Mais il n'y a manifestement point de motif pour que deux obstacles au mariage ne puissent agir en même temps.

L'interdiction émanant du père ou de la mère n'est-elle vraiment qu'un empêchement prohibitif ? Est-elle sans effet sur la validité de la convention matrimoniale ? L'affirmative n'est pas douteuse. Quelles raisons pourrait-on alléguer en sens contraire ? Que simples dépendances des parents, les enfants n'ont point de personnalité distincte ? Non, sans doute. De l'intérêt du père et de la mère et de celui de leur fils il ne peut pas être question, car le bon sens dit que la validité du mariage n'est point subordonnée à la considération des inconvénients qu'il présente pour les parents des parties ou pour celles-ci. C'est ce que nous avons déjà fait observer en ce qui concerne ces dernières. Trop de mariages seraient nuls, au grand détriment de l'enfance. Reste l'intérêt de la postérité des contractants. Il peut effectivement se trouver compromis, et c'est lui que l'on pourrait plutôt invoquer en faveur de la thèse que nous rejetons. L'insubordination du fils menace d'attirer sur son union la colère divine ; elle expose la nouvelle famille aux funestes effets de la discorde

entre celui qui l'a fondée et le père méconnu. Mais nous le répétons une fois de plus : par le seul fait que les parties entendent se conférer un droit conjugal perpétuel, le bien des enfants est assuré d'une manière essentielle, et une telle garantie suffit, d'après le jugement de la raison, pour que le Souverain-Maître sanctionne la convention matrimoniale.

Tout ce qui vient d'être dit est certainement applicable à l'opposition qu'un tuteur mettrait au mariage de son pupille. Il y a cependant cette différence que les commandements ou les prohibitions du parent ou ami qui remplace le père ne sont point couverts d'une présomption aussi forte que les volontés paternelles.

Nous avons affirmé, en second lieu, que, considérée comme simple réprobation, l'opposition du père et de la mère peut être un empêchement naturel prohibitif. Le fils est tenu envers son père et sa mère à des égards, même lorsqu'il ne leur doit plus soumission. De là, sans doute, il ne suit nullement que le mariage du fils sera illicite toutes les fois que l'union projetée aura été réprouvée par les parents ou par l'un d'eux ; mais nous disons que ce résultat est possible. Un mariage, en effet, n'est pas licite, quand notre esprit voit la nécessité de s'en abstenir. Or, la raison proclame, comme nous l'avons écrit dans le tome I (p. 91 et 92), que les actes non mauvais intrinsèquement, mais qui ont des suites contraires à l'ordre, sont défendus, si l'effet mauvais n'est pas compensé par un bon résultat, assez considérable pour entrer en comparaison avec le précédent. Supposons donc un mariage auquel l'un des futurs peut renoncer sans difficulté. Le père ou la mère, même du vivant de son conjoint, condamne le projet. Si l'union est contractée, qu'advient-il ? Le fils aura sans motif suffisant manqué d'égards à l'un au moins des auteurs de sa vie ; il aura commis une faute. Considérée comme simple réprobation, l'opposition des parents peut donc être un obstacle au mariage. En se

plaçant au point de vue du mal des divisions de famille, on arriverait de la même manière à une conclusion identique.

La vérité que nous venons de dégager a une importance spéciale en ce qui concerne la mère. Si l'opposition des parents n'avait d'efficacité qu'à titre de défense, la mère ne pourrait mettre empêchement au mariage de son fils que dans le cas où, le père faisant défaut, elle a autorité sur son enfant. Comment soutenir, en effet, que ce dernier manque au devoir de l'obéissance, lorsque agissant contre la volonté maternelle il a la permission de son père ? L'autorité de la mère n'est pas, sans doute, essentiellement une délégation de celle du père, mais c'est une autorité inférieure, subordonnée au jugement du chef de la société paternelle. Au contraire, aux points de vue des égards envers la mère et de l'harmonie dans la famille, il importe assez peu que la femme seule opposante n'ait point l'autorité. Elle n'a pas besoin de posséder celle-ci pour que son fils ne puisse, à moins de motif sérieux, se mettre en contradiction avec elle.

La réprobation dont le mariage d'un orphelin devenu majeur est l'objet de la part de son ancien tuteur, peut-elle constituer aussi un empêchement prohibitif naturel ? Oui, à la rigueur, car les mêmes raisons de respect et de concorde restent justes, bien qu'elles perdent de leur force. Le mariage sera donc plus rarement illicite, et il le sera moins gravement.

10. Nous arrivons à notre seconde catégorie d'empêchements prohibitifs naturels.

Au premier rang nous avons mis la vocation du célibat. Indubitablement, le fait que Dieu veut que telle personne reste en dehors des liens du mariage afin de se consacrer plus directement au service du Maître-Suprême ou à une œuvre utile, crée pour cette personne l'obligation de ne point se marier. Seulement nous devons avouer que nous

ne voyons pas comment en dehors de faits extra-naturels le caractère impératif de cette vocation pourrait être constaté.

L'état maladif d'une personne peut aussi, dans des cas extrêmes, lui interdire le mariage, à cause des périls auxquels la vie conjugale expose certaines santés ébranlées. L'homme n'est-il pas tenu de veiller à sa conservation ?

Généralement on manquerait à un devoir si on se liait à un conjoint devant altérer par sa mauvaise influence des facultés spéciales que l'on serait moralement certain d'avoir reçues de Dieu pour l'accomplissement d'une mission.

Pareillement on se doit à soi-même, en principe, de ne point s'unir à une personne qui mettra en péril, soit les vertus ou la vie de son époux, soit la considération dont il jouit ou la condition qu'il a. Ces deux derniers biens déjà précieux par eux-mêmes le sont plus encore à cause des moyens d'action qu'ils constituent. Or, nous avons dit dans notre troisième partie que l'homme doit conserver ses biens, à moins qu'il n'en dispose d'une manière que la raison approuve.

L'homme qui veut se marier peut aussi être tenu de ne point choisir une personne qui par elle-même ou autrement mettra probablement la division entre son conjoint et la famille de celui-ci ou entre les proches de son époux, ou entre deux familles trop opposées l'une à l'autre pour que ce qui est, de soi, une cause de rapprochement ne devienne pas, quant à elles, une cause de conflit. Cette proposition assez analogue à ce que nous avons dit de l'opposition des parents prise comme réprobation du choix de leur fils est la conséquence d'un principe déjà rappelé ; les actes non mauvais intrinsèquement, mais qui ont des suites contraires à l'ordre, sont défendus, si l'effet mauvais n'est pas compensé par un bon résultat assez sérieux pour entrer en comparaison avec le précédent. Seulement le devoir dont nous affirmons la possibilité est de moins en moins rigoureux ;

à mesure que la parenté s'éloigne, et il n'est besoin que d'un motif de moins en moins grave pour le faire disparaître.

A l'exemple de Dieu, l'homme ou la femme qui veut participer à la puissance créatrice doit tendre soigneusement au bien de la postérité dont l'un et l'autre, quoique différemment suivant le sexe, portent en soi le principe. Cette obligation n'est point absolue : elle dépasserait les forces humaines ; mais elle existe dans la mesure d'un effort facile. Nous devons donc éviter de conclure un mariage qui, à cause de la nature du choix du conjoint, menacerait d'être préjudiciable à notre postérité future.

Notamment, c'est un devoir d'éviter les mariages consanguins. Selon la raison pure, ils ne sont pas nuls, nous l'avons prouvé, mais ils sont illicites. C'est une croyance ancienne et de laquelle il n'y a pas lieu de se départir, nous l'avons montré, que la consanguinité des époux est nuisible à leurs rejetons. Mais comme le danger qu'elle présente diminue à mesure qu'elle s'éloigne, dans la même proportion l'empêchement prohibitif de parenté disparaît plus facilement devant les raisons qui peuvent militer en faveur de telle ou telle union entre proches. L'effet prohibitif de la consanguinité varie donc suivant les cas. C'est l'appréciation qui le limite et non un nombre fixe de degrés de parenté.

Par application du principe de la sollicitude paternelle et maternelle, le veuf ou la veuve ne peut contracter un second mariage qui, par suite d'un mauvais choix, menacerait l'âme, la santé ou les biens des enfants du premier lit. Un tel choix est donc, d'après la raison, un empêchement prohibitif.

La détresse des parents peut aussi être un obstacle de droit au mariage du fils ou de la fille. Supposons un père ou une mère qui ont besoin, pour vivre, de l'assistance de leur enfant. Celui-ci, d'ailleurs, peut, sans inconvénient

relativement sérieux, différer de contracter mariage. Dans ces circonstances, la loi de charité devenue la loi de la piété filiale oblige momentanément à ne point se marier. Le sacrifice est minime en comparaison du bien qu'il procure et des titres particuliers que les parents ont à l'assistance de leur fils.

Enfin, au nombre des empêchements prohibitifs naturels, il faut mettre la pauvreté des deux futurs. C'est encore là une conséquence possible du devoir de sollicitude dont nous sommes tenus envers notre postérité. Mais loin de nous la pensée de formuler une doctrine absolue. Voici tout ce que je veux affirmer : l'homme qui, par son mariage, se condamne vraisemblablement à la misère, doit rester provisoirement dans le célibat, si, en différant, il peut, à l'aide de quelques économies ou bien d'un salaire devenu plus considérable, fonder assez sûrement une famille, et si ce retard n'a pas d'inconvénient grave. Notre proposition est donc restreinte de deux manières. Premièrement elle ne s'applique point à celui qui n'a pas l'espoir d'arriver à fonder une famille non misérable ; autrement il faudrait admettre que, dans l'intérêt de sa postérité, une personne doit parfois s'abstenir de lui donner le jour. En second lieu, il faut que l'avantage d'un établissement meilleur, lorsqu'on peut l'espérer, ne soit pas balancé par un inconvénient grave ; ainsi et principalement il faut que le pauvre ne soit point dans le danger prochain d'incontinence. Si étroit que soit le devoir de la sollicitude paternelle, il ne commande point une abnégation sans limites, et surtout il disparaît devant un devoir de l'homme envers lui-même

---



## ARTICLE III.

**De l'autorité maritale.**

41. Ce sujet est loin de nous être absolument inconnu ; mais il mérite d'être détaché et approfondi.

On peut définir l'autorité maritale : le droit du mari de commander à sa femme. Le motif pour lequel, dans le chapitre de l'État, nous avons appelé la souveraineté politique un pouvoir de contraindre, ne se présente pas en notre matière. Si on considère que l'existence du pouvoir d'un souverain d'obliger par des commandements est subordonnée à ce fait que le souverain exerce le pouvoir de contraindre, à l'inverse, ainsi que nous l'avons fait remarquer au même endroit, un mari plus faible que sa femme ne paraît point privé du droit de lui donner des ordres. A la vérité, on voit aussi dans l'autorité maritale un pouvoir de contraindre ; mais il n'y a pas lieu de mentionner cette prérogative dans notre définition. Elle est, en effet, regardée comme accessoire par rapport à la faculté qui appartient au mari d'imposer ses volontés.

Mais s'il convient de donner de la souveraineté politique et de l'autorité maritale deux définitions opposées l'une à l'autre d'une certaine manière, il y a néanmoins, entre les deux autorités que nous venons de comparer, un point très important de ressemblance. Nous avons montré dans le chapitre de l'État que la souveraineté politique en tant

qu'elle consiste à imposer des volontés n'est qu'un pouvoir indirect de commander ; or, il en est de même de la prérogative qui maintenant nous occupe. C'est ce qui résultera des explications que nous allons donner sur le fondement de l'autorité maritale. Nous traiterons ensuite de l'étendue et de la perte de ce pouvoir. De là, les trois paragraphes suivants.

### § I.

#### Du fondement de l'autorité maritale.

42. Les parents doivent tendre au bien de leur postérité. Or l'intérêt des enfants demande, dès avant leur naissance, la soumission de la femme aux volontés de son conjoint. Telle est, brièvement, l'argumentation par laquelle nous avons établi la loi de l'autorité maritale, en ce qui concerne les unions non irrémédiablement stériles. Relativement aux autres, la même règle repose, nous l'avons dit aussi, sur le devoir social de l'exemple. La loi de la sollicitude maternelle et la loi de l'exemple, ce sont donc là les deux bases de l'autorité du mari. Bien mieux, à vrai dire elles se réunissent dans une seule : la loi de charité, de laquelle découlent les deux règles qui viennent d'être rappelées. L'aptitude pour le commandement qui est particulière à l'homme ne suffit point à expliquer l'existence du pouvoir du mari. Sans ce don, la prérogative que nous étudions n'aurait pas de raison d'être, assurément ; mais si on se borne à le considérer au lieu de remonter à la loi de l'amour du prochain, il n'y a pas de conclusion possible. Qu'importe alors que l'homme soit supérieur en intelligence, en volonté et physiquement ? Quelle est la loi naturelle qui donne l'empire à cette triple supériorité ?

De ces données se dégage la vérité que nous avons exprimée quelques lignes plus haut : l'autorité maritale est simplement un pouvoir indirect de commander. Les injonctions du mari, quoique offrant des garanties spéciales de sagesse, ne s'imposent point en effet directement à cause de leur qualité. Si elles ont la force d'obliger, elles le doivent à la sanction que leur donne la loi de l'amour du prochain. Émettre des volontés qui deviennent obligatoires par application de cette règle, c'est donc en cela seulement que consiste l'autorité maritale.

Nous avons dit que l'autorité maritale est aussi un pouvoir de contraindre. Elle l'est même de trois manières. Le mari peut d'abord employer la contrainte pour forcer la femme à l'accomplissement des devoirs qui s'imposent à celle-ci par eux-mêmes, indépendamment d'un ordre ou d'une défense de son conjoint. Chacun de nous n'a-t-il pas, en principe, le pouvoir d'empêcher le mal ? A la vérité, de cette explication même nous devons conclure que le droit dont il s'agit a son équivalent chez la femme ; mais il n'en est pas moins compris dans l'autorité maritale, et ce fait est d'autant plus réel que si le pouvoir d'empêcher le désordre n'est point l'apanage du sexe masculin, il est cependant plus pratique, quoique l'étant peu, chez le mari. Ce dernier n'est-il pas mieux en état de l'exercer, soit physiquement, soit moralement même : chez lui la faculté de discernement et la fermeté sont plus grandes, et la condition subordonnée de la femme l'oblige à une réserve particulière. En second lieu, l'homme peut employer la contrainte pour assurer l'exécution d'un ordre qu'il a donné. Qu'est-ce, en effet, qu'agir ainsi ? Uniquement empêcher le mal, puisque c'est prévenir la résistance à une volonté obligatoire. Enfin le pouvoir coercitif appartient au mari sous forme de droit de punir. Le bon sens dit que si la loi de la sollicitude maternelle veut que l'épouse puisse être

commandée, cette même règle veut aussi que l'homme puisse châtier les écarts de sa femme, ce qui est une forme de commandement. Autrement l'autorité maritale serait exposée à devenir illusoire, et le bien des enfants pour la sauvegarde duquel existe cette prérogative serait en partie le jouet de la mère.

Le pouvoir marital renferme donc la faculté de commander. Seulement elle ne doit être que très exceptionnellement exercée. Le mari doit les plus grands égards à celle qu'il est, en quelque sorte, une partie de lui-même. Par l'emploi de la force dégénère très facilement en abus, surtout dans le secret du foyer domestique, et il y a un immense inconvénient à discréditer la mère auprès de ses enfants.

## § II.

### De l'étendue de l'autorité du mari.

43. Ce pouvoir est général. Il s'applique d'abord à ce qui concerne directement le bien des enfants. C'est ce que nous avons prouvé dès le début de notre section en montrant que la soumission de la femme en cette matière est profitable à sa postérité. Toutefois ne faut-il pas réserver l'indépendance de la mère relativement aux soins du premier âge ? C'est elle, dira-t-on, qui s'entend le mieux à les donner. Cette objection ne serait guère réfléchie. La mère réussit souvent mieux dans l'administration des soins, mais elle n'est pas plus apte à en faire le choix, dans les circonstances difficiles. Au contraire, cette délicatesse même qui est la cause de la supériorité que nous venons de reconnaître à la mère pour l'exécution, la rend, au point de vue de la décision, inférieure au père. Nous retrouvons ici au premier rang l'homme avec son jugement plus sûr et sa fermeté plus grande. L'autorité du mari s'étend également à ce qui

regarde son propre bien, celui de sa femme et la religion, puisqu'il est de l'intérêt des enfants que, dans toute sa conduite, la femme soit soumise à son conjoint. Dirigée par le mari elle sera plutôt un modèle de vertu, elle donnera à ses enfants l'exemple de la soumission, elle sauvegardera par le sacrifice de son indépendance l'union des parents. Ces motifs ont déjà été exposés.

L'autorité maritale s'étend-elle même aux actes intérieurs de la femme, par exemple aux dispositions vis-à-vis de tel ou tel enfant ? Oui, car l'obéissance de la mère en ce qui concerne ces actes est utile au bien des enfants. C'est une garantie que leur mère, grâce à la direction sage du mari, sera plus méritante devant Dieu et aussi plus exemplaire : notre vie intérieure n'est-elle pas le principe de notre conduite au dehors ?

A la vérité, nous avons limité aux actes extérieurs le pouvoir de commander du souverain ; mais cette différence s'explique aisément. Pourquoi devons-nous obéir aux volontés de l'autorité civile ? Parce que les hommes sont tenus, en vue du bien général, d'accepter une direction commune efficace. Or, celle qui serait donnée par le chef politique relativement à des actes intérieurs n'aurait point ce dernier caractère. Mais la mère doit obéir à son mari, alors même que le commandement ne peut pas être suivi de contrainte. Étant seule dans sa situation auprès de son mari, elle n'a point, comme le citoyen, à alléguer que, selon la justice distributive, pour devoir obéir il faut qu'elle ait la garantie que ses semblables le feront aussi.

En un mot, le mari commande, qu'il s'agisse des rapports de la femme avec le prochain, avec elle-même ou avec Dieu.

14. D'autre part, à chacun de ces trois points de vue, l'autorité que nous étudions est encore générale en ce sens que ce n'est point exceptionnellement, mais d'une manière ordinaire, que la femme doit obéissance. Qu'on veuille bien

remarquer que nous évitons cependant d'être absolu. Les restrictions vont venir bientôt. Ce n'est point, en effet, la soumission de l'épouse dans certaines circonstances spéciales, mais sa soumission habituelle que veut le bien des enfants et la mère est obligée de se prêter à ce que cet intérêt réclame. Par exemple, c'est le mari qui détermine le lieu d'habitation et choisit la demeure des conjoints. S'il prend une nationalité nouvelle, il peut étendre à sa femme les effets de ce changement. Il a la faculté de lui assigner ou de lui interdire une profession, le commerce, par exemple, et un droit semblable lui appartient relativement au choix des relations. Le mari peut également exiger que la correspondance de son épouse lui soit montrée: le caractère secret des lettres adressées à sa femme n'autorise point nécessairement celle-ci à en refuser communication. Quels ordres, quels conseils, quels exemples, quels enseignements donnera la maîtresse du foyer, c'est l'homme qui le décide. Il peut aussi obliger sa femme à retirer un commandement. Il peut lui prescrire ou lui défendre d'ester en justice. En ce qui concerne la religion, le mari n'a pas seulement le pouvoir d'exiger que sa compagne remplisse ses devoirs positifs et négatifs envers Dieu; il peut lui imposer ou lui interdire des pratiques facultatives de dévotion, il peut déterminer les actes par lesquels la société conjugale rendra au Souverain-Maitre le culte qu'elle lui doit. Il est à peine besoin d'ajouter que la prérogative dont il s'agit ne peut jamais servir à l'imposition d'une religion fausse.

Le mari a la faculté de prescrire à sa femme d'apporter à l'éducation d'un enfant naturel de celle-ci les soins convenables; mais il peut également limiter la sollicitude dont ce fruit illégitime serait l'objet de la part de sa mère. Ne l'oublions pas: c'est dans toute sa conduite que, pour le bien de la postérité commune, la femme doit soumission à son mari. Toutefois une difficulté se présente. N'avons-nous pas



enseigné qu'une union sexuelle illicite donnait, elle aussi, quelque autorité à l'homme? Dès lors, la femme qui antérieurement à son mariage a commis une faute, ne relève-t-elle pas uniquement, en ce qui concerne le bâtard, du père de cet enfant? Non. Sans doute, avant d'être mariée, elle devait une certaine obéissance à son complice, et nous ne soutenons point que, par suite de son changement d'état, elle se trouve à tous égards affranchie de cette sujétion. Nous admettons donc que le père naturel conserve le droit de donner des ordres à la mère relativement au bien de leur fils. Mais premièrement, il ne résulte point de là que le mari n'ait pas aussi ce pouvoir. S'il le possède moins pleinement, parce qu'il n'est pas le préposé de Dieu auprès de celui qu'il s'agit d'élever, il a néanmoins indirectement le droit de commander en faveur de cet enfant : le bien de la postérité légitime ne demande-t-il point finalement que la mère soit fidèle à tous ses devoirs? En second lieu et surtout, l'autorité du père naturel n'empêche pas que le mari puisse interdire à la femme tel ou tel acte qu'elle voudrait faire dans l'intérêt du bâtard. Cet intérêt, en effet, est moins considérable que celui de la postérité régulière ; nous verrons que le bâtard doit être élevé dans une condition infime. Celui qui a autorité sur la mère en vue d'assurer le bien des enfants légitimes possède donc un pouvoir plus fort que celui du père naturel.

L'autorité du mari est encore générale en ce sens que la femme doit obéir même dans les hypothèses où la supériorité intellectuelle et morale de l'homme ne se réalise pas. Suivant ce que nous avons dit dans la partie générale de la présente section, il faut que même dans notre hypothèse la femme obéisse, afin que se conformant à l'ordre normal elle enseigne à ses enfants l'observation d'une loi de la famille.

A notre thèse se rattache cette question : la loi de l'autorité maritale signifie-t-elle seulement que la femme doit

obéir quand elle reçoit un ordre, et s'arrêter devant une défense, ou bien l'épouse doit-elle, avant d'agir ou de s'abstenir dans une circonstance donnée, demander la permission de son mari? C'est dans ce second sens qu'en principe il faut se prononcer. N'avons-nous pas vu que la direction du mari est un gage de sagesse dans la conduite de la femme et qu'elle garantit supérieurement l'unité d'action en vue du bien des enfants? Dès lors, il y a intérêt pour ceux-ci que ce que leur mère se place d'elle-même sous l'autorité maritale. En principe, elle doit donc le faire. Mais deux restrictions doivent être admises. Premièrement, la règle que nous venons de poser ne s'applique évidemment pas aux hypothèses où la femme peut sérieusement présumer que son mari consulté n'userait point de son pouvoir. Deuxièmement, notre loi doit encore être écartée lorsqu'il est sérieusement probable que l'homme donnerait soit un ordre, soit une défense, qui dépasserait les limites de l'autorité maritale. D'une part, en effet, il est permis, d'après ce que nous avons enseigné dans nos préliminaires, de suivre sa conscience sérieusement probable, et d'un autre côté nous allons voir que la prérogative dont nous traitons n'est pas illimitée.

45. Si l'autorité du mari est générale, elle n'est cependant point absolue. Comment justifions-nous cette restriction? Ici encore nous retrouvons une analogie avec la souveraineté politique. Quel est le fondement de l'autorité maritale comme du pouvoir indirect de commander qui appartient aux souverains? La loi de charité. Or, cette règle n'oblige que si le sacrifice est minime eu égard au bien qu'il procurera et aux titres particuliers que le prochain qu'il s'agit de secourir peut avoir à notre assistance. De cette donnée il résulte, sans doute, que la femme est tenue le plus souvent d'obéir, car elle doit se dévouer pour ses enfants; mais cependant elle ne doit point des sacrifices quelconques : sa sujétion n'est donc pas non plus sa

limites. Quand la raison dit que l'acte positif ou négatif réclamé de la femme par le mari constitue un sacrifice trop considérable pour être obligatoire, alors la femme n'est pas tenue à l'obéissance. Telle est la restriction qu'il faut faire au principe de la généralité du pouvoir marital.

Ainsi, premièrement, la mère ne saurait être obligée de manquer à un devoir dont elle est tenue envers Dieu, envers elle-même ou à l'égard du prochain. On ne peut lui prescrire de donner sa vie pour sauver celle de son fils. Le mari veut-il entreprendre un voyage extrêmement périlleux, passer dans un pays éloigné de celui de sa femme sans que celle-ci, avant le mariage, ait été prévenue, se fixer dans un lieu ou une demeure pestilentiels, habiter un réduit quand il peut occuper une maison convenable, ou simplement se loger d'une manière qui n'est en rapport ni avec ses moyens, ni avec sa condition et celle de sa femme? Alors celle-ci n'est pas obligée de le suivre, lorsque le projet du mari n'a pas de but utile et qu'elle ne doit point accompagner son conjoint, soit pour s'acquitter de sa mission auprès de leurs enfants, soit pour entourer de sa sollicitude un époux malade ou égaré dans le mal. Assigner à l'épouse, sans nécessité, une profession ou une profession pénible, humiliante, n'est pas davantage au pouvoir du mari; de même la femme ne peut être empêchée de garder ou de prendre une profession honnête et qui sert ou servira à la faire vivre elle ou ses enfants. Elle ne peut être ni privée de relations qui sont sans inconvénient, ni forcée de leur en substituer d'autres qui seraient dangereuses ou dépourvues d'agrément et d'utilité pour les époux et leurs enfants. Lorsqu'il n'y a point de motif pour douter de la prudence ou de la loyauté de la femme, le secret des lettres adressées ou reçues par elle doit être respecté. Apparemment on ne dira point qu'une femme ne peut avoir de secrets pour son mari. Est-il donc impossible qu'elle ait des

troubles de conscience ou des chagrins trop pénibles à confier à qui n'y peut remédier efficacement? N'aura-t-elle jamais à demander conseil pour prendre contre son mari des mesures de défense, pour sauvegarder le bien de enfants menacé par le père? Les décisions du mari relativement aux ordres, aux conseils, aux exemples et aux enseignements que donnera sa femme ne sont pas valides si elles ne constituent que des caprices, au lieu de tendre un but utile, ou bien si elles demandent un sacrifice sans proportion avec l'avantage qu'il produira. C'est de la même manière qu'il faut entendre le pouvoir du mari d'obliger son épouse à retirer un commandement. Pour que cet acte humiliant puisse être exigé d'elle il faut un motif grave. Il faut également une raison majeure pour priver la femme des satisfactions si profondes et si précieuses d'une dévotion éclairée. Une aussi grande réserve n'est pas nécessaire dans l'exercice du pouvoir inverse : réclamer de la femme certaines pratiques surrogatoires de religion et surtout la participation à un culte domestique, ce n'est pas lui imposer un sacrifice excessif, du moins en général et si le choix est fait avec discernement. Le bien ainsi procuré ne peut-il pas être immense, et la piété n'est-elle pas chez la femme une disposition naturelle, par suite du sentiment qu'elle a de sa faiblesse? Enfin et d'une manière générale, les commandements qui ne tendent pas au bien de l'enfant, soit directement, soit indirectement, n'obligent pas la mère : le sacrifice quel qu'il soit, est trop grand puisqu'il ne répond pas à un besoin.

46. Les exemples qui viennent d'être donnés déterminent d'une façon assez précise, l'étendue de l'autorité maritale. Cependant nous devons encore faire quatre observations.

En premier lieu, si régulièrement les volontés du mari qui dépassent la mesure précédemment fixée ne sont point couvertes par la loi de charité, accidentellement elles peu-

rent l'être néanmoins d'une certaine manière. Quand l'abus n'est pas extrême et que la désobéissance doit compromettre sérieusement la paix de la famille ou ébranler aux yeux des enfants et des tiers la loi fondamentale de la soumission de la femme, celle-ci doit céder autant qu'il est nécessaire pour conjurer le péril. Le bien des enfants demande, en effet, dans notre hypothèse, un surcroît de dévouement, et d'autre part nous supposons un excès de pouvoir qui n'est pas intolérable. La loi de la sollicitude maternelle commande donc à la femme de le supporter, et la volonté du mari, quoique nulle en elle-même, devient relativement obligatoire. C'est ainsi que les commandements inutiles du mari peuvent aisément lier la mère. Nous devons d'ailleurs faire remarquer, pour rendre cette doctrine plus acceptable, qu'elle concerne également le mari. Si le bien de la paix le demande, pourquoi lui aussi ne devrait-il pas s'abstenir, dans telle ou telle circonstance, d'exercer son autorité ?

Secondement, en cas de doute sérieux sur la validité d'une injonction du mari, la femme n'est pas obligée. Cette proposition n'est qu'une application de ce qui a été dit dans la première partie, au chapitre de la conscience. Nous avons vu que la raison ne parle pas en législateur, et que, par conséquent, nous ne sommes point liés, quand elle doute sérieusement. Dans le cas qui nous occupe, la raison de la femme ne reproduit donc point la loi de charité d'où vient la force des commandements de l'époux, et il n'y a point obligation. Est-ce que, d'ailleurs, cette conclusion qui nous paraît inévitable et qui a son équivalent dans le chapitre de l'État (tome I, p. 706-709) est subversive ? Nullement. D'un côté, nous ne contestons point que le fait que le mari croit pouvoir donner tel commandement est un élément considérable d'appréciation, puisqu'il existe à son profit une présomption de sagesse supérieure ; d'autre part, ne venons-nous pas de dire que si la paix doit être gravement

compromise par la désobéissance de la femme ou quand il s'agit d'éviter de mettre en échec, aux yeux des tiers, l'ordre normal de la soumission de l'épouse, celle-ci doit-elle ordinairement plier devant l'abus de pouvoir ? Elle le doit surtout lorsqu'en face des probabilités sérieuses en faveur de la nullité d'un commandement du mari il en existe pareillement d'autres en sens contraire.

La troisième observation est relative à l'hypothèse, déjà admise par nous, où la loi de la communauté d'existence aurait cessé d'obliger les deux conjoints. Il s'agit du cas de séparation de corps. L'autorité maritale se trouve alors diminuée, si la cause de séparation vient du côté de l'homme. Comme le mari a cessé de vivre avec sa femme, il n'est plus aussi bien en état de la diriger sagement et la soumission est aussi plus pénible. En outre, l'effet exemplaire que l'obéissance de la mère est appelé à produire sur les enfants perd beaucoup de son importance par suite de la séparation : moins facilement ils auront connaissance des ordres du mari. Enfin l'homme que nous supposons est moins digne de commander. La soumission devient donc, à divers points de vue, plus difficile à la femme comme aussi moins utile, et les limites de l'autorité maritale se trouvent resserrées. Mais cette conclusion cesse d'être vraie quand c'est l'épouse qui cause la rupture. Alors peu importe que l'obéissance devienne plus pénible, car la femme doit à ses enfants de supporter cette différence : il ne faut pas qu'ils voient leur mère profiter de ses fautes qui ont déterminé la séparation. Pour le même motif la soumission complète de la coupable ne saurait, d'ailleurs, malgré la vie séparée de cette dernière, être moins utile que dans l'ordre normal.

Si la séparation de corps, quand elle est le fait de l'homme, restreint le pouvoir marital, par elle-même elle ne le détruit cependant point. Le bien des enfants peut, en effet, continuer à demander la subordination de la mère ; on n'



peut pas prétendre que le mari avec lequel la vie commune est intolérable a nécessairement perdu cette supériorité de l'intelligence et de la volonté qui désigne ordinairement l'homme pour le commandement de la famille. Il est d'expérience que de graves défauts de caractère, des brutalités, l'inconduite elle-même, ne privent pas toujours absolument l'homme des avantages intellectuels et de l'énergie propres à son sexe. Nous réservons, toutefois, ce qui sera dit, au paragraphe suivant, de la perte de l'autorité maritale par suite d'indignité.

Voici notre quatrième et dernière observation. Si le mari a le droit de donner des ordres à sa femme, il a l'obligation de lui demander conseil. Tout supérieur, en général, est tenu d'exercer son pouvoir le mieux possible dans la mesure que la loi de charité fixe à sa vigilance, et le mari l'est tout particulièrement, grâce aux lois de l'amour conjugal et de la sollicitude paternelle. Or, une condition de sagesse dans le gouvernement est de s'éclairer par l'avis des intéressés et des personnes compétentes. La mère doit donc, à l'un et à l'autre de ces titres, être consultée, soit dans les affaires qui la concernent directement, soit dans ce qui touche aux intérêts des enfants. Il y a plus ; le mari est obligé de prendre conseil de sa femme en ce qui regarde son bien à lui-même. Ce bien n'est-il pas celui de la mère et des enfants qui subissent l'influence morale et participent à la prospérité de leur époux et père ? Et d'autre part, le mari n'est-il pas plus sûr de se gouverner prudemment lui-même s'il provoque les avis de la compagne de son existence ? Elle peut spécialement l'aider à se connaître et à calculer la portée de ses actes.

### § III.

#### De la perte de l'autorité maritale.

47. Régulièrement, cette prérogative ne cesse point aussi

longtemps que vivent les deux parties. Même lorsqu'ils sont devenus grands, le bien des fils demande, en effet, la subordination de la mère. Il importe à leur soutien, pour le cas où ils auraient besoin encore de l'assistance de leurs parents, il importe à leur édification et à leur renommée que la mère reste sous la direction de son mari. Cette considération a déjà été faite plus haut. Nous avons dit aussi que la perpétuité de la vie commune entre le père et la mère étant réclamée par le bien des enfants, celui des époux qui est régulièrement le moins capable de commander doit, toute époque, obéir à l'autre.

Mais deux questions se présentent. Par exception, l'autorité maritale ne peut-elle pas cesser pendant la vie des deux conjoints? Secondement, les volontés du mari défunt obligent-elles la femme survivante?

48. A la première question nous répondons affirmativement : nous admettons que l'autorité maritale peut prendre fin pour cause d'indignité ou d'incapacité. Lorsque le mari est d'une perversité ou d'une méchanceté telles que s'il a l'autorité maritale il l'exercera, d'après ce qui est à prévoir, d'une manière gravement nuisible à l'enfant, il y a déchéance. Quand notre hypothèse se produit, que demande le bien des fils? Que la mère, au lieu de rester subordonnée, ait le commandement; que le mari lui obéisse. A son tour, la loi de la sollicitude paternelle oblige donc l'homme à la soumission envers sa femme. La solution ne saurait être la même lorsque le mari est hostile à son épouse uniquement. Alors en effet, l'intérêt des fils continue à demander la sujétion de la mère. Toutefois, par application de ce qui a été dit sur l'étendue limitée de l'autorité maritale, la femme sera parfois dispensée d'obéir à ce qui lui aura été commandé en haine de son propre bien. Au sujet de l'incapacité faut raisonner comme nous venons de le faire pour l'indignité.

Mais s'il y a lieu d'admettre que l'indignité et l'incapacité sont des causes de déchéance de l'autorité du mari, cette doctrine doit être soigneusement limitée. Premièrement, de même que pour le maintien de la paix la femme est obligée d'obéir au delà des bornes du pouvoir de son conjoint quand un refus de soumission doit compromettre sérieusement l'harmonie domestique, de même elle peut être tenue de se soumettre encore lorsque régulièrement c'est à elle que revient la prééminence. Deuxièmement, au point de vue du devoir de l'exemple on arrive à une conclusion semblable. Sauf le cas de vexations extrêmes, la femme doit, devant ses fils, obéir aussi longtemps que sa soumission ne leur est pas en elle-même extrêmement préjudiciable, car jusque là cette subordination leur est utile ; elle contribue à garantir pour plus tard l'observation envers eux de la loi si essentielle de l'autorité maritale. Troisièmement, lorsque la femme possède l'autorité, elle doit s'étudier à présenter ses volontés comme étant celles de son mari, afin qu'il conserve son prestige auprès de ses enfants, et que ceux-ci ne soient point exposés à ignorer et à traiter légèrement la loi de l'autorité maritale. Quatrièmement, si l'indignité ou l'incapacité du mari prennent fin, il recouvre son pouvoir. Alors, en effet, reparaît le motif pour lequel le bien des enfants veut que le père soit le chef de la femme : l'aptitude spéciale de l'homme pour le commandement. Ou bien du moins il y a le motif du maintien de l'ordre normal.

49. Pour terminer le paragraphe de la perte de l'autorité maritale, nous devons encore résoudre la seconde des questions posées au début de cette division, celle de savoir si les volontés de l'homme obligent la femme survivante. La négative ne peut faire de doute relativement à la plupart des commandements dont il s'agit. Beaucoup sont faits en vue de circonstances passagères, comme la maladie d'un enfant ou une difficulté dans laquelle se trouvent le fils ou la mère.

Il s'agit de donner tel soin, tel conseil, d'entreprendre un voyage, de faire ou d'éviter une démarche. D'autre part, en général, même les ordres qui à raison de la nature de leur objet pourraient être perpétuels, comme ceux qui regardent la direction de la vie, ne le seront certainement point, parce que le mari n'aura pas entendu leur donner cette portée. Mais il serait inexact de soutenir que les volontés de l'homme n'obligent jamais la femme survivante. Le bien des fils ne peut-il pas demander que la mère veuve se conforme aux règles que le mari lui aura tracées relativement aux rapports avec les enfants? Évidemment oui, puisque, dans l'ordre normal, l'homme a l'intelligence plus vaste et le jugement plus sûr. Les décisions du mari peuvent donc se trouver sanctionnées par la loi de la sollicitude maternelle. Et cette conclusion n'est point spéciale aux ordres qui rentrent dans la catégorie que nous venons de supposer. Les volontés du mari défunt au sujet de l'habitation, du mode d'existence et de la conduite de sa femme peuvent être obligatoires. La docilité de la veuve en toutes ces matières importe, en effet, aux enfants. Au point de vue de leur édification, des traditions et de la renommée, il est bon que la mère reste fidèle à la direction que son époux lui a donnée.

Les commandements d'un mari sont donc susceptibles d'une force posthume. Mais nous nous hâtons de renfermer cette proposition dans les limites de l'autorité maritale. La veuve, comme l'épouse, ne doit soumission qu'autant que celle-ci constitue un sacrifice minime, minime, il est vrai, eu égard au bien qu'il produira et au titre si considérable qu'ont les enfants au dévouement de leur mère. Ainsi, premièrement, la femme qui a reçu de son conjoint défunt la défense de se remarier est cependant libre de le faire, d'autant plus qu'une pareille prohibition est facilement suspecte d'égoïsme. D'un autre côté, une volonté d'abord

obligatoire pour la veuve, peut aisément cesser de l'être par suite de circonstances nouvelles qui rendent l'obéissance trop pénible, si même elles ne font pas douter que dans l'intention du défunt le commandement persiste.

En accordant une durée posthume à l'autorité maritale, nous pouvons paraître en contradiction avec cette doctrine, exposée au chapitre de l'État, que si un nouveau souverain ne s'appropriait point les lois faites par son prédécesseur elles deviendraient caduques. Mais la différence entre nos deux solutions s'explique aisément. C'est parce qu'il constitue la force publique que le souverain a le pouvoir de commander ; au contraire, pour posséder cette prérogative le mari n'a pas besoin d'exercer dans la famille le pouvoir de contraindre. Les volontés d'un souverain obligent parce que les hommes doivent accepter une direction commune efficace, tandis que celles d'un mari sont ordinairement sanctionnées par la loi de la sollicitude maternelle grâce à ce seul fait qu'elles offrent en elles mêmes plus de garanties de sagesse. Or, apparemment, ce caractère ne disparaît point, par suite du décès du chef de la société conjugale.

Le principe de l'autorité maritale et les restrictions qu'il comporte peuvent-ils être atteints valablement par des conventions ? Non. Dieu ne peut sanctionner de semblables pactes. Ils seraient contraires à sa gloire. Par la disparition ou l'abus aussi de l'autorité maritale, la famille deviendrait évidemment moins capable d'être ce que, pour la gloire de Dieu, il faut, dans l'ordre naturel, qu'elle soit : par la transmission des traditions, l'instrument principal du règne de la vérité et de la volonté divine sur la terre.

Nous réservons cependant le cas où la renonciation ne serait pas autre chose que la reconnaissance par l'homme d'une cause de perte de son pouvoir. Doivent aussi être réservées les hypothèses, dont il sera parlé plus tard, où, par suite de nécessités spéciales, la femme devrait devenir esclave.

## ARTICLE IV.

**Du régime pécuniaire naturel des conjoints.**

---

50. Par régime pécuniaire naturel des conjoints, il faut entendre les règles que la raison dicte aux époux, par suite du mariage, relativement à leurs biens. Plus brièvement mais d'une manière moins précise, ces lois peuvent être appelées le régime matrimonial naturel.

Nous avons dit : les règles que la raison dicte aux époux par suite du mariage. Cette manière de parler signifie, dans notre pensée, que nous considérons ici les époux non seulement comme tels mais aussi comme parents. C'est ce que nous avons toujours fait, et il nous est impossible de ne pas suivre encore cette méthode. Sans doute, dans ce chapitre VI, notre but n'est point de mettre les parents directement en face de leurs enfants. Ce sont les rapports des conjoints que nous réglons. Mais de même que leurs rapports personnels, leurs rapports pécuniaires dépendent des exigences du bien des enfants. Les époux ne peuvent se concéder l'un à l'autre des droits qui seraient contraires à ce que demande l'intérêt de leurs fils. Ils sont même tenus de se faire mutuellement promettre soumission aux lois de leur régime pécuniaire naturel. Nous verrons, en effet, que le bien de la famille se retrouve à la base de toutes ces règles ou que du moins il est intéressé à leur observation ; or, ce bien est mieux assuré quand il est garanti par une conven



bon, et d'autre part ce qu'il demande sans imposer une peine excessive il faut que les parents le fassent. Ces derniers doivent donc stipuler l'un de l'autre l'observation des principes dont il s'agit. Ils le doivent dès le début, parce que c'est alors que leur acceptation est la plus facile.

La famille, dès qu'elle se fonde, doit avoir sa charte. Celle-ci doit être antérieure au contrat matrimonial ou l'accompagner. Nous convenons au surplus, que des stipulations détaillées ne sont pas obligatoires quand elles sont supplées par l'usage. Est-il besoin d'ajouter que les époux qui ignorent les lois dont nous allons parler, ne sont point en faute s'ils ne les observent pas ?

Beaucoup de nos lecteurs seront, au premier abord, tentés de ne pas nous suivre dans le travail que nous commençons.

Est-ce qu'il existe, diront-ils, un régime pécuniaire naturel pour les conjoints ? Est-ce qu'en dehors des lois positives on trouve des règles sur les effets du mariage par rapport aux biens des époux ? Oui, indubitablement. Tout cet article IV en sera la preuve, je l'espère ; mais sans attendre l'examen des lois naturelles que nous allons formuler, le bon sens ne proclame-t-il pas, quand on l'interroge, l'impossibilité du silence de la raison en une matière où les intérêts moraux et matériels de la famille sont gravement en jeu ? Corroborer ou compromettre l'autorité maritale et, du même coup, la puissance paternelle, protéger la femme et l'enfant ou les exposer à la ruine, tendre à l'immutabilité du groupe domestique par le maintien, après la mort de l'un des conjoints, de l'état de choses préexistant, ou bien, au contraire, finir cette société en même temps que se dissout le mariage, préparer ou entraver ainsi la perpétuité des traditions, ne sont-ce pas là autant de résultats possibles du régime pécuniaire des conjoints, suivant ce qu'il sera en fait ? Dès lors, comment n'y aurait-il point un régime pécuniaire naturel pour les époux ? La raison ne consacre-t-elle pas les exigen-

ces du bien de la famille ? Que l'on ne dise point : pratiquement, peu important ici les principes, car ce qui fera loi sera la volonté des parties. Non. Les futurs peuvent, assurément, ils doivent même, comme nous l'avons dit, passer un traité pécuniaire, afin de reconnaître et de fortifier les règles naturelles qui s'imposent à eux ; mais ils ne peuvent les écarter ni licitement, suivant ce que nous venons d'expliquer, ni même valablement, parce que la raison, interprète de Dieu, ne sanctionnerait pas leurs stipulations. Indépendamment de cette idée de l'absence de sanction divine, il est aisé de comprendre qu'il n'appartient pas aux parents d'écarter ce que le bien de leurs enfants réclame.

Il y a donc vraiment un régime pécuniaire naturel des conjoints. Mérite-t-il d'être étudié ? Ce que nous avons dit des intérêts qui dépendent du sort des biens des époux est notre réponse. Mais ceux de nos lecteurs qui ne sont pas versés dans l'étude des lois civiles relatives à notre sujet et qui savent seulement qu'elles sont compliquées, ne se croiront peut-être pas suffisamment prêts à faire l'examen auquel nous les convions. Ce sentiment ne serait pas juste. Ce qui fait la complication de nos lois positives sur les biens des époux, c'est que, faute de suivre la vérité, elles tombent dans l'artificiel et consacrent plusieurs régimes. Nous ne venons, sans doute, pas prétendre que les solutions à dégager ne sont guère nombreuses, mais elles se groupent aisément autour de quelques principes solides et lumineux.

Le moment est venu de les exposer.

C'est ce que nous ferons dans un premier paragraphe. Un second aura pour objet l'examen rapide des lois françaises relatives au régime pécuniaire des conjoints.

§ I.

Quel est le régime pécuniaire naturel  
des conjoints ?

51. Ce régime consiste dans les vingt-huit règles suivantes :

1° Les charges du ménage ne pèsent sur la femme qu'à défaut de biens du mari ;

2° Chacun des époux conserve la propriété de ses biens ;

3° Les biens subrogés à ceux qui sont la propriété de l'un des époux appartiennent également à ce conjoint ;

4° Le mari a l'administration des biens de la femme ;

5° Le mari doit faire fructifier les biens de sa femme et aussi les siens propres ;

6° Les revenus de la femme doivent être capitalisés, et pareillement ceux du mari, déduction faite des charges domestiques ;

7° Les biens de la femme sont inaliénables ;

8° Les biens du mari sont inaliénables ;

9° Le mari peut aliéner seul les biens dotaux quand il y a exception à la loi de l'inaliénabilité ;

10° Régulièrement, les époux ne peuvent s'engager ;

11° Le mari peut obliger seul sa femme quand il y a exception à la loi du non-engagement des époux en ce qui concerne la femme ;

12° Le mari peut acquérir seul pour sa femme ;

13° La femme ne peut aliéner, s'engager ni acquérir qu'avec l'autorisation de son mari ;

14° La femme ne peut plaider, quant à ses biens, sans l'autorisation de son mari ;

15° Les époux ne peuvent s'obliger l'un à la place de l'autre, mais ils peuvent cautionner mutuellement leurs engagements valides :

16° Les époux ne peuvent emprunter pour le paiement de leurs dettes, à moins d'avantage considérable dans la libération ;

17° Dans les hypothèses d'aliénation ou d'engagement permis, les époux ne peuvent contracter ensemble, à moins que l'opération ainsi faite ne soit considérablement préférable. Les contrats sans importance ne sont pas prohibés

18° Les époux ne sont point contraignables par corps ;

19° Les dettes contractuelles d'un conjoint sont payables sur tous les biens de famille ou sur certains d'entre eux ou seulement sur ses acquêts et ses menus objets suivant la cause de l'engagement ;

20° Il y a lieu à restitution par équivalent à la suite d'un service rendu, uniquement lorsque, sans ce service, l'époux secouru se serait trouvé dans un cas de dépense obligée

21° Lorsqu'il y a lieu à restitution par équivalent à la suite d'un service rendu, la dette est payable sur les revenus et sur les biens eux-mêmes que, sans l'intervention du tiers il aurait fallu aliéner ;

22° Les dettes de réparation ne sont payables que sur les acquêts et les menus objets ;

23° L'un des époux ne peut payer pour l'autre, à moins qu'il ne soit légitime caution ou que la libération n'offre un avantage considérable ;

24° Les dettes entre conjoints prennent rang suivant la date de chacune parmi les dettes envers les tiers. Les dettes dont le mari est tenu par suite d'abus de pouvoir sur les biens de sa femme prennent rang immédiatement après les dettes antérieures au mariage ;

25° L'époux créancier a le droit d'être payé sur les biens

aliénés invalidement par l'époux débiteur. Les aliénations valides lui sont opposables ;

26° En cas de prédécès du mari la veuve conserve droit à son entretien tel qu'elle l'avait, et le fils héritier est administrateur de la dot ;

27° La veuve a pour successeur le fils héritier du mari ;

28° En cas de prédécès de la femme, la dot appartient au fils héritier présomptif du mari. Celui-ci reste l'administrateur des biens maternels.

Nous devons expliquer chacune de ces propositions.

Auparavant faisons encore une remarque. Si dans nos règles on veut voir, au lieu de lois, des convenances nous nous accommoderons assez facilement de cette appréciation, car la différence au point de vue pratique, ne sera pas extrême. Le souverain, tenu de faire de bonnes lois, ne devra-t-il pas consacrer ces convenances ?

51 bis. D'autre part, cependant, cette atténuation n'est pas un abandon de notre croyance au caractère obligatoire des règles qui viennent d'être formulées. Nous espérons pouvoir l'établir à mesure qu'elles viendront en discussion. Seulement, il est vrai, et cette nouvelle atténuation doit être ajoutée à la précédente, qu'en même temps que nous attribuons à nos lois la force impérative, nous la restreignons à l'hypothèse où elles seraient acceptées dans le milieu où vivent ceux pour lesquels la question de leur application se présente. Certes, on n'aura pas de peine à admettre ce tempérament, et il y a particulièrement une conséquence de la restriction que nous venons de faire qui sera accueillie volontiers : c'est que la personne qui, par suite d'un système matrimonial pécuniaire différent du régime naturel, possède un bien que suivant ce dernier elle ne devrait pas avoir, n'est pas tenue à restituer si dans la société politique où elle vit il n'est pas pratiqué généralement. Mais comment

justifions-nous cette solution ? S'il est vrai que le bon sens, le discernement naturel de ce qui est vrai l'imposent, peut-elle s'expliquer dans la doctrine dont nous avons tracé le tableau ? Ne faut-il pas avouer qu'elle est inconciliable avec l'attribution d'un caractère obligatoire quelconque à nos règles ? Quelle peut bien être, en effet, la raison pour laquelle l'obligation, si elle existe en principe, disparaît quand le milieu n'est pas favorable ? Il serait plus aisé de répondre après avoir donné l'explication du régime dont nous abordons l'étude : les causes de nos lois étant connues, nos lecteurs seraient mieux préparés à en mesurer l'effet relatif. Mais nous ne voulons pas qu'ils se mettent avec un préjugé d'inconséquence qui minerait toute notre doctrine à l'examen auquel nous les convions. Presque toutes nos règles auront pour motif le bien des enfants ; quelques-unes, celles qui concernent la situation de l'époux créancier par rapport à d'autres ayants-droit, seront directement des conséquences du principe de justice. Or, nous disons en premier lieu que de ces deux catégories de lois, la première se trouve dépourvue du caractère obligatoire quand on la considère par rapport à une société qui la repousse.

Ce qu'il y a de propice au bien des enfants dans le régime pécuniaire naturel des conjoints devient, en effet, alors sans importance. L'application du régime naturel rencontrera en cette hypothèse, de tous les côtés des obstacles ; les tiers spécialement ne s'y prêteront pas lorsqu'on viendra réclamer une restitution en invoquant, conformément à certaines de nos règles, la nullité d'une aliénation ou d'un engagement. Nous ajoutons qu'alors se soumettre au régime naturel plutôt que d'adopter celui ou un de ceux qui ont cours constitue un effort considérable de volonté, un acte qui n'est pas sans péril. Dans ces conditions, la recherche de l'avantage éventuel qu'offre encore le système vrai n'a plus l'importance voulue pour que la raison en voie la nécessité. Les aliéna-



tions, les engagements, qui dans une société éclairée sur le droit seraient nuls, ne le seront pas. Ils seraient nuls parce que contraires au bien de la famille, comme nous nous proposons de le démontrer, ces pactes n'obtiendraient pas la sanction divine : mais ils ne seront pas invalides parce que l'avantage auquel tendrait le refus de sanction divine ne pouvant être réalisé, il reste que l'octroi de cette sanction tend à la gloire du Créateur comme conforme à la règle générale de l'efficacité des promesses faites.

Après avoir vu ce que deviennent dans une société qui les repousse les lois du régime pécuniaire naturel des conjoints qui sont fondées sur le bien des enfants, nous arrivons à celles qui sont directement des conséquences du principe de justice. Elles aussi, en la même hypothèse, perdent leur force impérative. Lorsqu'une interprétation défectueuse de la justice sur un point prend la place de la véritable, sans constituer, d'ailleurs, un encouragement au mal comme lorsqu'on voit les législateurs romain et français encourager par la prescription trentenaire la mauvaise foi, alors l'interprétation vraie n'oblige point. Finalement la force impérative qu'elle conserverait en ce cas irait contre l'idée même de la justice, celle du respect de la personne humaine. Faute d'acceptation générale d'une déduction vraie du principe de justice l'homme éclairé et consciencieux qui devrait la suivre serait mis en état d'infériorité par rapport aux autres. Il respecterait le droit du prochain et verrait le sien propre méconnu. Par exemple, un créancier délicat qui reconnaîtrait la priorité revenant à certains ayants-droit d'un même débiteur, verrait méconnaître celle qui lui appartient par rapport à d'autres.

Il est maintenant établi pour l'une et l'autre des parties que nous avons distinguées dans notre restriction qu'elle est conciliable avec la thèse du caractère obligatoire des règles du régime pécuniaire naturel des conjoints.

A ces explications que nous avons cru devoir placer au début de notre étude viennent se joindre trois réflexions faciles à dégager et qui rattachant à des idées ou à des locutions connues ce que nous venons de dire, ajoutent à la clarté de nos développements.

En premier lieu, ceux-ci montrent la coutume sous un aspect que nous ne lui avons pas encore attribué. Dans notre tome premier (pages 462, 483 et 624), nous avons dit que l'usage ne prend presque jamais de lui-même place parmi les lois civiles, mais qu'il est pour elles une matière particulièrement convenable; ici la coutume ne nous apparaît ni comme une loi civile, ni simplement comme la matière d'une loi de ce genre, mais comme la condition efficace d'application de lois naturelles. Cette condition est en effet suffisante; la confirmation par des lois civiles n'est pas nécessaire. Il suffit que ces lois naturelles soient généralement acceptées pour que les motifs qu'il y a de les écarter quand c'est le fait contraire qui se produit ne se présentent pas: grâce au seul fait de leur acceptation générale le bien de la famille sera procuré par leur observation, le respect de la personne humaine ou le principe de l'égalité ne sera pas compromis.

Secondement et à l'inverse, il résulte aussi de nos explications que si l'on se place dans le cas beaucoup plus facile à prévoir, à cause de l'imperfection du monde actuel, de sociétés qui n'acceptent pas le régime pécuniaire naturel des conjoints, alors il y a une application de la maxime *Error communis facit jus*. L'erreur commune peut venir dans notre matière faire œuvre de droit en suspendant la force impérative de lois naturelles de la famille, et en substituant une interprétation fautive de la justice à la vraie. Il va de soi qu'à la maxime citée on ne saurait donner un sens absolu. Quand la raison d'être d'une loi subsiste malgré l'erreur commune dont celle-ci est l'objet, la règle conserve

sa force. Il en est ainsi, notamment, des principes qui déterminent nos devoirs envers Dieu.

Troisièmement enfin, après la justification que nous avons donnée de la restriction par nous faite au sujet du caractère obligatoire du régime pécuniaire naturel des conjoints, qu'il nous soit permis de dire que l'on voit peut-être trop facilement de simples convenances de la nature ou que l'on recourt peut-être trop souvent à ces manières de parler, d'ailleurs toujours défectueuses puisque le droit éveille l'idée de commandement : Il est dans le vœu du droit naturel, le droit naturel désire. Ainsi les lois dont nous allons faire l'examen, au lieu de les déclarer de simples convenances il faut dire que sans doute elles ne sont impératives que dans une société où elles sont généralement admises, mais qu'en principe elles obligent. Nous venons de nous arrêter à la première de ces idées. Commençons maintenant l'étude qui sera la démonstration de la seconde.

#### PREMIÈRE RÉGLE.

*Les charges du ménage ne pèsent sur la femme qu'à défaut de biens du mari.*

52. Par charges du ménage nous entendons non pas seulement les besoins ordinaires de la famille comme la nourriture et le logement, mais aussi les autres, comme l'établissement des enfants.

Notre principe peut surprendre dans un pays où tous les régimes matrimoniaux pratiqués font contribuer la femme aux dépenses de la famille ; mais il nous paraît cependant hors de doute, pourvu qu'il ne soit pas pris avec un sens absolu. Dans un instant nous allons revenir sur cette réserve. Les époux doivent se conformer à ce que réclame l'intérêt de leur postérité future ou présente. Or, le bien des enfants demande que les charges du ménage, y compris l'entretien

de la femme, pèsent entièrement sur l'homme. En faisant seul vivre les siens, le père qui est le maître de l'éducation acquiert plus de prestige auprès de ses fils. Ils sentent qu'ils vivent par lui, et plus sûrement ils voient l'autorité du chef domestique respectée de leur mère elle-même qu'elle aussi vit alors par son conjoint. Ajoutons, sans que d'ailleurs, l'avantage dont nous allons parler soit assez fort pour être par lui-même décisif, que moyennant notre principe les fils apprennent à connaître cette loi de l'union de la supériorité et du dévouement qu'à leur tour ils devront suivre. Mais, dira-t-on, si le prestige du père augmente celui de la mère diminue. Nous répondons que de ces deux effets, le plus important est le premier. N'est-il pas évident qu'il y a plus d'avantage à ce que le prestige soit du côté du commandement ? Et puis dans notre système l'épouse apparaît comme plus digne de l'amour de son mari ; c'est là un prestige qui vaut mieux que celui de l'indépendance pécuniaire.

Objecterait-on encore que si notre principe est vrai, le mari doit même se passer du concours personnel de sa femme ? Cette logique serait tout au plus apparente. Du moment où il pourvoit à l'entretien de son épouse le mari ne souffre en rien dans son prestige, loin de là, en acceptant pour lui et les siens les services de la mère. Ceux-ci, en effet, prennent le caractère de l'acquittement d'une dette. Puis il y a cette autre raison que les soins du ménage on ne peut pas attendre du mari qu'il s'en charge lui-même : c'est dans les aptitudes de la femme qu'ils rentrent. Pour le même motif il est impossible d'alléguer que le père en laissant à la femme les travaux du foyer prive ses enfants d'un exemple de dévouement.

Notre première loi est donc celle de l'immunité ou de l'exemption des biens de la femme. Doit-elle être prise dans un sens absolu ? Non, puisqu'elle dérive du précepte de la

sollicitude paternelle et conséquemment du principe de charité. Le mari n'est point tenu de l'observer à tout prix. Mais pour que cette loi ne l'oblige pas, il faut que son application présente un inconvénient grave. Très important, en effet, est le résultat qu'il s'agit d'obtenir dans l'intérêt des enfants. Il serait donc excessif de dire que le mari qui a épuisé ses revenus en dépenses de ménage peut toujours entamer ceux de sa femme plutôt que de toucher à ses propres économies.

Nous ajouterons, dans le développement de la seconde règle, une autre dérogation relative à un usage accidentel des biens de la femme ou à l'usage de choses modiques qui lui appartiennent.

Contre la loi que nous avons posée, on fera peut-être un argument d'analogie. De même que les époux s'unissent corporellement pour donner l'existence, de même ils doivent être unis pour supporter les dépenses de la famille. Mais cette comparaison bien étudiée se retournerait contre ses auteurs. Dans l'acte de la génération, les parts ne sont point égales. C'est l'homme qui sème la vie, c'est lui qui donne sa substance ; la femme fait seulement fructifier ce qu'elle a reçu. Il est vrai qu'elle met au monde dans la douleur, et qu'ainsi, d'une certaine manière, elle a une plus grande part dans la formation de l'enfant ; mais de ce fait il n'y a rien à conclure au point de vue du plan divin, puisqu'il n'y entrerait pas : nous savons qu'il est la conséquence du péché.

Si l'on veut raisonner par analogie, nous pouvons encore invoquer la manière dont la femme fut créée. C'est de l'homme que la femme a été tirée. Vivre par son mari, telle est donc la loi d'origine de l'épouse, telle est sa condition. Plus tard on verra par l'étude de la parole divine si notre conclusion est exagérée.

53. La règle de l'immunité des biens de la femme est-elle

applicable en cas de séparation de corps ? Nous répondons affirmativement sans distinguer. De quelque côté, en effet, que soit la cause de division, notre motif déterminant restera exact. Il demeure vrai qu'il faut sauvegarder l'autorité maritale, car en principe elle ne disparaît pas. Son exercice est seulement approprié aux circonstances. C'est ce que nous avons dit dans le précédent article. Ce qui est vrai également, c'est qu'en vertu de son autorité maritale l'homme peut infliger des privations et même des déchéances à son épouse coupable.

Notre loi impose-t-elle seulement un devoir au mari ? crée-t-elle un droit au profit de la femme ? Elle crée un droit, l'obligation est précise.

Les conjoints, et sous cette expression nous comprenons les futurs époux, peuvent-ils par une convention écarter notre première règle ? Évidemment non : la cause de celle-ci subsiste avec la même force. Ce n'est pas un contrat entre les parents qui empêche que le bien des enfants réclame la responsabilité pécuniaire intégrale du mari. Au surplus, nous avons déjà répondu à une question générale qui comprend celle que nous venons de prévoir.

#### DEUXIÈME RÈGLE.

*Chacun des époux conserve la propriété de ses biens*

54. Nous appelons cette règle la loi de la distinction des patrimoines.

Si nous prenions la propriété dans le sens le plus étendu de ce terme, c'est-à-dire simplement comme droit d'avoir pour soi, notre principe serait faux. Chacun des époux, en effet, a pour soi d'une certaine manière les biens de l'autre conjoint. Ne venons-nous pas de voir que la femme a le droit d'être entretenue par le mari ? D'autre part, l'homme sans ressources a le droit d'être assisté par sa femme. Et



en sens, chacun des époux a donc pour soi les biens de l'autre, en même temps que celui-ci les conserve. Le premier en est propriétaire de la façon qui vient d'être indiquée, et l'on peut dire qu'entre les deux il existe une certaine communauté. Notre loi prise avec une signification absolue ne serait donc pas vraie. Mais elle est exacte si on considère la propriété là où elle est la plus pleine, dans son sens restreint et ordinaire d'avoir premièrement pour soi. En d'autres termes, la communauté dont nous venons de parler n'existe qu'accessoirement, le domaine du conjoint du propriétaire primitif n'est qu'inférieur. Telle est notre thèse. Ainsi précisée, elle est aisément admissible. L'union conjugale ne fait point disparaître la priorité de l'amour de soi-même. Quand une personne se marie, elle ne contracte donc point l'obligation de faire servir ses biens à l'avantage du conjoint autant qu'à son utilité propre. Elle garde la propriété la plus pleine, le droit d'avoir premièrement pour elle ses biens. Elle reste propriétaire, dans le sens habituel de ce nom.

Nous allons plus loin ; la communauté de biens ne peut pas même être établie par les époux. Elle serait un démenti donné à la loi de l'exemption du patrimoine de la femme. Pourquoi, en effet, mêler les biens, si l'on n'a pas l'intention de partager les charges ? Une convention de communauté est donc pour les enfants un exemple trompeur. Or les conjoints ne peuvent apprendre à leur postérité la violation des lois du mariage.

55. Par ce qui précède on voit tout ensemble la vérité et l'intérêt principal de la loi actuelle. Cet intérêt, c'est la confirmation du principe de l'immunité des biens de la femme. C'est encore, par voie de conséquence et suivant ce qui sera dit plus loin, la capitalisation des revenus de l'épouse. C'est le droit exclusif de chacun des conjoints sur son avoir et sur ses revenus, sauf la participation pour autant

qu'il y a lieu, aux charges de la famille. Nous allons retrouver aussi ou nous verrons plus tard l'influence de notre règle soit dans les questions de libéralité entre époux, soit dans la matière du paiement des dettes. Notre principe intervient encore dans la dévolution des biens des conjoints; il détermine l'objet du droit de consentir des aliénations et des engagements modiques qui sera reconnu au mari et à la femme. Mais nous convenons aussi et nous tenons même à faire remarquer qu'entre époux la question de propriété n'a pas, à certains égards, le même intérêt qu'entre étrangers. Le conjoint qui n'est pas propriétaire dans le sens de notre règle, a cependant, nous l'avons dit, une propriété inférieure. Ajoutez que l'homme a l'administration des biens de sa femme et que la veuve a un certain droit de jouissance sur ceux de son mari. Nous reconnaissons encore que l'intérêt n'est pas le même que si les biens n'étaient pas inaliénables comme ils le sont généralement, selon nous.

56. Précisons l'étendue de notre loi. L'argumentation par laquelle nous avons écarté une convention contraire à ce principe est-elle applicable à toute sorte de biens? A défaut de la communauté des charges n'y a-t-il pas, pour expliquer la communauté des meubles, la difficulté de connaître après un certain temps la provenance des biens de cette sorte, et partant n'y a-t-il pas le danger de contestations? Nous répondons négativement. En premier lieu, la difficulté peut aisément être écartée par une coutume déterminant les apports mobiliers de la femme, ou au moyen d'un écrit à l'aide, par exemple, de ces livres de famille dont l'usage était jadis assez commun. Secondement, dans notre régime matrimonial la difficulté alléguée, même si elle était réelle ne serait qu'exceptionnellement une cause de contestations d'après nos vingt-sixième, vingt-septième et vingt-huitième règles, la veuve continue à jouir comme elle l'a fait, le veuf continue à administrer, et l'héritier du mari est le suc

cesseur de la femme survivante ou prédécédée. L'inconvénient objecté n'est donc pas sérieux. Notons encore que suivant les lois naturelles relatives à l'établissement des enfants et aux successions, l'avoir de la femme n'est ordinairement ni considérable ni compliqué.

Nous n'avons pas encore répondu à un argument d'analogie pareil à celui qui a été examiné au sujet de la première règle. Il est en faveur d'une communauté même universelle de biens : corporellement les époux ne font qu'un ; ils ne doivent donc faire qu'un aussi au point de vue de leurs biens. Nous admettons que la propriété suive la condition de la personne. Mais précisément est-ce que les époux ne gardent pas la propriété d'eux-mêmes ? Chacun d'eux n'a sur le corps de l'autre que le droit d'exiger le concours à l'acte de la génération et l'assistance. C'est donc notre doctrine qui trouve un appui dans la comparaison avec l'ordre matériel.

La deuxième règle est-elle seulement impérative, est-elle irritante ? Un pacte contraire est-il seulement illicite, est-il nul ? Sous le bénéfice des atténuations que nous avons faites après l'énoncé de nos règles, nous répondons : le pacte est nul. Dieu, en effet, sans l'intervention duquel l'homme ne s'oblige pas, ne sanctionne point la convention. Il ne la sanctionne point parce qu'elle est contraire à sa gloire, et elle est contraire à sa gloire parce que, nuisible à l'autorité domestique, elle ébranle la famille qui est le milieu préparé par le Souverain-Maître pour la formation physique et morale de sa créature. La convention est mauvaise dans ses effets et non pas seulement en tant qu'on l'envisage dans le fait de sa passation : elle doit donc être nulle (Voir Suarez, *De legibus*, liv. V. c. XXVII, n° 7).<sup>1</sup>

En ce qui concerne les biens que l'un ou l'autre des époux a reçus ou recevra d'un parent, une cause spéciale fait que si la copropriété entre conjoints pouvait être établie ce ne serait jamais qu'une copropriété temporaire, destinée

à disparaître avec l'auteur de l'apport. Cette cause est la loi successorale d'après laquelle les biens d'un homme doivent servir à sa famille plutôt qu'à un étranger ; c'est la loi de la substitution. Nous la retrouverons dans le chapitre suivant.

57. Si les époux ne peuvent stipuler la communauté de biens, les dons partiels entre conjoints sont-ils aussi défendus ? Il est évident, après les développements qui précèdent, que des libéralités minimales, modiques ou simples cadeaux, sont seules permises. Les avantages considérables, soit réciproques, soit unilatéraux, obscurcissent la loi de la distinction des patrimoines du mari et de la femme, et, du même coup, celle de l'immunité des biens de l'épouse ; or les conjoints doivent à leurs descendants l'exemple de l'observation des lois du mariage. Mais si cet argument est juste, pouvons-nous excepter les libéralités sans importance ? Assurément non. Ce devoir de l'exemple que nous venons d'alléguer, conséquemment aussi l'obligation qui en résulte pour les époux de ne pas se faire don de leurs biens, dérivent de la loi de charité, et ce précepte n'impose que des sacrifices minimales en regard au bien qu'ils produiront et aux titres particuliers que le prochain peut avoir à notre secours. D'après ce criterium, l'abstention des libéralités minimales entre époux peut-elle être obligatoire ? Non. Elle comprimerait d'une façon très pénible le besoin qu'éprouvent l'homme et la femme de se donner l'un à l'autre des témoignages de leur affection et de se récompenser des services rendus. D'autre part, cette abstention n'offrirait pas un avantage appréciable. La loi qui nous occupe serait, sans doute, sauvegardée plus complètement aux yeux des enfants, mais la différence est imperceptible à côté de la privation qu'elle suppose de la part des époux. Ce sacrifice n'est donc pas obligatoire. Le bien des enfants souffrirait même que les parents fussent asservis à cet intérêt.

Ceci nous ramène à la seconde dérogation, déjà annoncée, que comporte notre première règle. Si la femme peut faire des cadeaux à son époux, elle peut pareillement permettre à son mari l'usage accidentel, pour l'agrément de ce dernier, de biens qu'elle possède. Elle peut aussi, et à plus forte raison, accorder à son conjoint l'usage d'objets sans importance.

Naturellement nous n'entendons point que les époux puissent se faire des cadeaux lorsqu'aucune circonstance ne les y invite. Multiplier ainsi les dons, ce serait enseigner aux enfants la violation de la règle de la distinction de la propriété entre conjoints, ce serait manquer au devoir de l'exemple.

Les libéralités modiques peuvent-elles porter sur les biens de famille ? Oui. Le propriétaire de qui ces biens proviennent, malgré son devoir de les réserver à ses proches n'a certainement pas été tenu et n'a même pas eu le droit, parce qu'un usage modéré de la propriété et ainsi un grave intérêt de famille s'y opposent, de défendre à ses héritiers même les libéralités qui porteraient sur de menus objets. Dès lors, l'époux successeur ne doit pas non plus se les interdire.

Telles sont nos restrictions à la loi de distinction des patrimoines. Elles ne paraîtront peut-être pas suffisantes. Comment, dira-t-on, vous ne voulez pas que la situation de la veuve puisse être assurée ? Grande erreur. Nous la voulons assurée bien mieux que par des libéralités : par un droit de perpétuelle jouissance suivant ce qui est dit dans nos dernières règles. Et ce droit nous exigeons qu'il soit reconnu conventionnellement par les époux.

## TROISIÈME RÈGLE.

*Les biens qui sont subrogés à ceux qui sont la propriété de l'un des époux appartiennent également à l'autre conjoint.*

58. Nous voulons parler ici des biens qu'une aliénation valide ou un remplacement pour cause de perte ou d'usufruit ont substitués à ceux que possédait l'un des époux lors du mariage ou qui lui sont échus depuis. La règle que nous venons de formuler à leur sujet est absolument semblable à la précédente. La communauté des biens dont il s'agit n'a pas plus de raison d'être que celle des biens qu'ils remplacent, et les motifs déjà invoqués contre celle-ci repoussent également l'autre.

## QUATRIÈME RÈGLE.

*Le mari a l'administration des biens de sa femme*

59. Ces biens constituent ce que l'on peut appeler la dot. Sans doute, ce terme éveille l'idée de donation ; mais comme l'avoir d'une femme qui se marie provient ordinairement d'une libéralité, on comprend aussi sous le nom de dot tous les biens qu'une femme possède lors de son mariage et même ceux qu'elle acquiert ultérieurement. Nous adoptons ce sens général.

Par l'énoncé de notre règle qui est la loi de l'incapacité d'administrer de la femme nous entendons que le mari est le gardien de la dot, qu'il peut faire valoir les immeubles, les objets mobiliers et les capitaux de son épouse, toucher et employer le prix du travail de la femme, utiliser les revenus et les avantages extraordinaires de la dot et faire des améliorations. Nous comprenons parmi les revenus les



produits analogues aux fruits, comme les produits des carrières ou des mines. On va voir, en effet, par la démonstration de notre loi qu'il n'y a pas lieu de séparer ceux-ci de ceux-là. La mère doit se prêter à ce que réclame le bien des enfants, or, cet intérêt demande que le mari administre la fortune de son épouse. Celle-ci a donc le devoir précis de laisser l'administration de ses biens à son conjoint; et, d'autre part, le mari, en agissant comme administrateur de la fortune de sa femme, ne fait que se comporter selon la loi naturelle; en d'autres termes, il exerce un pouvoir légitime ou un droit. La première de ces propositions n'est plus à démontrer. Les deux dernières dérivent sans difficulté de celles qui les précèdent. Reste donc simplement à examiner si l'intérêt des fils demande véritablement que le mari administre la fortune de la femme. Mais cela même est incontestable. D'une part, le bien des enfants veut évidemment que l'un des époux, soit le mari, soit la femme, ait le pouvoir de faire sur le patrimoine de celle-ci les actes d'administration, non pas, sans doute, à temps et à contre-temps, mais d'une manière ordinaire. Les actes dont se compose l'administration et que nous avons énumérés plus haut sont, en effet, d'une nécessité habituelle. D'autre part, il importe aux fils que ce soit le mari qui administre la dot. Celle-ci ne doit-elle pas servir, quoique moins immédiatement que la fortune du père, au bien des enfants? Or, si le mari n'est point l'administrateur de la dot, elle est plus exposée à ne pas prospérer, à cause de l'infériorité de l'intelligence et de l'esprit de décision chez la femme. Peu importe même que dans telle ou telle hypothèse les faits ne justifient point cette comparaison, car le devoir maternel sur lequel nous nous sommes appuyé ne disparaît point alors. De peur d'ébranler une loi de la famille, l'épouse aussi capable que l'homme doit laisser à celui-ci le pouvoir de gestion qui dans l'ordre normal lui appartient.

On pourrait être tenté de fonder cette prérogative du mari sur son droit de commander. Quand l'homme fait acte d'administration sur le patrimoine de sa femme, ne donne-t-il pas implicitement à celle-ci l'ordre de le laisser agir ? Mais cette argumentation est peu conforme à la réalité des faits. De plus, elle est trop courte pour être concluante : elle ne renferme point la preuve que l'extension de l'autorité maritale aux biens dotaux est utile aux enfants.

Notre loi est-elle applicable aux biens de famille ou biens patrimoniaux de la femme ? Nous verrons que celui qui est héritier d'une personne l'est pour la continuer ; dès lors, la femme héritière ne doit-elle pas garder l'administration des biens qu'elle a reçus d'un parent, afin de continuer des traditions qu'elle observera mieux que le mari qui est un étranger ? Non, elle n'a pas cette obligation, car si elle administrait ce ne saurait être pour agir autrement que le ferait son mari : son devoir de femme et de mère est de s'identifier à son époux plutôt qu'à son parent. C'est là ce que demande l'intérêt des enfants, intérêt auquel celui de la continuation des traditions du précédent propriétaire est subordonné. Aussi la volonté que ce dernier aurait émise en sens contraire serait-elle nulle.

60. La loi de l'administration maritale s'applique donc à tous les biens dotaux. Elle ne donne point à l'homme un pouvoir absolu. Fondée sur les exigences du bien des enfants, elle ne peut ni permettre au mari les actes préjudiciables à la dot ou même sans utilité, ni défendre à la femme les actes d'administration que rendrait opportuns l'incurie du mari. La femme conserve donc un droit d'opposition et un droit d'action relativement à sa dot. Seulement dans l'exercice de ces prérogatives, elle doit faire les sacrifices raisonnables que demande le maintien de la paix. Elle se trouve aussi obligée à une grande réserve, par suite du devoir de ne point compromettre, aux yeux des enfants, la loi de l'administration maritale.

61. Dans les limites de son pouvoir d'administration, le mari a des obligations à remplir. Il doit, selon la mesure des forces humaines, l'exercer de son mieux : le bien de sa femme et de ses enfants veut cette vigilance. De là le devoir d'entretenir les biens dotaux en bon état et de remplacer les choses usées ou perdues. Il doit, autant que possible, faire valoir les biens dotaux plutôt que de les louer : ainsi les époux y imprimeront leurs traditions. Cette règle n'est évidemment pas moins applicable aux biens du mari lui-même. Rappelons aussi que l'homme est tenu, conformément à notre première loi, de ne point faire peser sur la femme les charges du ménage. Les obligations du mari administrateur ne sont pas seulement relatives à sa manière d'agir. Il doit encore prendre conseil de sa femme relativement à la gestion de la dot et même de son propre patrimoine. Cette précaution est réclamée par l'intérêt des enfants, car elle est une garantie de bonne administration ; de plus, en ce qui concerne les biens dotaux, la raison dit que si la femme doit faire le sacrifice de son indépendance pécuniaire, il faut, à titre de dédommagement, qu'elle soit consultée sur les affaires qui regardent sa fortune. Sortant de notre sujet et anticipant sur des explications qui viendront ultérieurement, nous irons même plus loin. L'homme doit, relativement à son patrimoine, consulter son fils aîné, afin de le mieux préparer au rôle que pour le bien des enfants il doit posséder, celui de continuateur du père.

La femme peut intervenir autrement qu'à titre de conseil dans la gestion de la dot, indépendamment de l'hypothèse prévue plus haut d'incurie du mari. Incontestablement, en effet, rien ne s'oppose à ce que l'épouse fasse sur son patrimoine les actes utiles et qui sont, en outre, expressément ou tacitement permis par le mari. Cette proposition est nécessairement applicable aux biens même de l'homme. Elle l'est d'autant plus que celui-ci est tenu de laisser à sa femme,

sous son contrôle, la direction intérieure du ménage. L'épouse a droit à ce rôle, car le bien des enfants veut qu'elle le possède : elle est douée pour le remplir d'aptitudes que l'homme ne saurait se prévaloir.

62. Le mari peut se trouver privé de son pouvoir d'administration. Il est encore permis de ramener à deux : l'indignité et l'incapacité, les causes de perte de cette prérogative.

Lorsque le mari est d'une perversité ou d'une méchanceté telles que, s'il a le pouvoir d'administration, il l'exerce d'après ce qui est à prévoir, d'une façon gravement nuisible aux enfants, le régime qui nous occupe disparaît nécessairement, puisque c'est dans l'intérêt des enfants que régulièrement il est obligatoire. Quand l'homme a de la haine contre sa femme seulement, il ne perd pas son droit d'administration, pas plus qu'il ne voit s'éteindre son autorité. Dans ce cas, les avantages du pouvoir économique du mari ne sont point empêchés par une intention hostile : le mari administrera bien à cause de ses enfants appelés à bénéficier de la fortune de leur mère.

Lorsque, semblablement, par suite d'absence, de prodigalité, de défaut d'intelligence ou de maladie, l'homme est incapable de gérer la dot d'une manière convenable, il perd encore sa prérogative ; le bien des enfants qui est la cause de celle-ci demande qu'elle passe en d'autres mains.

Cette doctrine ne serait pas complète et l'on en pourrait exagérer la portée si nous n'ajoutions qu'il faut la combiner avec les exigences du maintien de la paix et avec la nécessité de sauvegarder autant que possible, aux yeux des enfants, la loi de l'administration maritale. En outre, le pouvoir de gestion qui appartient à l'homme peut renaître de même que la déchéance de l'autorité sur la personne : la femme n'est pas nécessairement perpétuelle, selon ce que nous en avons dit au paragraphe précédent.

63. Faut-il unir le sort de ces deux droits; existent-ils, et

paraissent-ils forcément ensemble? Certainement non. Un père très dépravé peut rester bon administrateur, et l'hypothèse inverse est, elle aussi, réalisable. Le bien des enfants peut donc demander tout à la fois le maintien de l'un des deux droits dont il s'agit et la cessation de l'autre.

Lorsque l'homme perd la qualité d'administrateur des biens dotaux, à qui passe-t-elle?

Répondrons-nous : à la femme? Non ; mais le moment de nous prononcer n'est pas venu. La question qui nous occupe n'appelle point, en effet, de développements particuliers. Manifestement elle est semblable à cette autre qui sera examinée plus loin : que devient l'administration de la dot après la mort de l'homme?

64 La séparation de corps prive-t-elle le mari de son pouvoir d'administration ou, selon une expression usuelle, entraîne-t-elle la séparation de biens? Non, en principe, car le fait que la loi de la communauté d'existence a cessé d'obliger actuellement les conjoints, n'empêche pas l'intérêt des fils de réclamer l'incapacité d'administrer de la femme : la supériorité intellectuelle de l'homme reste possible, ou bien l'exemple de la soumission à une loi habituellement applicable demeure utile aux enfants. Ces considérations sont vraies, quel que soit le côté d'où vient la cause de rupture entre les conjoints. Seulement, en fait, l'état de dépendance pécuniaire de l'épouse peut devenir plus aisément intolérable dans notre hypothèse. Sans doute, l'homme reste tenu de pourvoir aux besoins de sa femme avec ses propres ressources d'abord, suivant notre première loi, ou avec les revenus de la dot; mais la séparation de corps, même si elle est causée par la femme, peut facilement entraîner l'inaccomplissement de cette obligation. Et alors le régime de l'administration maritale devient évidemment trop pénible à la femme pour que la loi de la sollicitude maternelle puisse le lui imposer pleinement; l'épouse a le droit

d'exiger que son conjoint lui remette ou de reprendre même la possession d'une partie du patrimoine dotal saine pour permettre à la femme de vivre suivant condition. Cette exception, d'ailleurs, une fois faite, motifs de la loi de l'administration maritale reprennent empire. Le mari conserve donc, en principe, sur toute dot son pouvoir économique.

65. La loi de l'administration maritale est-elle opposable à tiers ? Assurément. D'une part, les contrats d'administration passés régulièrement par le mari sont opposables à toute personne, à un créancier de la femme, par exemple, à l'acheteur qui acquerrait d'elle dans un temps où exceptionnellement elle aurait recouvré la gestion. En les rejetant on ferait une injustice : on porterait atteinte au pouvoir de chef domestique. D'autre part, les actes passés par les deux avec la femme, relativement à la gestion de ses biens, sont nuls : les tiers sont sans droit pour contraindre à l'exécution des engagements que l'épouse a pris, et ce qu'elle a livré est sujet à restitution. Nous fondons cette thèse sur la notion de justice qui commande de laisser ou de rendre à autrui ce qui lui appartient. La femme est propriétaire de sa dot, il est vrai ; mais contraindre à l'acquittement des engagements qu'elle a pris, ou garder du moins, malgré la réclamation du mari, ce qu'elle a livré de ses biens, ce serait priver partiellement l'homme du droit qu'il a d'être l'administrateur des biens de son épouse. Assurément, le tiers ne lui enlèverait point cette prérogative pour l'avenir ; mais il la priverait quant à l'acte qui, non passé par le mari, serait cependant mis à exécution : en fait, l'homme ne serait plus pleinement l'administrateur des biens de sa femme si les conventions conclues par celle-ci relativement à sa gestion étaient efficaces.

Il est clair que si par suite de séparation de corps la notion de l'administration maritale vient à disparaître en partie :



dans la même mesure elle cesse d'être opposable aux tiers. Ils peuvent traiter valablement avec la femme relativement à la gestion des biens dont il se trouve qu'elle a légitimement repris possession.

66. De plus, l'obligation qui incombe aux tiers par rapport à notre loi n'est pas sans contrepoids.

Nous en trouvons un premier dans le droit à la restitution, un second dans la bonne foi et un troisième dans la perte fortuite. Parlons d'abord du droit à la restitution.

Si le tiers a le devoir de l'abstention ou celui de la restitution, la femme, elle aussi, qui aurait reçu de ce tiers et posséderait encore une prestation faite par celui-ci en exécution du contrat que le mari rejette, est tenue de restituer sur la demande de la partie intéressée. Pour être obligé de ne pas s'enrichir aux dépens de ses semblables, l'on n'a pas besoin d'être capable à l'effet de gérer son patrimoine. Et si l'épouse ne veut pas restituer, ou si elle ne le peut point, mais après s'être mise en faute envers le tiers, celui-ci a le droit de la contraindre, sauf ce qui sera dit plus tard du paiement des dettes de la femme. A-t-il le droit de déduire de sa propre restitution l'équivalent de ce qui lui est dû plutôt que de contraindre à la remise de la chose ou au remboursement? Non. Agir de la sorte serait une injustice, car le tiers rendrait ainsi efficace dans notre hypothèse un contrat dont il ne peut se prévaloir sans commettre l'injustice de méconnaître le pouvoir marital d'administration. Le mari, comme administrateur est, pareillement à sa femme, obligé de restituer la chose reçue et encore existante, s'il invoque la nullité de l'acte, et le tiers, en cas de refus, a le droit de refuser, lui aussi, toute restitution. Ce droit, en effet, n'implique point une injustice : le mari qui refuse de restituer s'approprie le contrat, ou, du moins, s'il veut encore le répudier, c'est une volonté qui, manifestement, n'est plus respectable.

Dans le cas où le tiers ne peut recouvrer la chose fournie ou de même se faire rembourser en équivalent, acquiert-il le droit de contraindre à l'exécution du contrat? Évidemment non, si le mari n'est pour rien dans le fait que nous supposons : alors, en effet, il reste incontestablement vrai que le tiers ne pourrait contraindre à l'exécution du contrat ni refuser de restituer, sans tomber dans l'injustice de méconnaître le pouvoir marital d'administration. Que si le mari est responsable de la perte de la chose livrée par le tiers, c'est la solution inverse qui devient exacte. Les motifs donnés relativement au cas de refus de restitution sont en effet, applicables.

Nous arrivons à la bonne foi, c'est-à-dire à l'ignorance de l'incapacité de la femme avec laquelle on traitait, si cette ignorance n'est le résultat ni d'une faute ni d'une négligence que l'on pouvait éviter sans de grands efforts. Nous faisons ici allusion à une théorie générale qui trouvera place dans le développement de la vingt-deuxième règle. Le tiers qui, après avoir été toujours de bonne foi, a disposé de la chose et des fruits, ne doit pas les restituer en équivalent s'il n'a point profité de cette dépossession. Alors, en effet, il n'y a ni cause matérielle de restitution, ni cause morale.

Si la femme a trompé le tiers en lui faisant croire qu'elle pouvait contracter, ce fait dispense-t-il de restitution? Par lui-même, non, incontestablement : les manœuvres de la femme ne peuvent préjudicier au droit du mari. Mais si, de son côté, la femme ne restitue pas au tiers et ne l'indemnise pas du préjudice de la nullité, celui-ci, à cause de sa bonne foi, a droit à une indemnité jusqu'à concurrence de ce qu'on lui doit, dans la mesure où la femme est engagée par ses fautes. Cette solution spéciale se rattache à nos règles relatives aux dettes.

Que si c'est l'homme lui-même qui a induit le tiers en erreur, non-seulement celui-ci ne doit pas restituer, mais il

peut réclamer l'exécution du contrat. En réalité, la femme n'a-t-elle pas agi avec le consentement de son époux? Le tiers qui se prévaut de la convention ne commet donc pas une injustice.

Enfin, la perte fortuite, dans la mesure où elle se produit, libère évidemment le tiers détenteur. Nous supposons une détention non coupable. Le tiers alors ne manque pas à la justice s'il ne paye rien : il n'a pas le bien d'autrui et il n'est point tenu de dommages-intérêts. Mais il en doit dans le cas de détention de mauvaise foi. Les obligations relatives aux biens une fois nées se maintiennent quelque soit le sort de ceux-ci : autrement il n'y aurait guère de droits pécuniaires certains.

67. Par qui la nullité des actes d'administration de la femme est-elle opposable aux tiers? Par le mari, sans nul doute : il a droit à la réparation de l'injustice commise, mais aussi par la femme si le tiers agit contre elle, car l'épouse qui se prêterait à l'exécution des engagements qu'elle a pris relativement à l'administration de ses biens, se rendrait de nouveau participante à l'injustice. Cependant la femme ne peut faire juger définitivement la nullité : ce serait là un acte d'administration. Pour le même motif, elle ne peut attaquer le contrat comme demanderesse. Les cas urgents d'incurie du mari doivent être réservés. Après le décès du mari, l'héritier a le droit du défunt, et un héritier de la femme appelé à un bien de famille peut se prévaloir comme elle de l'obligation de respecter le pouvoir marital d'administration. Ces successeurs ont les mêmes droits du vivant des époux, si l'incurie de ceux-ci appelle les premiers à remplir déjà leur mission de continuateurs.

Dans le cas où, par suite de séparation de corps, l'épouse reprend en partie l'administration de la dot, la nullité des contrats de gestion que précédemment la femme a conclus est-elle encore opposable par elle? Après ce que nous

venons de dire, l'affirmative est évidente s'il s'agit d'un acte pour lequel la femme n'a point recouvré sa capacité ; dans l'hypothèse contraire, c'est la négative qui n'est pas douteuse, pourvu que les circonstances que l'on a eues en vue en contractant ne soient point changées. Alors disparaît la fin de non-recevoir qu'ordinairement peut et doit invoquer la femme.

68. Si la loi de l'administration maritale est opposable au tiers, peuvent-ils aussi l'invoquer ?

C'est par des distinctions qu'il faut répondre.

D'une part, un tiers peut certainement invoquer la validité des conventions conclues avec le mari : il peut contraindre à l'exécution des contrats passés avec l'homme relativement à l'administration de la dot. S'il existait, en effet, quelque obstacle à cette contrainte, d'où pourrait-il venir sinon de la femme propriétaire ? Or, elle ne peut pas, selon la raison, s'opposer à l'exécution des actes dont il s'agit, elle n'a pas ce droit : elle rendrait impossible ce qu'elle doit accepter pour le bien de ses enfants, l'administration maritale. Seulement, dans le cas d'indignité et d'incapacité, cette première réponse cesse d'être vraie relativement aux contrats faits avec le mari et devient applicable à ceux qu'a passés son successeur légitime dans la gestion de la dot.

D'autre part, le tiers peut invoquer la nullité des conventions passées avec la femme, en ce sens qu'il peut refuser à celle-ci de les exécuter. Il ne peut devoir à la femme de consommer l'injustice commencée.

Mais à l'inverse, le tiers ne peut attaquer, comme demandeur, la nullité des contrats conclus avec la femme. La raison dit que le mari a la liberté ou le droit de voir dans sa compagne un auxiliaire, alors même qu'il ne lui a point préalablement, donné de délégation. Il peut donc invoquer les stipulations faites par elle, à charge, bien entendu, de remplir les obligations équivalentes qu'elle a consentie

Pour le même motif, il n'est point permis au tiers, le contrat une fois exécuté, de prendre l'initiative de réclamer de la femme une restitution.

Nous avons vu que les actes d'administration faits par la femme sont nuls. Les conventions abusives consenties par l'homme en matière d'administration sont-elles nulles elles aussi? Assurément. Ce sont des actes faits sur le bien d'autrui par une personne sans pouvoir. L'homme peut-il faire constater juridiquement leur nullité? Pourquoi pas? Il est le gardien principal de l'intérêt des enfants et il n'a pu s'obliger envers la partie à s'abstenir de ce que cet intérêt réclame. Quant à l'épouse, comme c'est un acte d'administration que d'attaquer le contrat nul, elle ne peut agir que dans le cas d'incurie de son conjoint. Le tiers peut-il invoquer la nullité qui nous occupe, à l'effet de refuser l'exécution du contrat ou de réclamer la prestation qu'il a déjà fournie? Nous répondons affirmativement. Puisque le mari a agi sans pouvoir et qu'ainsi le pacte est nul, le tiers a conservé la propriété de la chose par lui promise ou livrée.

Telle est la loi de l'administration maritale. Suivant un principe général posé dès le début elle doit être stipulée, mais il est utile aussi et il faut que la bonne gestion du mari le soit également.

Le mari peut-il répudier son droit d'administrateur? Certainement non. Le bien des enfants est en jeu; or, comme nous l'avons dit, une convention des parents qui lui est contraire ne saurait être sanctionnée par Dieu, et, à un autre point de vue, il est clair que l'intérêt des enfants n'oblige pas moins leurs auteurs quand ils se sont entendus pour lui faire échec. Semblablement, parce que le bien des enfants est la loi des parents, la femme ne peut faire remise au mari des obligations dont celui-ci est tenu comme gardien de l'avoir maternel. Elle ne peut non plus se dépouiller

des droits exceptionnels d'opposition ou d'action que nous lui avons reconnus.

Les frais d'administration de la dot doivent-ils être supportés par le mari ? Ils ne le peuvent même pas ; ce serait une libéralité, ce serait contraire au principe de la distinction des patrimoines. Dirait-on : Oui, mais il y a analogie avec l'entretien de la femme ? Nullement. Cet entretien incombe à l'homme, parce qu'il importe au prestige de la femme que la femme vive par son conjoint ; or, ici ce motif qui est la raison décisive du devoir de l'entretien disparaît.

#### CINQUIÈME RÈGLE.

*Le mari doit faire fructifier les biens de sa femme et pareillement les siens propres.*

69. Cette règle est évidente. L'homme négligerait ce qu'il doit à ses enfants et à sa femme s'il ne faisait pas produire les biens dont il s'agit, s'il les délaissait ou s'en servait pour sa fantaisie. En ce qui concerne ses propres biens, il manquerait d'ailleurs à la sollicitude qu'il se doit à lui-même, comme à une créature divine dont le bien importe à la gloire de son Auteur.

#### SIXIÈME RÈGLE.

*Les revenus de la femme doivent être capitalisés, et pareillement ceux du mari déduction faite des charges domestiques.*

70. Dans les revenus nous comprenons les gains.

L'intérêt des enfants ne permet pas, nous l'avons vu, que les ressources de la mère servent à l'entretien de la famille. Dès lors, il réclame leur capitalisation.



Toutefois, notre règle ne saurait être absolue, puisqu'à défaut de moyens du côté du mari, les charges du ménage pèsent sur la femme. En outre, nous établirons plus loin que, indépendamment de ces charges, les biens de la femme peuvent, quand c'est l'intérêt de la famille, être aliénés par suite de vente, de donation, ou être engagés. Il est clair que, dans les mêmes cas, les revenus de la femme peuvent être employés comme les biens dotaux pourraient l'être, et que même ils sont les premiers aliénables. Enfin les exigences de l'intérêt des enfants ne peuvent dégénérer en une tyrannie qui serait, du reste, contraire à ce bien par l'amoindrissement de la femme. Il lui est donc permis de faire, mais avec l'autorisation formelle ou présumable du mari administrateur, de modiques prélèvements sur ses revenus pour des dépenses selon son gré. Une restriction semblable sera faite avec plus de développements dans l'étude suivante.

La même règle, mais accompagnée des mêmes restrictions, et réserve faite des dépenses du ménage, est applicable au père. Pour lui aussi l'intérêt des enfants est la loi. En ce qui concerne les biens de famille, notre sixième règle est une conséquence d'une loi applicable à tout héritier. Celui-ci doit à l'ancien propriétaire de faire progresser les biens qu'il en a reçus.

#### SEPTIÈME REGLE.

*Les biens de la femme sont inaliénables.*

71. Nous faisons d'abord observer qu'il n'est ici question que des biens de la femme et non de leurs produits pris comme tels. Au lieu de considérer ceux-ci comme inaliénables, nous avons admis que le mari pouvait les vendre, sauf à en capitaliser le prix, lequel rentre dans la catégorie

des biens. Leur inaliénabilité serait absolument contraire au bien des enfants. Pour que les produits de l'avoir de la femme deviennent pratiquement utiles, ne faut-il pas le plus souvent qu'ils soient échangés contre de la monnaie ou autre valeur? D'autre part, on verra aisément que les motifs de l'inaliénabilité ne s'appliquent point à eux. Toutefois cette double explication ne saurait être donnée relativement aux produits qui n'ont point été aliénés et qui, par l'emploi qu'on en a fait, se trouvent incorporés au patrimoine de la femme. Ils n'ont plus le caractère de produits, mais celui de biens.

Qu'entendons-nous quand nous disons que les biens auxquels notre loi s'applique sont inaliénables? Nous ne voulons pas dire que le mari est tenu de ne point aliéner seul les biens de sa femme ou que cette dernière non autorisée de son conjoint a la même obligation. L'idée que nous exprimons est plus générale; nous enseignons d'abord qu'en principe les biens dotaux ne peuvent être d'aucune manière licitement aliénés. Notre règle signifie aussi que l'aliénation des biens de la femme est nulle. C'est là le sens complet de notre principe. Mais nous ne le considérons à ce point de vue de l'invalidité qu'en dernier lieu.

Nous disons maintenant que les biens dotaux ne peuvent être d'aucune manière licitement aliénés. Ils ne peuvent l'être ni par vente ou par échange, ni par donation, ni à titre onéreux, ni à titre gratuit.

En premier lieu, les biens de la femme ne peuvent être aliénés par vente ou par échange ou autre contrat semblable. Comment établissons-nous cette thèse? Pour un grand nombre de mes contemporains elle sera certainement étrange. Que le mari, diront-ils, ne doive pas exercer de pression sur sa compagne à l'effet d'obtenir de celle-ci qu'elle aliène, qu'à plus forte raison il ne puisse la dépouiller lui-même abusivement, que la femme soit tenue

de ne point céder aux sollicitations de son conjoint ou d'écarter un projet personnel d'aliénation lorsque cet acte s'offre dans de mauvaises conditions, ce sont autant de règles évidentes; mais pour soutenir d'une façon générale que l'aliénation des biens de la femme est illicite, quel argument invoquer?

Nous invoquons notre argument ordinaire : le bien des enfants.

L'aliénation d'un bien du père ou de la mère est un danger pour la famille. Que fait, en général, celui qui se dépouille d'une fraction de son patrimoine? Il remplace par une somme d'argent, par un capital passager, un capital fixe, un bien stable, plus susceptible d'attachement et plus propre à marquer les traditions. Ou du moins, si au lieu de vente il s'agit d'échange, le propriétaire détruit une valeur morale, l'ancienneté qui rendait plus précieuse la chose aliénée. En outre, les souvenirs déjà inhérents au bien, les enseignements et les exemples paternels qui s'y rattachent, perdent de leur force. Une aliénation du patrimoine du père ou de la mère est, par conséquent, illicite, à moins que les inconvénients, d'ordre supérieur, qu'elle présente, ne soient compensés par un bien exceptionnel. Sans doute, en fait, la gravité de ces inconvénients peut se trouver diminuée : l'objet aliéné peut être d'acquisition récente ou n'avoir que faiblement reçu l'empreinte du propriétaire; mais la règle que nous venons de dégager n'en reste pas moins intacte : dans une pareille hypothèse les parents doivent se conformer au principe, afin de donner à leurs enfants l'exemple de l'observation des lois de la famille.

72. Dans l'argumentation qui précède nous avons repoussé les aliénations au nom de l'intérêt de la famille et notamment comme nuisibles au maintien des enseignements et des exemples des aïeux. Il faut une seconde fois rejeter les aliénations comme préjudiciables au patrimoine moral si on les considère au point de vue direct de la gloire divine.

Dieu veut, pour sa gloire, le maintien des traditions de famille. Elles aident, en effet, puissamment au règne de la vérité et de la vertu, grâce au respect instinctif de l'homme pour les leçons de ses ancêtres. Quelqu'un opposerait-il que si le Créateur voulait le maintien du patrimoine moral, il ne mettrait point obstacle à la conservation du passé en infligeant la mort à l'homme? Vraiment quand même cette objection devrait rester sans réponse, l'esprit n'en proclamerait pas moins forcément le principe attaqué. Mais elle est loin d'être irréfutable. De ce que Dieu entrave d'une certaine manière la conservation du passé, il n'est pas rationnel de conclure qu'il ne veut point le maintien des traditions. Nous saisissons, en effet, qu'avant tout Dieu veut le respect de ses commandements et qu'ainsi, par l'idée de peine, la loi de la mort peut s'expliquer, sans que celle de la conservation des enseignements et des exemples de nos ancêtres se trouve atteinte. Vainement encore on alléguerait l'impossibilité vraie d'admettre que Dieu veuille d'une façon absolue la perpétuité des traditions, même au prix de sacrifices disproportionnés; vainement, par exemple, on ne prévaudrait de ce que la raison ne perçoit plus cette volonté dans certaines hypothèses exceptionnelles d'aliénation qui seront étudiées bientôt. Ce n'est point parce qu'une volonté n'est pas absolue que l'on en peut nier la réalité. De même on ne saurait objecter que la conservation des traditions mauvaises est réprouvée par Dieu. Ce serait une absurdité de dire que l'infinie Sagesse parce qu'elle ne veut pas le maintien des mauvaises traditions, ne veut pas non plus celui des bonnes. Il est donc démontré aussi qu'au point de vue direct de la gloire divine, la loi du maintien des traditions de famille existe. Or, cette règle entraîne celle de la stabilité dans les biens et dans les droits du père et de la mère. Tout changement dans la situation juridique des parents nuit à leurs traditions, parce qu'il ébranle un passé

dont ces traditions font partie. Au contraire, la permanence dans les situations du père et de la mère tend à perpétuer les souvenirs domestiques. Indépendamment de la considération du bien des enfants, les aliénations sont donc, en principe, défendues aux parents, comme nuisibles à la gloire du Createur, à cause de l'atteinte qu'elles portent au patrimoine moral.

La loi de l'inaliénabilité oblige-t-elle les parents qui créent de mauvaises traditions? Évidemment oui. L'aliénation, même dans notre hypothèse, conserve certains de ses effets nuisibles : elle est un exemple d'instabilité du patrimoine, de violation d'une des lois de la famille. Sans doute, on peut dire que dans notre hypothèse l'aliénation a aussi en avantage pour les fils : elle enlève un appui aux traditions mauvaises des parents. Mais cet avantage n'est pas réel : c'est l'ébranlement des mauvaises traditions par la désorganisation.

Par l'argumentation qui précède, nous avons établi que l'avoir des parents ne peut, en principe, être légitimement l'objet ni d'une vente, ni d'un échange, ni d'un autre contrat semblable, et nous avons ainsi fait tout à la fois la preuve de notre septième et de notre huitième règles : les biens de la femme, les biens du mari sont inaliénables. A cause des développements qu'elles appellent encore, il valait cependant mieux distinguer, et nous traiterons désormais séparément de ces deux lois.

73. Pour établir que la dot est inaliénable, nous n'alléguons point le danger de récriminations de la part de l'épouse qui se plaindrait de n'avoir pas été partie à l'acte de mutation ou reprocherait au mari un abus d'influence. Nous entendons, en effet, la loi de l'inaliénabilité d'une manière qui laisse quelque peu possibles ces récriminations : nous croyons que la dot ne peut être aliénée, mais nous pensons aussi, comme nous le dirons plus loin, que le mari peut

aliéner seul les biens dotaux, lorsqu'en vertu d'une des exceptions dont nous allons parler, cette opération est permise. Nous ne dirons pas non plus : la dot ne peut être aliénée parce que l'intérêt de la femme veut qu'il en soit ainsi. Cet argument peut séduire : il répond à un juste sentiment de sollicitude pour la faiblesse ; mais il n'est pas concluant. Ce qu'il faut voir, c'est si le bien des enfants lui qui fait la loi du père et de la mère, demande ou défend que le patrimoine maternel soit aliéné.

Au moyen de preuve que nous avons employé s'ajoutent parfois l'un ou l'autre des deux motifs suivants. Le premier est la défense d'aliéner insérée dans une donation ou un legs faits à la femme. Cette stipulation ne saurait être lésionnaire, puisqu'il s'agit simplement d'une restriction à une libéralité : elle est donc valide. Même elle répond à une préoccupation légitime, celle du donateur d'assurer la perpétuité des traditions attachées à son bien. A côté de cette première cause accidentelle d'inaliénabilité nous mettons la substitution dont les biens de la femme seraient grevés de plein droit à titre d'héritage. Nous espérons, en effet, établir dans le chapitre de la société paternelle, qu'une personne est tenue, sauf exception, de laisser à son héritier les biens de famille qu'elle a recueillis elle-même par succession ou donation. S'il en est ainsi, la loi de l'inaliénabilité de la dot est considérablement corroborée par celle de la substitution des héritages. La dot n'est-elle pas le plus souvent une libéralité faite par le père ou la mère ?

74. Nous avons maintenant complètement établi notre principe. Le moment est venu de le limiter. Qu'il ne soit point absolu, c'est ce qui résulte déjà de notre démonstration. Pourquoi l'inaliénabilité dotale ? A cause des inconvénients qu'offrent une vente ou un échange pratiqués sur le patrimoine maternel. Or, avant même tout examen, il paraît inévitable que quelquefois ces inconvénients soient, comme



nous l'avons dit, compensés par un bien exceptionnel. Quand ce fait se produira-t-il? Incontestablement dans les cinq hypothèses suivantes : impossibilité de pourvoir autrement que par une aliénation de la dot à l'existence de l'épouse ou de son mari et de ses fils, détresse d'un parent ou allié que la mère a l'obligation de secourir, nécessité d'une aliénation de la dot pour l'établissement des enfants, avantage pécuniaire considérable devant résulter de l'aliénation d'un bien dotal, impossibilité pour les époux de tirer sérieusement parti, autrement qu'en l'aliénant, d'un bien destiné à servir. De là cinq dérogations à notre principe. Une sixième doit encore être admise. La règle de l'inaliénabilité dotale ne va pas jusqu'à s'appliquer à un objet sans importance au point de vue de l'intérêt pécuniaire et des traditions. Les biens de cette sorte peuvent être appelés choses minimales ou menus objets. Il y a donc lieu de distinguer six exceptions à notre loi. Reprenons-les brièvement.

75. La première n'a pas besoin d'être justifiée. Nous tenons cependant à faire remarquer que le bien des enfants lui-même la réclame, même si eux sont à l'abri du besoin. Nous signalons aussi une difficulté. Ne faut-il point assimiler à la misère l'impossibilité où se trouveraient, soit la femme, soit même le mari, de payer leurs dettes sans recourir à une aliénation de la dot? Cette question rentre dans celle du paiement des dettes qui sera traitée plus loin. Nous répondons cependant sommairement : à moins du cas exceptionnel d'avantage considérable dans la libération ou dans la substitution d'un bien à un autre pour le paiement, ne sont aliénables pour l'acquittement d'une dette que les biens dotaux déjà affectés conventionnellement ou de plein droit au paiement de cette obligation. Régulièrement il n'y a point de motif de toucher aux autres; la seule raison en sens contraire qui puisse se présenter à l'esprit : soustraire la personne du débiteur aux rigueurs intolérables de

son créancier, n'est pas réelle. Comme nous espérons l'établir plus loin, le conjoint débiteur n'a point à souffrir, dans sa personne, du non-paiement de la dette. Il n'est point sujet à la contrainte par corps. Mais nous avons réservé les hypothèses d'avantage considérable dans la libération. Citons les suivantes. Il s'agit d'éteindre une dette dont la cause divulguée est déshonorante, ou une dette fort lourde par suite d'intérêts, d'arrérages à payer ; ou bien il s'agit de régler une affaire, qui empêche d'en conclure une autre sérieusement bonne. Il s'agit enfin d'arrêter des mesures que le créancier prend contre la négligence du débiteur dans des cas particuliers où, malgré la leçon et l'avantage économique qu'elles apportent aux enfants, elles leur sont, par leur éclat, considérablement préjudiciables.

Il est évident, après la démonstration de notre première loi, que la dot ne devient aliénable pour cause de nécessité que si le chef de famille est sans ressources. Pareillement, si le mari insolvable recouvre des biens, il doit indemniser sa femme qui a aliéné pour lui.

Quand cette hypothèse d'insolvabilité se réalise, ce sont les menus objets, puis les acquêts, ces biens auxquels n'appartient pas le caractère de biens de famille, qui doivent être vendus les premiers. Leur aliénation, parce qu'elle atteint moins gravement le patrimoine des traditions, est moins préjudiciables aux enfants. Puis, viennent les biens de famille donnés à titre d'établissement : le donateur a consenti, par ce fait même, à ce qu'ils passassent les premiers parmi les biens patrimoniaux. Les biens qui deviennent ensuite immédiatement aliénables sont ceux de la personne qui, parmi les divers propriétaires primitifs dont proviennent les biens dotaux, aurait été au premier rang tenue de l'obligation alimentaire. Ne pas suivre cet ordre serait une injustice, ce serait diminuer sans raison la vie morale que par les souvenirs et spécialement par les biens gardiens des traditions les autres défunts ont conservée sur la terre.

A ces diverses distinctions s'en ajoute une autre relative, cette fois, à la nature des biens. Elle vient au second rang. Soit parmi les acquêts, soit parmi les biens de famille, les meubles deviennent aliénables les premiers. Le foyer, et après lui les autres constructions ou les champs sont les biens qui s'imprègnent le mieux des traditions et qui les conservent le plus fidèlement.

76. En second lieu, nous avons réservé l'hypothèse de détresse d'un parent ou allié que la mère a l'obligation de secourir. Cette obligation, en effet, peut selon la loi de charité s'étendre jusque sur le patrimoine. D'ailleurs, l'intérêt des fils n'est-il pas qu'ils apprennent de leurs parents la pratique de la solidarité entre proches ? Il est évident, toutefois, que cet intérêt n'est que secondaire par rapport à celui de l'avenir des enfants. Notre deuxième exception n'est donc admissible que dans les limites d'une aliénation peu préjudiciable, eu égard au caractère plus ou moins rigoureux de l'obligation alimentaire de la femme. Non moins évidemment, nous supposons que la mère n'a pas de revenus ou de gains avec lesquels son devoir d'assistance puisse être rempli. Enfin, comme la même personne appartient par ses ascendants à plusieurs groupes de parenté, nous réservons le principe que des biens ne peuvent être aliénés pour le soulagement d'un homme auquel ne devrait point d'aliments le parent qui a mis ces biens dans la famille où maintenant ils se trouvent. Le sort d'un patrimoine doit rester le même que si le propriétaire primitif continuait à vivre ; il faut, en effet, parce que le maintien des traditions le demande, que l'homme revive dans son successeur.

Il est clair, pareillement, qu'il n'y a pas de motif pour que les biens de l'un des époux soient entamés au profit d'un parent de l'autre.

Pour l'ordre à suivre dans les aliénations, nous nous référons à ce qui a été dit à propos du premier cas.

77. Nous passons à la troisième exception. Elle est relative au cas de nécessité d'une aliénation de la dot pour l'établissement des enfants. Dans cette troisième hypothèse, les avantages de la non-aliénation de la dot disparaissent devant un intérêt encore plus considérable. On n'objecte point, sans doute, que le bien des fils ne peut être maintenant allégué, parce que, si l'on touche à la dot pour cause d'établissement, ce fait se produira presque toujours au profit, non de l'ensemble, mais de l'un puis de l'autre des fils, dans le temps marqué pour chacun d'eux par les circonstances. La réponse serait trop facile. Ou bien les enfants que l'aliénation ne concerne pas sont déjà établis, et alors il est de leur intérêt moral qu'elle ait lieu : ne faut-il pas qu'ils ne puissent douter qu'à tous les enfants une carrière doit être ouverte par le père et la mère ? Ou bien, à l'inverse, les enfants pour qui l'aliénation n'est point faite attendent encore leur établissement ; en ce cas, ils trouvent dans l'aliénation un précédent nécessaire à leur avenir.

La troisième dérogation au principe de l'inaliénabilité dotale est donc fondée ; mais relativement à son étendue, nous devons faire une observation importante. D'après la première loi du régime matrimonial, les charges du ménage ne pèsent sur la femme qu'à défaut de ressources du mari ; les époux ne peuvent donc toucher à la dot pour l'établissement des enfants lorsque le père a lui-même assez de fortune pour leur procurer la situation que les parents leur doivent.

Quand les biens de la femme deviennent aliénables en vertu de la troisième exception, ils ne prennent ce caractère que suivant les distinctions précédemment faites aux points de vue de l'origine et de la nature des biens.

78. En quatrième lieu, nous avons réservé l'hypothèse d'un avantage considérable promis par l'aliénation d'un bien dotal. Ainsi une occasion se présente pour céder, moyen-

nant un bon prix, un droit litigieux, une valeur aléatoire comme il s'en voit tant à notre époque ou une créance sur un débiteur insolvable. Le bon sens dit que les inconvénients de l'aliénation ne sont pas tels qu'il faille encore s'y arrêter dans les cas que nous supposons. Sans doute, ces inconvénients sont surtout d'ordre moral, et dans l'appréciation de l'avantage, il faut tenir compte de leur gravité particulière comme aussi de l'importance du maintien du principe de l'inaliénabilité ; mais s'il est une vérité acceptée par tous, c'est assurément que pour un intérêt matériel particulièrement important, il est permis ou même il y a obligation de faire un acte dont, au point de vue moral pris exclusivement, il vaudrait mieux s'abstenir.

Seulement il est clair qu'en vertu de la loi qui leur prescrit de faire ce que le bien de leurs enfants demande, les parents sont tenus de faire bon usage de l'équivalent de la chose aliénée. C'est ainsi qu'avec le prix de vente ils doivent, s'ils le peuvent, acquérir en remploi un fonds de terre pour la femme. Le remploi est l'acquisition d'un bien avec le prix d'une autre chose aliénée. La terre n'est pas seulement le plus durable, elle est aussi le plus moralisateur des biens économiques. Outre que de toutes les formes de la richesse elle est, après l'habitation, celle qui s'imprègne le mieux des traditions et qui les conserve le plus fidèlement, elle rappelle plus éloquemment et plus continuellement à son maître la dépendance de l'homme vis-à-vis de Dieu ; avec une nécessité plus urgente elle impose le devoir salutaire du travail. Cependant la supériorité du remploi que l'on peut appeler rural n'est point immanquable. En fait, l'achat d'une maison, par exemple, s'il n'y a pas de foyer paternel et si le mari n'est pas en état d'acquérir ce bien primordial, un placement d'argent ou un remploi mobilier peuvent être plus avantageux. Alors, mais seulement si la différence est grande, car il faut maintenir le principe, les

parents ne doivent ni ne peuvent remplacer par un fonds de terre le bien dotal aliéné.

Lorsque l'avantage à réaliser doit profiter spécialement à l'ensemble des biens laissés par un certain parent, il n'est que juste que ce soit une des parties de ce patrimoine qui soit aliénée.

79. Cinquièmement, ne sont pas inaliénables les biens de la femme destinés à servir et dont les époux ne peuvent tirer sérieusement parti qu'en les aliénant. Par ces mots : biens destinés à servir, nous entendons les biens qui, à cause de leur nature ou de la condition des parties, doivent être raisonnablement considérés entre les mains des conjoints comme ayant un rôle pécuniaire et non comme ayant seulement un rôle moral, ainsi qu'ont les portraits, ou une destination d'agrément. S'il arrive qu'on ne puisse tirer sérieusement parti des biens que nous avons en vue qu'au moyen d'une aliénation il est clair que celle-ci devient licite : l'intérêt des enfants la réclame. Le cas que nous venons de prévoir est fréquent. Il s'agit, par exemple, d'un capital en argent, d'un domaine donné à la femme, mais que ni le mari ni la femme ne peuvent administrer, même par un fondé de pouvoirs. Il s'agit d'un animal, d'un instrument de travail que ni l'un ni l'autre des conjoints n'est en mesure d'utiliser. Nous ne mentionnons pas les produits des biens de la femme, car nous avons prévenu, dès le commencement de notre étude, qu'ils restent en dehors de la loi de l'inaliénabilité.

80. La sixième et dernière exception se distingue essentiellement des précédentes. Celles-ci, sauf l'inaliénabilité pour cause de détresse d'un parent de la femme, sont des conséquences, accidentelles il est vrai, de ce qui est la première loi des parents : le bien des fils. Au contraire, si un objet dotal sans importance aux deux points de vue de l'intérêt pécuniaire et des traditions est aliénable, ce n'est évidemment pas l'intérêt des fils qui le veut, directement du moins.



Comment donc se justifie la présente dérogation à notre principe ? Il faut d'abord la bien comprendre. Nous ne prétendons point que parce qu'un objet dotal est sans importance, il soit aliénable par le mari : il ne lui appartient point, et l'intérêt des enfants ne demande pas ici que le père puisse aliéner à la place de son épouse ; notre pensée n'est pas non plus que la femme puisse aliéner ce bien sans l'autorisation de son mari : ce serait contraire à la loi de l'administration maritale et à une autre dont il sera parlé plus loin. Ce que nous disons seulement, c'est donc qu'avec l'autorisation formelle ou tacite de l'époux, la femme peut aliéner une chose sans importance, même si cet acte ne rentre dans les termes d'aucune des dérogations que nous avons faites. Pourquoi cette concession ? Parce que sans elle la règle de l'inaliénabilité dotale dépasserait les limites du précepte de charité. L'aliénation dont il s'agit n'est guère préjudiciable. Grâce au peu de valeur pécuniaire de l'objet, elle n'expose point à une perte sensible, et n'attirant guère l'attention elle ne porte qu'une légère atteinte à la stabilité ; enfin, d'après ce que nous supposons, elle n'entame point sérieusement le patrimoine des traditions. Que la mère s'abstienne de la vente ou de l'échange d'un objet sans importance, c'est donc un sacrifice peu profitable aux enfants. Dès lors, il est trop grand pour que la loi de charité l'impose à la femme qui veut faire une aliénation, parce qu'il constitue, à raison même de son insignifiante efficacité, un asservissement humiliant pour la dignité maternelle. De cette considération une autre toute différente se dégage. C'est que si l'aliénabilité d'un objet dotal minime n'est point en elle-même directement réclamée par l'intérêt des fils, elle l'est d'une façon indirecte. Il ne serait point bon pour les enfants que la mère fût esclave de leur bien.

Prévoyons une objection. Nous avons réservé la nécessité de l'autorisation maritale ; après cela, comment alléguer

que s'interdire l'aliénation des objets sans importance sera pour la femme un sacrifice trop considérable ? Ce sacrifice nous-même ne l'imposons-nous pas ? Oui, mais nous l'imposons quand la propriétaire n'est point autorisée par son mari à se dépouiller, et alors le sacrifice est minime et la soumission à l'homme n'a dans l'hypothèse, ordinairement, moins, rien d'humiliant pour la femme. Que si les restrictions d'autorisation sont vexatoires, la femme peut passer outre, mais dans leur appréciation elle doit tenir compte des exigences du maintien de la paix et de l'inconvénient d'une dérogation à l'ordre normal.

Nous devons faire remarquer que si les aliénations de choses minimales s'appliquent, en se répétant ou en un grand nombre de fois, à beaucoup d'objets, les motifs de l'inaliénabilité finissent par disparaître.

On doit aussi ne pas oublier que tel bien qui n'est rien dans un ménage, aura, dans un autre moins riche, une valeur importante.

81. Nous avons traité séparément de chacune des exceptions au principe de l'inaliénabilité de la dot. Mais une question générale se pose à leur sujet. Si elles sont réclamées, au moins indirectement, par l'intérêt des enfants qui est la cause régulière de cette inaliénabilité, sont-elles conciliables avec les motifs accidentels de notre loi : une défense faite par un donateur et la loi de la substitution ? En ce qui concerne la première exception, la solution variera nécessairement selon les faits, car l'interdiction d'aliéner peut être, suivant la volonté du stipulant, plus absolue que notre règle de l'inaliénabilité et cependant demeurer valable, alors même elle n'a rien de lésionnaire puisqu'elle reste une simple restriction à une libéralité et d'autre part on peut supposer que le donateur n'est pas parent ou ne serait pas tenu, à ce titre, à faire l'aliénation qu'il défend. Par conséquent les exceptions devront disparaître autant qu'il est possible.

nécessaire pour le respect des intentions du donateur ou testateur. Quant à la loi de la substitution nous verrons dans le chapitre VII qu'elle admet précisément les mêmes exceptions que la règle de l'inaliénabilité dotale. La raison en est simple. Les exigences directes et indirectes du bien des enfants de la femme héritière affectent le patrimoine du parent décédé comme l'avoir personnel de la mère, quoique moins rigoureusement : ce n'est pas seulement au père et à la mère que s'impose la loi de la sollicitude pour les proches. Du côté de la loi de la substitution nos exceptions sont donc admissibles, sauf un ordre à établir, comme nous l'avons déjà dit, suivant le degré de proximité du parent propriétaire primitif, sauf aussi cette considération dont nous avons déjà tenu compte que des biens ne peuvent être aliénés pour l'assistance d'un parent de la femme qui n'aurait pas droit à des aliments de la part du propriétaire primitif.

Tel est le principe que les biens de la femme ne peuvent être licitement aliénés par vente ou par échange.

82. Nous avons dit aussi qu'ils ne pouvaient l'être par donation, c'est-à-dire par contrat à titre gratuit. Il est évident d'abord qu'ils ne peuvent être donnés à d'autres qu'aux enfants. Le père et la mère, tenus de faire le plus de bien possible à leur postérité, doivent lui réserver leurs patrimoines. Cependant, même dans cette première acception, notre principe ne se présente point avec un caractère absolu. Les donations qui ne feraient que correspondre à une obligation alimentaire de la femme n'ont évidemment rien d'illicite. Ce que nous avons dit des aliénations d'objets minimes à titre onéreux, démontre également, malgré l'absence de prix, la légitimité des libéralités sans importance. Nous avons déjà admis entre époux cette sorte de dispositions.

Les biens de la femme ne peuvent non plus être aliénés par donation au profit d'un enfant. Ce serait un changement

apporté dans la situation du ménage pour qui les biens dotaux sont une ressource extraordinaire; ce serait une diminution du pouvoir d'administration du mari, même si l'enfant était encore dans l'état transitoire de minorité. Ce serait un changement aussi dans la situation de la femme. Or, la stabilité, l'absence d'amoindrissement des parents est important à l'esprit de tradition. Ajoutons accessoirement que la libéralité pourrait encore se trouver contraire, soit à la loi de la substitution soit à la loi de l'aînesse que nous espérons établir dans le tome troisième. Ce sont là les motifs pour lesquels les biens de la femme ne peuvent être aliénés par donation au profit d'un enfant. Deux exceptions doivent être faites, mais elles sont évidentes : les biens dotaux sont aliénables par donation, exactement comme par vente, pour cause d'établissement des enfants; les libéralités modiques ou de menus objets sont permises.

83. Quand il y a lieu à vente ou échange, par suite de l'une ou de l'autre des cinq premières exceptions au principe de l'inaliénabilité, les conjoints ont l'obligation, le mari surtout, de veiller à ce que dans le pacte une clause de réméré ou de retrait soit insérée pour le cas de revente. Ce devoir a pour motif la sauvegarde, dans la mesure où elle est possible, des avantages de l'inaliénabilité. Il ne s'impose point sous peine de nullité de l'opération puisqu'il y a dans nos hypothèses d'exception au principe de l'inaliénabilité une nécessité à laquelle un intérêt supérieur demande qu'il soit pourvu, mais le devoir qui nous occupe peut aussi aller jusqu'à ne consentir qu'une vente temporaire. Seulement c'est à peine s'il y a lieu de le mentionner : difficilement à cette condition on trouvera un acheteur. Nous venons de parler de la stipulation de réméré. Dans le cas où il y a lieu à donation pour l'établissement d'un enfant, la clause de réversion est pareillement obligatoire pour l'hypothèse de disparition de cet enfant et de sa postérité, d'extinction de sa branche suivant la formule habituelle.

84. Dans toutes nos explications, nous avons pris la loi de l'inaliénabilité dotale avec cette signification : l'aliénation des biens de la femme est illicite ; mais dès le début de la présente étude nous avons annoncé que cette règle veut dire aussi que l'aliénation d'un bien dotal est nulle ou sans effet. Nous rappelons toutefois qu'après l'énoncé de nos règles nous avons déclaré ne pas nous opposer absolument, à cause du peu de différence au point de vue pratique, à ce que nos affirmations fussent prises comme l'expression de simples convenances. Cette réserve et aussi ce qui l'accompagne une fois remis en mémoire, nous disons : le tiers ne devient point propriétaire. Notre loi a force irritante, elle n'est pas simplement prohibitive. C'est cette thèse que nous allons maintenant établir. Par quel moyen ? Il ne suffirait pas de dire : le mari n'a point qualité pour transférer la propriété de biens qui ne lui appartiennent pas. Ce que nous soutenons, en effet, ce n'est point précisément que l'aliénation du patrimoine de la femme par le mari est invalide, mais qu'elle l'est quelle que soit la manière dont elle a eu lieu, et, par conséquent, même malgré le consentement de la femme. Pour refuser au tiers le pouvoir légitime d'avoir la chose aliénée, ce n'est donc point le droit de propriété de l'épouse qu'il nous est permis d'alléguer.

Ce que nous invoquons, c'est l'absence de ratification divine du contrat intervenu. Nous l'avons déjà dit : l'homme tout seul ne peut pas s'obliger. Si le Créateur ne nous commande point de respecter les engagements pris, nous ne sommes point liés par notre parole : finalement notre unique devoir est la soumission à celui qui nous a faits. Le pacte d'aliénation de la dot n'est, dès lors, point valide, si Dieu n'en prescrit l'exécution. Or, au témoignage de la raison qui est pour la créature humaine l'interprète de la volonté suprême, Dieu ne sanctionne point le contrat apparent dont il s'agit. Pour établir cette vérité, nous raisonnons

de la manière suivante. Le Souverain Ordonnateur de toutes choses peut, sans doute, permettre matériellement ce qui est contraire à sa gloire, mais il ne l'impose jamais, car il est trop sage pour ne pas assigner à ses actes un but digne de lui, et comme il est le seul être par essence, rien n'est digne de lui que lui-même ; dès lors, si l'exécution du pacte d'aliénation dotale est contraire à sa gloire, le législateur suprême ne l'impose pas. Il ne sanctionne point la convention. La question qui se pose est donc celle-ci : la gloire de Dieu demande-t-elle que le pacte d'aliénation du patrimoine maternel reste sans effet ? Mais il est clair, après tout ce qui précède, que cette question doit être résolue affirmativement. N'avons-nous pas établi que les traditions se conservent par la stabilité des biens dans les familles ? Et d'autre part, nous savons qu'il importe à la gloire même directe de Dieu, que cette force morale ne soit point contrariée : grâce au respect instinctif de l'homme pour ses ancêtres, elle contribue puissamment au règne de la vérité et de la vertu. Il n'y a donc point de ratification divine de la convention qui nous occupe. Toutefois les six exceptions que nous avons admises au point de vue de la licéité se représentent ici. La raison juge que dans les cas auxquels elles se rapportent Dieu sanctionne les aliénations. Nous l'avons vu, en effet, elles sont fondées sur la considération d'un bien plus important aux yeux de la raison que ne l'est le préjudice causé par elles aux traditions ; Dieu, dont la raison est l'interprète, ne considère donc plus le tort fait à ces dernières.

Notre doctrine reste-t-elle vraie, si le père et la mère ne créent que de mauvaises traditions ? Une question semblable a été posée au point de vue de la licéité. Nous répondons brièvement : oui, car alors même le pacte d'aliénation est nuisible aux bonnes traditions qui, du moins, pourront s'établir ; il l'est comme exemple d'instabilité du patrimoine.

Au fond de notre démonstration de la nullité de l'aliénation



dotale, nous retrouvons, on l'aura remarqué, un motif général de l'illicéité de cet acte. C'est toujours l'atteinte aux traditions qui est invoquée; seulement nous rapprochons ici de cet effet de l'aliénation les trois idées qu'un pacte n'est point valide sans la ratification divine, que Dieu ne peut sanctionner une convention qui est nuisible à sa gloire et que tel est le caractère du pacte d'aliénation dotale.

Pareillement, les deux causes qui accidentellement rendent illégitime l'aliénation du patrimoine maternel font aussi qu'elle est nulle. Ce sont une clause d'inaliénabilité insérée dans une donation ou un legs faits à la femme, et la loi de la substitution des biens de famille.

En premier lieu, si celui qui donne une chose ne confère point le pouvoir de l'aliéner, le donataire ou légataire n'acquiert pas ce droit. Cette vérité est pour nous évidente. La volonté du disposant est légitime; Dieu qui veut le respect mutuel des hommes ne se prête donc point à ce qu'elle soit violée; il ne sanctionne point l'aliénation. Cependant généralement on rejette la doctrine que nous soutenons; on considère la faculté de disposer comme une partie intégrante de la propriété. Mais c'est là une erreur que l'influence de la définition écrite dans les textes romains et reproduite par l'article 544 du Code civil nous paraît seule rendre explicable (1). Qu'est-ce qui peut mettre obstacle à ce qu'une personne ait le droit d'avoir une chose premièrement pour elle et soit en même temps privée de la faculté d'aliéner ce bien? Dans cette situation il n'y a rien qui implique soit contradiction, soit désordre moral. Pratiquement, du reste, chacun le reconnaît. qui songerait à dire que, dans le système de la législation française, la femme mariée sous le régime dotal ne soit point propriétaire de la partie de ses biens qui est indisponible?

---

(1) Article 544 du Code civil: « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

Secondement, la loi de la substitution peut aussi entraîner la nullité des aliénations dotales. La loi de la substitution a ce sens que l'aliénation des biens de famille n'est pas seulement illicite, mais invalide. Notre point de départ est toujours le même : Dieu ne peut sanctionner une convention qui est contraire à sa gloire ; or, d'un autre côté, tel est le caractère de l'aliénation d'un bien de famille. Il est indubitable, en effet, qu'elle diminue l'autorité des traditions. Les héritages conservés dans une famille rappellent les ancêtres. L'aliénation n'est donc pas seulement interdite à un successeur, elle lui est impossible, et dès lors, indépendamment des deux causes de nullité déjà étudiées, l'aliénation dotale est invalide lorsqu'elle a un bien de famille pour objet.

85. Du principe de la nullité de l'aliénation dotale on conclura aisément que le tiers acquéreur doit rendre le bien transmis si quelqu'un de compétent le réclame. Mais cette obligation doit être atténuée comme le devoir semblable dont nous avons parlé à propos de la loi de l'administration maritale.

Il est évident que celui des époux qui a le prix en main peut être contraint à restituer. Si l'époux débiteur du prix le refuse, le tiers a-t-il le droit de déduire de sa propre restitution l'équivalent de ce qui lui est dû, plutôt que de contraindre au remboursement ? Non, ce serait donner force à un acte nul. Du moins, le tiers qui ne peut recouvrer le prix ou la chose qu'il a donnée en échange n'a-t-il pas le droit de garder le bien aliéné ? Évidemment non, si cette impossibilité n'est pas imputable à la femme. Pour la solution de l'hypothèse inverse, tout en admettant en principe le droit à une réparation, nous renvoyons à l'étude du paiement des dettes. Nous ferons de même pour le cas suivant. Par ses manœuvres la femme a persuadé au tiers qu'il pouvait acquérir : elle a caché sa qualité de femme mariée ou fait

croire à la réalisation d'une des hypothèses d'aliénabilité. Alors, si la femme ne peut restituer, le tiers est-il fondé à retenir à titre de paiement, jusqu'à concurrence du prix qu'on lui doit, le bien aliéné et peut-il en outre, exercer un droit de rétention en dédommagement du préjudice que lui causerait l'invalidité du contrat ? Nous disons, d'ailleurs, dès maintenant, que ces deux questions doivent être résolues négativement.

Le tiers qui de bonne foi et sans négligence a disposé de la chose et des fruits doit-il les restituer en équivalent ? Oui, s'il a profité de la dépossession ; non, dans le cas contraire. Enfin, la perte fortuite libère le tiers dans le cas de détention non coupable.

86. Qui peut invoquer la nullité de l'aliénation dotale ? Le mari, puisqu'il est le gardien de la dot. Pour le même motif, la femme ne peut faire prononcer ni comme demanderesse, ni définitivement, la nullité, sauf les cas urgents d'incurie du mari. Que si le tiers agit contre elle en exécution d'un contrat d'aliénation, elle opposera une fin de non-recevoir résultant de l'incapacité créée par la loi de l'administration maritale. Après la mort de l'un ou de l'autre des conjoints, leurs droits passent à leur héritier ou à l'héritier spécial du bien de famille aliéné. Les successeurs peuvent même agir du vivant des époux lorsque l'incurie de ceux-ci appelle les premiers à remplir déjà leur mission de continuateurs. Ne s'agit-il pas, d'ailleurs, simplement d'empêcher la violation d'un droit non susceptible de renonciation ? Ces solutions, ne nous paraissent faire aucune difficulté ; mais le tiers peut-il se prévaloir de ce que la convention est nulle, afin d'en refuser l'exécution ? Nous répondons affirmativement. Pourquoi la gloire de Dieu s'oppose-t-elle à ce qu'il sanctionne le pacte d'aliénation dotale ? Parce que cette convention nuit au maintien des traditions. Or, ce motif demeure, que ce soit l'un des époux ou que ce soit l'acquéreur qui invoque la nullité. Celui-ci peut

donc réclamer l'inexécution du contrat. Aux conjoints qui exigeraient l'accomplissement de sa promesse, il est fondé à répondre : je ne suis point obligé ; et s'il a déjà acquitté son engagement, la répétition, non plus seulement à titre de défense comme plus haut, lui est permise : il a payé ce qu'il ne devait point. On dira peut-être : — Cette argumentation serait juste si le pacte dont il s'agit était toujours invalide, mais, loin de là ; le principe de l'inaliénabilité du patrimoine maternel comporte des exceptions assez nombreuses, selon ce qui a été dit précédemment. Or, ni l'un ni l'autre des époux n'est obligé de s'en rapporter à un étranger sur la question de savoir si l'aliénation consentie rentre dans la règle plutôt que dans l'une des hypothèses réservées. Ce sont eux, au contraire, qui ont la compétence à cet égard. — Cette objection ne saurait nous faire abandonner notre doctrine, car elle n'y touche même que partiellement. Elle ne vise que l'hypothèse où il y a doute sur la nullité de l'aliénation. Même appliqué à ce cas, l'argument auquel nous répondons n'est pas juste. Une conclusion doit être en rapport avec ses prémisses. De ce que le conjoint auquel l'acquéreur refuse l'exécution ou contre lequel la restitution est demandée se trouve mieux en état que le tiers de juger de la validité possible de l'aliénation dotale, il serait manifestement excessif de déduire que toujours son opinion fera loi pour l'autre partie. Ce qui est vrai, c'est que dans la formation de sa conscience le tiers devra tenir compte de la garantie spéciale de discernement qu'offrent les parents. Et encore, cette considération a-t-elle assez peu d'importance, puisque, dans la société politique, le devoir de l'acquéreur, en cas de litige, sera de s'en rapporter à la décision du juge.

D'où vient l'erreur que nous venons de combattre ? Sans doute de ce qu'on est habitué à considérer la nullité des aliénations dotales comme établie simplement par les législateurs.

lateurs positifs et comme susceptible, dès lors, d'effets relatifs. Nous faisons remarquer que même dans le cas où le contrat leur profite les tiers ont un intérêt très plausible, car il est d'ordre moral, à invoquer la nullité : celui de ne pas s'enrichir aux dépens de la femme. Il est légitime aussi de leur part de ne pas vouloir d'une situation incertaine.

87. Toutefois à la doctrine que nous venons de défendre il semble qu'il y ait lieu d'apporter une restriction. Ne faut-il pas dire que le tiers qui, par suite de perte fortuite et sans détention coupable, n'a plus le bien dotal à lui remis, ne peut, à l'effet de rentrer en possession de l'équivalent qu'il a fourni, invoquer la nullité? N'avons-nous pas fondé celle-ci sur les exigences du maintien des traditions? Or, précisément, ce bien s'oppose à ce que, dans notre hypothèse, le tiers se prévale de la nullité; le résultat de sa réclamation ne serait autre qu'une nouvelle perturbation toute gratuite : l'épouse perdrait, sans recouvrer la chose dotale, l'équivalent qu'elle possède. Nous n'admettons pourtant pas cette exception ; la justice s'y oppose. Dieu ne veut pas donner à la femme ce qui appartient au tiers. Voilà ce que dit la raison. Or, c'est ce que Dieu ferait s'il enlevait à l'acquéreur un prix qui était resté le sien, puisque le contrat ne s'est point formé, pour l'attribuer à l'autre partie. Dirait-on : Dieu ne fait ainsi que sanctionner le contrat? Mais ce serait exprimer cette idée que la raison rejette comme absurde : Dieu sanctionne le pacte d'aliénation dotale à partir du moment où il ne peut plus être exécuté. D'ailleurs, faire le déplacement de propriété dont il s'agit, ce ne serait pas sanctionner le contrat. Le tiers n'a promis la somme qu'autant, non pas, sans doute, qu'il conserverait à l'abri de toute perte la chose dotale, mais qu'il acquerrait un droit sur elle.

Seulement n'oublions pas que si le tiers, avec intention de nuire, a détruit le bien dotal, il doit indemniser. S'il refuse

de le faire, la femme deviendra propriétaire du prix, jusqu'à concurrence des dommages-intérêts qui lui sont dus.

C'est de la nullité de l'aliénation dotale par vente ou échange que nous sommes occupés spécialement jusqu'ici. Mais la même doctrine est applicable sans difficultés aux donations. Faites à des tiers, elles privent la famille de biens que par leur ancienneté, par les souvenirs qui s'y rattachent et grâce à l'influence morale de la conservation des ressources, sont utiles au maintien des traditions. Faites à un enfant, elles nuisent encore aux traditions, parce qu'elles en contrarient le culte ; elles apportent, en effet, des changements dans la situation économique du ménage, dans les droits du mari et la propriété de la mère ; elles amoindrissent les parents. Les donations comme les aliénations à titre onéreux restent donc sans la sanction divine.

88. Les époux peuvent-ils écarter la loi de l'inaliénabilité de la dot par une convention soit entre eux, soit avec d'autres personnes ? Evidemment non. Comme prohibition notoire, ce principe est au dessus de la volonté des conjoints, puisque nous l'avons fondé sur le devoir du père et de la mère de procurer le bien de leurs enfants ; que si nous prenons la même loi avec sa force irritante, il est clair que la renonciation des époux ne saurait déterminer Dieu à sanctionner un pacte contraire à sa gloire. Pareillement, les époux ne peuvent renoncer aux exceptions que comporte la règle de l'inaliénabilité dotale ; ils ne le peuvent ni licitement ni même valablement. Ces restrictions, en effet, sont commandées par le bien des enfants, et cet intérêt ne peut être compromis par des contrats. Ici se place une observation relative à l'hypothèse où l'avantage considérable qui rend aliénable un bien comprend la possibilité d'un remplacement. L'aliénation ne devient valable qu'après le remplacement. L'aliénation ne devient valable qu'après le remplacement, puisque nous supposons que sans lui il n'y a pas de cause d'inaliénabilité. Mais l'aliénation est valide, quelque fâcheuses que



soient les suites de l'opération pour l'ancien propriétaire. Elle est définitive pour l'acquéreur, lui aussi court les mauvaises chances ; le sort de l'autre partie ne saurait être différent.

Terminons en faisant remarquer que notre règle s'applique aux concessions d'usufruit ou d'autre servitude. Ce sont des aliénations partielles, et elles ont, quoique dans une mesure moindre, les inconvénients d'aliénations dotales. Souvent elles substituent une somme d'argent à une valeur d'usage inhérente à un capital fixe ; elles portent atteinte au caractère d'ancienneté des biens qu'elles modifient, et en les modifiant, en les faisant moins précieux, elles les rendent moins propres à la conservation des traditions.

89. Dans notre démonstration de l'inaliénabilité des biens de la femme nous ne nous sommes pas fondé sur l'histoire de la dot chez les Romains et parmi les peuples qui ont adopté leur droit. Cet argument ne saurait suffire dans une œuvre comme la nôtre, mais il a pourtant une certaine valeur. Celle-ci est même d'autant plus grande que si les coutumes ne formulaient point le principe de l'inaliénabilité dotale elles en consacraient un autre qui protégeait largement aussi les biens de la femme, celui de l'inaliénabilité des biens de famille ou des propres.

#### HUITIÈME RÈGLE.

*Les biens du mari sont inaliénables.*

90. Nous avons établi cette règle en même temps que la précédente. Les restrictions que nous avons apportées à cette dernière doivent aussi de nouveau être admises. Personne ne le niera. On sera bien plutôt tenté de dire : — Ces dérogations ne suffisent point ; la règle elle-même doit être rejetée. Elle comprime d'une façon déraisonnable l'esprit

d'initiative dont l'homme est doué. — Voici notre réponse. Sans parler de la dérogation relative aux menus objets, la quatrième des exceptions que nous avons faites est relative au cas d'une aliénation offrant un avantage considérable. Qui est-ce qui ne peut, sans un grand sacrifice, s'abstenir de se dépouiller dans des circonstances moins sûres? Personne oserions-nous répondre, mais en tout cas ce n'est point celui qui a la responsabilité d'une famille, car l'instinct de conservation se développe en lui et les inconvénients qu'une aliénation entraîne ne lui échappent pas, ou bien à tout le moins, il n'y a point pour lui un sacrifice excessif à ne pas faire souffrir les siens de ses désirs de changement. En ce qui concerne les héritages recueillis par le mari, l'objection du besoin de liberté pour l'homme est encore plus manifestement mal fondée. Laisser à une famille un avoir qui provient d'elle, comment cet acte de respect coûterait-il à un successeur équitable? D'ailleurs, ici c'est la loi de justice qui parle. Ce n'est donc point dans l'affranchissement de la loi de l'inaliénabilité que l'esprit d'initiative particulier à l'homme peut ambitionner de trouver une satisfaction. Mais il est un privilège dont nous allons bientôt l'admettre à jouir : tandis que la femme, quand il y a exception au principe de l'inaliénabilité dotale, ne peut vendre, échanger ou donner sans l'autorisation de son époux, celui-ci peut alors aliéner seul, quoiqu'il ne soit point le propriétaire. A plus forte raison a-t-il même liberté relativement à son patrimoine.

Pour l'explication de cette huitième règle, nous nous référons purement et simplement à ce qui a été dit de la précédente.

Au point de vue de la relation entre ces deux lois, se présente une question que nous avons aussi déjà résolue. Quand la détresse du ménage ou l'établissement des enfants demande une aliénation, sur quels biens celle-ci portera-t-elle? Premièrement sur ceux de l'homme. C'est une

conséquence de la première loi. Il en résulte également que si, faute de ressources du mari, la femme a dû aliéner, elle a droit à une restitution de la part du mari revenu à meilleure fortune.

#### NEUVIÈME RÉGLE.

*Le mari peut aliéner seul les biens dotaux quand il y a exception à la loi de l'inaliénabilité.*

¶. Nous écartons, suivant ce qui a été dit, l'exception relative aux menus objets pris comme tels. Quel motif de permettre au mari de dépouiller sa femme sous prétexte que la chose aliénée est sans importance ? Mais quand il s'agit de l'hypothèse de nécessité, d'une détresse que l'épouse doit secourir, de l'établissement des enfants, d'un avantage considérable à réaliser, ou enfin, en cinquième lieu, de l'impossibilité de tirer sérieusement parti d'un bien dotal autrement qu'en l'aliénant, le mari peut disposer seul de l'avoir de sa femme.

Le bien des fils demande, en effet, que la mère laisse alors son mari aliéner une chose dotale comme si celui-ci en était propriétaire, ou qu'elle ne s'oppose point à l'efficacité des actes ainsi passés. C'est là le meilleur moyen que des aliénations soient faites quand il y a lieu et qu'elles soient conclues dans les meilleures conditions, puisque l'homme offre des garanties spéciales d'intelligence et de décision et que ces qualités seraient au moins en partie annihilées si la volonté plus éclairée et plus ferme était liée à celle qui l'est moins. L'épouse a donc le devoir de respecter les actes d'aliénation consentis par le mari dans les hypothèses que nous avons rappelées : l'intérêt des enfants n'est-il pas la loi de leurs auteurs ? Or, à cette obligation, parce qu'elle est précise, correspond nécessairement un

droit chez le père. Il est évident, d'autre part, qu'un changement de manière de voir du mari après le contrat importerait peu. La personnalité du tiers a pu, grâce à l'aliénation par le mari, s'étendre légitimement ou d'une manière conforme à la raison : le droit de l'acquéreur a pu naître. Après, les époux se trouvent en face d'un droit établi ; il faut le respecter. Telle est la démonstration de notre règle. Celle-ci reste, d'ailleurs, vraie, quand le mari n'a point la supériorité d'aptitudes que nous venons d'alléguer, car la femme demeure alors tenue du même devoir : pour la sauvegarde de l'avenir, elle doit éviter de compromettre par son attitude le maintien d'une loi de la famille.

Dans l'hypothèse d'aliénation pour l'établissement des enfants, nous comprenons la donation comme la vente. Il n'y a pas de motifs de distinguer.

92. Notre loi n'est point absolue. Le pouvoir qu'elle consacre, quoique relatif seulement à nos cinq hypothèses exceptionnelles, ne peut pas être illimité. Comme son fondement est l'intérêt des enfants, il est permis à la mère de s'opposer à une aliénation maladroitement négociée, surtout si le père n'a pas en réalité la supériorité intellectuelle, car nous avons vu et rappelé déjà que dans l'observation d'une loi à titre seulement de maintien de l'ordre normal, on ne doit pas un sacrifice aussi grand que dans le cas où cette loi apparaît avec l'avantage essentiel en vue duquel elle existe. Nous ne rappellerons plus cette atténuation. Mais aussi, d'autre part, dans l'exercice de son droit d'opposition, la mère doit agir avec circonspection. Pareillement à ce qui a été dit plus haut au sujet des actes abusifs d'administration, elle est tenue de faire les sacrifices raisonnables que demande le maintien de la paix, et elle se trouve aussi obligée à une grande réserve par suite du devoir de ne point compromettre aux yeux des enfants la loi du pouvoir marital d'aliénation. Ce que l'on peut affirmer pleinement, c'est que

cette prérogative ne doit plus être reconnue par la femme, quand celle-ci est autorisée par l'indignité ou l'incapacité de son conjoint à ne point le considérer comme administrateur de la dot. Le droit de gestion offre, en effet, moins de périls que celui qui nous occupe. Le second disparaît donc nécessairement avec le premier. Mais alors surgit la question suivante : l'homme qui, conformément à ce que nous avons exposé dans l'étude de la quatrième règle, prend, au défaut du père, la garde du patrimoine maternel, a-t-il aussi le pouvoir d'aliénation ? La mère doit-elle le lui reconnaître ? Certainement. L'intérêt des enfants réclame la stabilité, garantie de la perpétuité des traditions ; il veut donc que le nouvel administrateur, lequel, du reste, est celui que l'ordre normal présente comme le meilleur continuateur du père, le continue exactement.

93. Dans les limites de son pouvoir d'aliénation, l'homme a des obligations à remplir. Nous ne ferons que les indiquer ; elles sont analogues aux devoirs du mari administrateur. Le père doit user de son droit le mieux qu'il peut, moralement parlant. Il est tenu de consulter sa femme sur les aliénations qu'il projette. De plus nous maintenons ce que nous avons dit, par anticipation, de la situation du fils aîné près du père. Obligé de se préparer en lui un successeur ou de se l'associer, celui-ci doit, pour la formation de l'héritier présomptif, prendre ses avis.

La séparation de corps prive-t-elle l'homme de son pouvoir d'aliénation de la dot ? Evidemment non. Ainsi que nous l'avons fait remarquer dans l'étude déjà rappelée, la circonstance que nous supposons n'empêche point la supériorité de l'intelligence et de la volonté de l'homme, ou bien elle ne fait pas que l'exemple de la soumission à une loi habituellement applicable ne demeure utile aux enfants.

Notre règle peut-elle être invoquée par les tiers, à l'effet de prendre possession de la chose dotale aliénée ou de la

conserver ? Dans la démonstration de notre principe, cette question se trouve déjà résolue affirmativement. Mais aux contrats d'aliénation passés régulièrement par l'homme ne peuvent être attaqués par les tiers, sous prétexte que la femme n'a point consenti. Ceux-ci commettraient l'injustice de méconnaître le droit que notre règle consacre.

Que si l'homme a, par de mauvais contrats, excédé le droit, on retombe dans l'application de la loi de l'inaliénabilité, et nous savons que la nullité qui en résulte est opposable par les tiers.

Le mari peut-il renoncer à sa faculté d'aliénation ? Peut-il, à l'inverse, faire disparaître par contrat les restrictions dont nous l'avons entourée ? Non ; la première comme les secondes sont fondées sur l'intérêt des enfants, et Dieu évidemment s'oppose à ce que ce bien soit entravé par des renonciations des parents à leurs droits.

#### DIXIÈME RÈGLE.

*Régulièrement, les époux ne peuvent s'engager.*

94. Par engagement nous entendons ici une obligation de payer résultant d'un contrat. Une obligation de payer consiste à devoir fournir une valeur déterminée seulement quant au genre et à la quantité d'objets à livrer, non quant à leur identité : par exemple, une somme d'argent. C'est par cette indétermination de l'identité, que l'engagement se distingue de l'aliénation, du moins si l'on prend ce dernier terme dans son sens le plus ordinaire.

Nous fondons notre loi sur ce qu'un engagement du père ou de la mère est généralement périlleux pour les enfants. Sans doute, il laisse l'obligé provisoirement propriétaire, mais en même temps il porte à l'illusion sur les conséquences de la promesse, et ainsi, en admettant même que le



patrimoine du parent débiteur soit couvert par la loi de l'inaliénabilité, il compromet l'avenir de la famille. S'agit-il d'une promesse du père ? Ses revenus, au moins, courent le risque d'être détournés de leur destination qui est l'entretien de la société domestique. Est-ce la mère qui est tenue ? A la capitalisation des fruits de la dot menace de se substituer le paiement de dettes inconsidérées. Le danger, assurément, sera plus ou moins réel, suivant les cas ; mais peu importe, même si dans telle ou telle hypothèse il est insignifiant. Dès lors que les engagements sont par eux-mêmes des actes périlleux, c'est assez pour qu'en vue de l'exemple à donner aux enfants, les parents doivent s'abstenir de s'obliger, même quand ils pourraient le faire sans préjudice. Il nous paraît impossible qu'on ne dise pas : cette doctrine a du vrai, et toutes sortes d'engagements de la part du père ou de la mère ne sauraient être licites. Mais on ne manquera sans doute point d'ajouter que notre thèse est loin d'être admissible sans réserve. Tel est également notre avis. Aussi l'avons-nous formulée en des termes restrictifs.

95. Nous reconnaissons six dérogations à notre principe : Les époux peuvent d'abord s'engager dans les cinq cas suivants : impossibilité de pourvoir autrement à l'existence du promettant ou de son conjoint et de ses fils, détresse d'un parent ou allié que l'époux débiteur a l'obligation de secourir, nécessité d'un engagement pour l'établissement des enfants, avantage considérable devant résulter de l'engagement, impossibilité pour les époux de tirer sérieusement parti, autrement qu'en s'obligeant à son sujet, d'un bien destiné à servir : par exemple si le propriétaire s'endette afin d'assurer la réparation d'un édifice. En outre, sixièmement les engagements modiques ou minimes ne sont pas défendus. Ces exceptions sont trop visiblement pareilles à celles qui restreignent la loi de l'inaliénabilité pour devoir être jus-

tifiées ou pour qu'il faille en limiter le sens. Il est évident que dans la troisième, il faut comprendre l'engagement qui serait une promesse envers l'enfant destinée à assurer son établissement. Celle-ci ne peut pas être moins légitime qu'une aliénation par donation ou un engagement envers un tiers faite ou pris en vue de la même fin.

96. Les époux peuvent-ils s'engager en reconnaissance de leurs dettes antérieures ? Non, à moins qu'il n'y ait un avantage considérable à le faire. La justice ne commande point ce pacte. D'un autre côté, il ébranle plus ou moins, par la force de l'exemple, la loi du non-engagement. La condition que la reconnaissance de la dette procurera un avantage considérable est donc requise. Quel pourra être cet avantage ? Ce sera la novation d'une dette dont la cause divulguée devenait déshonorante, ce sera encore l'obtention d'un allègement, le règlement d'affaires profitables que le défaut de reconnaissance tenait en suspens, ou enfin parfois la concession d'un délai.

Nous appliquons la solution qui précède à la constitution d'un gage déterminé pour la garantie d'une dette préexistante.

97. Les engagements des époux sont-ils plus qu'illicites, sont-ils nuls ? C'est affirmativement qu'il faut répondre comme pour l'invalidité des aliénations. L'analogie entre ces deux sujets nous dispense de longs développements. Les promesses ne peuvent d'abord atteindre les biens de famille parce que la loi de la substitution, telle que nous l'interpréterons plus tard, s'y oppose ; elles ne sauraient non plus affecter les dons qui ont eu lieu sous la condition du non-engagement de ces derniers. De plus et d'une manière générale, la convention qui nous occupe est sans valeur parce que Dieu ne la sanctionne point. Contraire à la stabilité de la famille, elle a pour effet ordinaire de nuire au maintien des traditions en restreignant à la longue le genre de vie des

parents ; elle est donc nuisible à la gloire divine, et dès lors Dieu qui ne peut agir que pour sa gloire ne la ratifie pas. Seulement si l'équivalent de la dette de l'époux a été fourni par le stipulant, il doit être restitué, suivant ce que nous avons dit de la remise de la chose donnée en échange au cas d'aliénation. Nous ne faisons également que signaler la question de savoir par qui la nullité de l'engagement peut être invoquée. Il est encore manifeste que si, au témoignage de la raison, Dieu ratifie les engagements modiques, il sanctionne aussi les engagements plus importants, jusqu'à concurrence d'une quotité minime. Qui la déterminera, dira quelqu'un ? La raison. Est-il un droit ou un devoir pour la fixation duquel elle ne soit point nécessaire ? Et en cas de conflit, il y a l'obligation d'accepter le jugement de celui dont la volonté doit être obéie parce qu'elle constitue la direction commune efficace.

De la thèse de la nullité des engagements et de la manière dont nous l'avons établie, ressort une conséquence qui vaut la peine d'être formulée : c'est que les biens des époux et même leurs revenus sont insusceptibles d'être affectés à la garantie d'une obligation. Ils ne le sont pourtant point absolument, puisque des engagements peuvent être valides.

98. Quand cette hypothèse multiple se présente, sont-ce tous les biens de l'obligé qui peuvent être affectés au paiement ? Des distinctions doivent être faites suivant la cause qui rend licite et valide la promesse. Reprenons donc nos exceptions.

Dans l'hypothèse de nécessité, les biens de famille peuvent être aliénés ; à plus forte raison sont-ils susceptibles d'être affectés à la garantie d'une dette contractée par emprunt ou autrement en vue de subvenir au besoin. Les acquêts ne le sont certes pas moins. Il en est de même des menus objets quelconques : le bon sens dit que si la loi de la substitution laisse au propriétaire la faculté, relative

sans doute, d'aliéner ceux-ci même sans motif spécial, elle permet qu'ils deviennent la garantie d'un engagement licite. Enfin, comme la conservation des revenus importe moins que celle des biens fixes ou biens proprement dits, les premiers peuvent, sans nul doute, avoir le même sort que les seconds.

Mais si toutes les parties de l'avoir paternel ou maternel précédemment indiquées sont, dans notre cas, susceptibles d'être données en paiement, ce fait ne se produit que selon l'ordre déterminé par l'utilité que présente chacune d'elles au point de vue du maintien des traditions. Les exigences de cette perpétuation sont une cause de la loi du non-engagement ; dès lors, plus un bien a d'importance sous le rapport de la conservation du patrimoine moral et plus difficilement notre loi cesse de le couvrir. Au rang inférieur dans le classement qu'elle impose sont les revenus, puis viennent successivement les menus objets entre lesquels il n'y a point à distinguer, à cause de leur défaut d'importance, s'ils sont acquêts ou rentrent dans les biens de famille, et enfin ces deux dernières catégories.

Les cas d'engagement nécessaire pour l'établissement des enfants et d'avantage considérable à obtenir par une promesse donnent lieu aux mêmes solutions. Puisque dans ces hypothèses les biens de famille deviennent aliénables, puisque notamment, s'il y a intérêt considérable à aliéner des héritages, ceux-ci peuvent être vendus ou donnés en échange, à plus forte raison ils peuvent être engagés.

Le fait de détresse d'un parent ou allié que le conjoint promettant doit secourir est assimilable aux précédents, sauf cette restriction que les biens patrimoniaux provenant d'un propriétaire auquel l'obligation alimentaire n'incomberait pas demeurent ici forcément intacts, à l'exception pourtant des menus objets.

Relativement au cas d'impossibilité de tirer sérieusement

parti d'un bien destiné à servir, autrement qu'en s'obligeant à son sujet, il faut distinguer. S'agit-il de réaliser un avantage considérable, tous les biens peuvent être affectés à la garantie de la dette, même les héritages. Seulement ceux qui proviennent de la même personne que le bien, cause de l'obligation, doivent être les premiers affectés ou de même donnés en paiement. Ce propriétaire, en effet, est le plus particulièrement intéressé dans l'opération : il s'agit de la conservation de son patrimoine économique, auxiliaire de son patrimoine moral. Le gain à s'assurer est-il ordinaire ? Il n'y a, parmi les biens de famille, que ceux dont nous venons de parler qui puissent, à défaut d'autres ressources, répondre de l'obligation. Pour ceux-ci, l'époux qui les engage par nécessité agit selon son droit, car évidemment il ne manque à son devoir ni envers le propriétaire primitif, ni vis-à-vis des successeurs futurs, quand il fait ce qui est indispensable à la conservation de leur avoir. Mais cette considération ne regarde ni les propriétaires primitifs ni les héritiers futurs d'autres biens patrimoniaux ; ceux-ci ne peuvent donc, comme il s'agit seulement d'un avantage ordinaire, être affectés à la garantie de l'obligation contractée. Quant aux acquêts, ils peuvent être affectés, puisque des biens de famille sont susceptibles d'engagement.

Nous arrivons aux engagements permis aux époux à cause de leur modicité, ou pareillement aux engagements plus étendus, mais réduits à la mesure d'engagements modiques. Ces promesses ne peuvent atteindre les biens de famille, excepté les menus objets. Le possesseur de biens de famille, est tenu de les conserver aux générations futures. A la vérité, cette obligation ne peut pas, sans tourner en une servitude humiliante et nuisible au maintien même des traditions, être absolue, mais il est manifeste que pour échapper à ce défaut il suffit que l'héritier puisse user des facultés d'aliénation et d'engagement des menus objets

patrimoniaux. Les autres biens de parents doivent donc être ici réservés. Quant aux acquêts, il en est autrement. S'abstenir d'affecter à la garantie de dettes modiques les biens dont ils sont le plus pleinement maîtres, serait pour les parents, s'ils ont un désir contraire, un sacrifice excessif. Il manquerait de proportion avec l'avantage que trouveraient les fils dans une conservation plus assurée de l'avoir de leurs auteurs. Ce serait aussi une sujétion nuisible au prestige du père et de la mère et par là opposée finalement au bien de leur postérité. Si notre solution est vraie quant aux acquêts, elle est indubitablement applicable aux revenus. Enfin, dans les hypothèses où un engagement est valide à titre de reconnaissance d'une dette antérieure, quels sont les biens qui peuvent être affectés à la garantie de l'obligation ? Ceux-là seulement qui sont déjà affectés conventuellement ou de plein droit à l'acquittement de la dette, à moins qu'il n'y ait un avantage important à en engager d'autres, par exemple, pour obtenir un délai qui permettra de payer avec des économies et que le créancier ne veut point accorder autrement. Le fait qu'un débiteur reconnaît son obligation n'est évidemment point un motif pour qu'au mépris de la loi de l'inaliénabilité il affecte à la garantie de l'obligation des biens non grevés. Il n'y a point, du reste, suivant ce que nous dirons, à se préoccuper de soustraire la personne même de l'obligé aux rigueurs de ses créanciers.

Il arrivera parfois que l'intérêt qui rendra légitime un engagement sera susceptible aussi d'être satisfait au moyen d'une aliénation. Par exemple, une aliénation pourra, en fait, subvenir comme un engagement à la détresse du ménage. L'une des deux opérations doit-elle être préférée à l'autre ? Certainement. Mieux vaut, malgré son danger spécial d'illusion, un engagement qu'une aliénation immédiate des biens. Le péril prochain est le premier qu'il faut éviter. Quand un



conjoint qui aurait une cause d'aliénation peut arriver au même but par un engagement, c'est donc uniquement ce dernier parti qu'il peut prendre.

Dans l'explication de notre loi nous n'avons point distingué entre les conjoints. Il y a cependant relativement à la femme deux réserves à faire. Elles sont semblables à d'autres déjà formulées dans l'étude du principe de l'inaliénabilité dotale. Premièrement, l'épouse ne peut s'engager principalement, en vue de subvenir à ses besoins, à ceux de son conjoint, ou de ses fils, ni en vue de l'établissement des enfants; c'est au père, en effet, qu'incombe tout d'abord le soin de la famille. Nous avons dit : principalement. Dans une règle particulière, nous traiterons de l'engagement pris comme caution. En second lieu, la femme ne peut, en général, s'engager qu'avec l'autorisation de son mari. Cette proposition sera établie bientôt.

Comme les lois précédentes, la règle dont nous achevons l'étude et les exceptions qu'elle comporte sont insusceptibles d'être l'objet d'une renonciation de la part des époux.

#### ONZIÈME RÈGLE.

*Le mari peut obliger seul sa femme, quand il y a exception à la loi du non-engagement des époux en ce qui concerne la femme.*

99. Nous ne développerons pas cette règle : elle est absolument semblable à celle du pouvoir marital d'aliénation. Il y a cependant une observation qui mérite de n'être point négligée. Elle concerne les hypothèses où il y a lieu à engagement de la femme pour cause de détresse d'un parent de celle-ci, ou bien par suite soit d'un avantage considérable à obtenir pour le patrimoine de l'épouse, soit de l'impossibilité de tirer sérieusement parti d'une chose dotale

autrement qu'en s'obligeant à son sujet. Le mari ne peut s'engager principalement à la place de son épouse, quand c'est à elle de le faire d'après sa qualité, ou qu'il s'agit de son intérêt. Ce serait contraire à la loi de la distinction des patrimoines des conjoints. Nous ne parlons point du cas de besoin de la femme, puisqu'alors c'est, au contraire, le mari qui doit le premier s'engager.

#### DOUZIÈME RÈGLE.

*Le mari peut acquérir seul pour sa femme.*

100. Cette prérogative, comme celles d'administration et d'aliénation, se démontre par l'obligation où est la femme, à cause du bien des enfants, de suivre la direction plus sûre de son conjoint. De ce devoir précis, quoique non insusceptible de restriction en certains cas, naît un droit pour le mari, et l'acquisition qu'il fait peut être, au point de vue des charges qu'il arrive à celle-ci d'entraîner, invoquée par les tiers, de même qu'elle leur est opposable.

La présente doctrine s'applique à l'acceptation d'une libéralité. Le mari a le pouvoir d'y procéder sans l'assentiment de son épouse. Cette solution ne saurait être douteuse. Une libéralité peut, sans doute, être nuisible ou compromettante, mais l'intérêt des fils est que, relativement à celle qui est offerte à la mère, cette dernière s'en rapporte au jugement régulièrement plus sûr de son conjoint. Il n'y a d'ailleurs point à objecter que la donation ne saurait être valide au respect de son auteur sans l'acceptation de la femme. Sans doute, si le donateur veut l'acceptation par la femme, sans ce consentement la libéralité sera nulle. Mais si le donateur a agréé le mari comme intermédiaire, l'acte est efficace. Le donateur ne peut plus revenir sur son intention, car il se heurterait à la volonté légitime de l'acceptant ; et d'autre

part, celui-ci ne peut pas accaparer la libéralité, puisque ce n'est point à lui qu'elle a été faite. Le bien donné se trouve donc au pouvoir de la femme ; elle l'a pour elle : elle en est propriétaire. Peu importerait, d'ailleurs, que le mari revînt sur son acceptation : il ne peut dépouiller sa femme.

Il ne faudrait point entendre la règle du pouvoir marital d'acquisition en ce sens que le mari peut avec ses propres deniers ou par son travail acquérir pour son épouse. La loi du maintien des droits respectifs de propriété des conjoints condamnerait cette interprétation. A l'inverse et par application du même principe, le mari ne peut acquérir pour lui-même avec une valeur appartenant à sa femme.

Le pouvoir d'acquisition n'est point illimité. En tant qu'il rentre dans le droit d'administration ou qu'il s'exerce à l'aide d'une aliénation ou d'un engagement, cette vérité n'est plus à établir, et d'autre part, il est manifeste qu'un pouvoir que l'intérêt des enfants donne au père, celui-ci ne l'a plus s'il s'agit d'une libéralité qui leur serait funeste au point de vue de la moralité, de l'honneur ou de la fortune. La donation serait donc nulle. Seulement la mère ne pourra pas toujours invoquer cette nullité, puisqu'elle n'est pas la gardienne de ses intérêts. Mais aussi, d'autre part, cette interdiction n'est pas plus absolue que celle qui est relative aux aliénations invalides. Notamment la mère ne saurait être tenue d'accepter les obligations de donataire vis-à-vis d'une personne déshonorée. N'oublions point que le devoir de la sollicitude maternelle d'où procède celui de la soumission aux décisions de l'homme est renfermé dans les bornes de la loi de charité.

Le mari ne peut renoncer au droit que nous lui avons attribué.

## TREIZIÈME RÈGLE.

*La femme ne peut aliéner, s'engager ni acquérir qu'avec l'autorisation de son mari.*

101. Nous avons vu que le mari peut aliéner seul la dot, engager seul sa femme, quand exceptionnellement ces opérations sont légitimes, et pareillement acquérir seul pour elle. Mais la femme garde-t-elle de son côté semblable liberté d'action, ou bien ne peut-elle aliéner, s'engager ni acquérir qu'avec la permission de son mari? C'est à cette question que nous venons de répondre en formulant la loi de l'autorisation maritale. Aussi bien, avons-nous déjà annoncé deux fois cette règle, quand nous avons dit que la femme ne pouvait ni aliéner les menus objets, ni contracter des engagements, sans la permission de son conjoint. En ce qui concerne les aliénations et les engagements, la loi dont il s'agit n'est, d'ailleurs, visiblement qu'un dérivé de l'administration maritale. Mais notre thèse se justifie directement sans peine à l'aide d'une considération qui nous est connue. Pourquoi le mari peut-il aliéner seul un bien dotal, engager seul sa femme, acquérir seul pour elle? A cause de la supériorité d'esprit que régulièrement l'homme possède. Or, pour la même raison, les enfants ont intérêt à ce que leur mère n'aliène, ne promette, ni n'acquière qu'avec le consentement de son mari. Tel est donc le devoir de la femme.

102. Quel est le sens exact de notre règle? Evidemment elle ne signifie point que la femme ne puisse agir sans une autorisation formelle. S'abstenir d'une opération tacitement approuvée par son conjoint, ce serait pour celle-ci un sacrifice sans raison d'être; et, par suite, exorbitant. La loi de la sollicitude maternelle, le principe de charité ne l'imposent donc pas.

On doit aussi se garder de conclure de notre doctrine qu'avec le consentement de l'homme il sera toujours permis à l'épouse d'aliéner, de s'engager ou d'acquérir. En ce qui concerne les aliénations et les engagements, l'autorisation n'est d'abord efficace que dans les cas exceptés des lois de l'inaliénabilité et du non engagement des époux, et, même dans ces hypothèses, elle ne l'est qu'autant que l'aliénation ou la promesse se présentent avec des conditions qui les rendraient licites pour le mari. Une acquisition contraire à l'intérêt des enfants est également sans valeur.

Enfin notre règle n'est point absolue. La femme peut parfois aliéner, s'engager ou acquérir sans l'autorisation de son mari. Elle a ce droit lorsque le bien des enfants réclame qu'elle agisse avec indépendance, malgré le devoir de tenir compte des exigences de la paix et de ce que la violation de la loi de l'autorisation maritale a toujours, comme précédent, un effet fâcheux. L'épouse a, sous les mêmes réserves, la même liberté relativement aux aliénations, engagements ou acquisitions sans importance, quand le refus d'autorisation est vexatoire. Enfin une autre exception doit être admise pour le cas où l'indignité, l'incapacité de l'homme lui auraient fait perdre son pouvoir d'administration. Il serait déraisonnable que la femme ne pût nier à un tel mari le droit d'autorisation ; mais elle devrait reconnaître cette prérogative comme le droit d'aliéner à l'administrateur de la dot. Il le faudrait pour la stabilité et, dès lors, pour le bien des enfants.

Non seulement la femme peut parfois aliéner un bien et s'engager sans l'autorisation de son mari ; mais elle peut exceptionnellement, sans cette autorisation, aliéner un bien de son époux ou engager ce dernier. Elle a ce droit, sous les réserves déjà faites, lorsque, l'intérêt des enfants réclamant d'urgence que le père aliène ou s'engage, celui-ci manque à son obligation. La mère a le pouvoir dont il s'agit,

parce que le bien des enfants le lui donne. Ne faut-il pas éviter qu'ils ne se persuadent que le chef de la société domestique a le moyen de se soustraire, par son abstention, aux charges qui lui incombent? Non seulement la mère a ce droit, mais elle ne pourrait se dépouiller elle-même ou s'engager à la place de son mari, quand c'est à lui de le faire, d'après sa qualité, ou quand il s'agit de son intérêt. Ce serait, comme nous l'avons dit plus haut pour l'homme, violer la loi de la distinction des patrimoines. Ce serait aussi méconnaître notre première règle.

103. Relativement aux hypothèses d'aliénation ou d'engagement licites pour cause d'avantage considérable, surgit une question assez délicate. Si l'avantage peut être réalisé non seulement par la femme, mais aussi par le mari, chacun pour soi-même, ce dernier doit-il donner, au moins pour partie, son autorisation, afin que la femme, elle aussi, profite? La même difficulté se présentera à propos d'une acquisition. Il faut répondre négativement et même nous allons jusqu'à dire que le mari ne peut alors autoriser sa femme. L'intérêt moral des fils est que, les charges de la famille une fois acquittées, ce soit plutôt la fortune du père qui augmente. Plus il laissera de biens, plus la perpétuité des traditions sera assurée. Le devoir de la reconnaissance sera, en effet, plus rigoureux pour le successeur, il devra honorer davantage la mémoire de celui dont il aura hérité, et, d'autre part, la considération que ces différences existeraient également au profit de la femme serait sans force, car c'est à la personne du père que se rattachent principalement les traditions. C'est lui, dans l'ordre normal, qui, grâce à sa puissance domestique, a surtout contribué à leur maintien ou à leur fondation.

104. Les conventions passées sans l'autorisation maritale quand elle était requise sont nulles. Dieu, sans l'intervention duquel il n'y a pas de contrat, ne ratifie point les pactes opposés à sa gloire. Or, tels sont ceux qui nous occupent. Violant



la loi de l'autorisation maritale, ils nient implicitement le motif de cette règle : la supériorité d'intelligence et de décision chez l'homme, ils méconnaissent ainsi une cause essentielle des pouvoirs du mari et semblablement de ceux du père, ils introduisent avec l'anarchie la désunion dans la famille, tandis que l'union des parents est une garantie presque indispensable de la formation des fils à la pratique de la vertu.

Pour la solution des questions relatives à la nullité des actes de la femme non autorisée, nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut au sujet de difficultés analogues, spécialement dans l'étude de la loi de l'administration maritale.

La séparation de corps prive-t-elle le mari de son droit d'autorisation ? La négative est indiscutable. La supériorité d'aptitude chez le mari demeure, et par suite l'intérêt des enfants ne change pas, de quelque côté que soit la cause de rupture entre les époux. Seulement il est clair que dans cet état, les exceptions à notre principe se réaliseront plus aisément. Nous avons développé une doctrine semblable à propos du pouvoir d'administration.

Il n'est pas besoin de prouver que la prérogative qui maintenant nous occupe ne peut être écartée par une renonciation du mari : le bien des enfants et Dieu s'y opposent.

105. Les jurisconsultes français se sont demandé pourquoi la nécessité de l'autorisation, et ils ont diversement répondu (Demolombe, *Traité du mariage*, tome II, n° 113 et suivants). Certains ont indiqué le respect dû à la prééminence du mari, d'autres alléguant la faiblesse de la femme et son inexpérience ont invoqué l'intérêt de l'épouse, d'autres encore celui de la famille. Pour nous, le bien des enfants est la cause de l'incapacité de la femme d'agir sans autorisation. Mais quelle est la raison pour laquelle cet intérêt qui fait la loi des parents veut l'incapacité qui nous occupe ? C'est que la direction du mari offre plus de garanties. D'après nous,

l'incapacité de l'épouse, en même temps qu'elle est déterminée par les exigences du bien des enfants, est donc une conséquence médiate de « la faiblesse du sexe », comme dit Lebrun, ou de la supériorité de l'esprit de l'homme.

#### QUATORZIÈME RÈGLE.

*La femme ne peut plaider, quant à ses biens, sans l'autorisation de son mari.*

106. L'épouse, en effet, n'a point la garde de ses intérêts. Seulement il faut bien que la femme attaquée puisse se défendre à titre provisoire. En outre, sont réservés les cas extrêmes dans lesquels le bien des enfants ne demanderait point que la femme s'arrêtât devant le refus d'autorisation.

Nous ne parlons que des procès relatifs aux biens. Ce n'est pas que la règle ne soit la même pour d'autres instances: la femme est sous l'autorité du mari. Mais il ne s'agit dans la présente étude que du régime pécuniaire des conjoints.

#### QUINZIÈME RÈGLE

*Les époux ne peuvent s'obliger l'un à la place de l'autre, mais ils peuvent cautionner mutuellement leurs engagements valides.*

107. La première partie de cette loi a été par avance exposée incidemment dans l'étude de la dixième règle. D'une part, la femme ne peut s'engager à la place du mari lorsqu'il y a une exception à la loi du non-engagement des conjoints et que cette exception est relative aux besoins du ménage, à l'établissement des enfants, à la parenté du mari avec une personne qu'il doit secourir, ou à son intérêt. En d'autres termes, la femme ne peut s'engager à la place du mari,

lorsque d'après sa qualité c'est lui qui doit le faire, ou qu'il s'agit de son intérêt. D'autre part, le mari ne peut pas s'engager à la place de sa femme lorsqu'il y a une exception à la loi du non-engagement des époux et que cette exception tient à la parenté de l'épouse ou concerne son intérêt. Ces deux solutions reposent sur le principe de l'exemption de la femme des charges de la famille et sur celui de la distinction des deux patrimoines.

Disparaissent-elles quand celui des époux qui devrait s'obliger ne veut pas le faire ? Non, en ce qui regarde la femme. Son conjoint peut l'obliger : il n'a donc pas besoin de s'engager lui-même. Non, également, quand le récalcitrant est le mari. Nous avons vu, en effet, dans l'explication de la treizième règle, qu'alors c'est le mari et lui seul que la femme peut engager. Mais n'y a-t-il pas une autre exception qui s'impose ? Ne faut-il pas réserver le cas d'insolvabilité ? Mettons, en premier lieu, hors de cause, l'engagement qui serait destiné à fournir des aliments à un parent de l'époux insolvable. Cet engagement, l'autre conjoint ne peut pas le prendre. Il n'y a point, quant à lui, de dérogation à la règle du non-engagement. Sans doute le bien moral des enfants, la formation de leur cœur et de leur conscience demandent que l'obligation alimentaire soit acquittée, mais par celui auquel elle incombe. Restent les autres engagements que l'époux insolvable pourrait être en droit de prendre, engagements relatifs aux besoins du ménage, à l'établissement des enfants, à la réalisation d'un avantage considérable, à l'utilisation d'un bien destiné à servir. En ce qui concerne ces engagements une difficulté se présente. Si l'un des époux ne peut promettre à la place de celui qui est insolvable, l'intérêt des enfants n'en souffrira-t-il pas ? Des besoins resteront en souffrance ; des avantages seront manqués. Non, l'intérêt des enfants ne souffrira point, parce que si l'époux solvable ne peut s'enga-

ger à la place de l'autre, il peut s'obliger accessoirement, s'engager comme caution.

108. Nous arrivons ainsi à la seconde partie de notre règle. Mais on va nous arrêter immédiatement : la distinction n'est-elle pas de pure forme ? Non certes. L'époux qui n'est obligé que comme caution aura, s'il paye, un droit plus manifeste à un remboursement de la part de son conjoint. Puis les lois qui sont le fondement de la règle présente, la loi de l'immunité de la femme et celle de la distinction des patrimoines seront affirmées. Nous disons donc que les époux peuvent cautionner mutuellement leurs engagements valides. Abstraction faite des promesses modiques, ces engagements sont ceux qui sont relatifs aux charges du ménage, à l'établissement des enfants, à la prestation d'aliments, à l'acquisition d'un avantage considérable ou à l'utilisation d'un bien. Or, l'intérêt de la famille exige que l'époux auquel il ne revient pas directement de contracter de tels engagements, en réponde accessoirement plutôt que de faire manquer une opération qui s'impose soit au point de vue moral, soit au point de vue économique, ou plutôt que de laisser à un tiers le soin de la permettre par son dévouement. Au point de vue essentiel de l'union dans la famille, il importe beaucoup que si l'un des conjoints a besoin d'un service, ce soit l'autre époux qui le rende. Nous supposons, bien entendu, si le but est un avantage à obtenir, que l'opération qu'il s'agit de faciliter est considérablement utile, malgré la surcharge du cautionnement. Une autre condition est nécessaire et elle vient d'être indiquée implicitement, c'est que l'adjonction d'un fidéjusseur soit indispensable pour obtenir à de bonnes conditions le consentement du tiers avec lequel il faut traiter. Mais aussi, lorsque se produit ce fait, le cautionnement n'est pas seulement licite, il est un devoir. C'est à peine de nullité que les conditions dont il vient d'être parlé sont requises. Lorsqu'en effet elles

ne sont pas remplies, on retombe dans l'application de la loi du non-engagement des époux. Quant aux engagements modiques, ils sont susceptibles de caution, dans la mesure où ils sont modiques aussi pour le fidéjusseur. Au-delà, ils ne peuvent être garantis. Ces deux solutions n'appellent point d'explications nouvelles. Une obligation minime peut aussi être prise par l'un des conjoints à la place de l'autre.

109. Sur quels biens, l'époux fidéjusseur peut-il être obligé ? Seulement sur les objets minimes et les acquêts, si le cautionnement n'a d'autre cause de licéité que son peu d'importance. Tend-il à pourvoir aux besoins du ménage ou à l'établissement des enfants ? Les biens de famille sont susceptibles d'engagement : ils pourraient être aliénés s'il le fallait. On raisonnera de même sur l'hypothèse d'un avantage considérable à obtenir. Quant à celles de prestation d'aliments par le conjoint du fidéjusseur, et d'utilisation d'un bien sans avantage considérable, elles ne peuvent donner lieu qu'à un engagement des objets minimes et des acquêts. Le droit des propriétaires précédents à l'intégrité du patrimoine qui favorise leur perpétuation ne disparaît point, faute de motif ou de motif suffisant. On sait que ce sont ces propriétaires qu'il faut considérer dans leur successeur.

Le mari qui peut engager sa femme pour elle-même peut-il l'engager seul comme sa caution, ou bien, au contraire, l'épouse doit-elle consentir ? En faveur de la seconde partie de l'alternative, cette réflexion peut venir à l'esprit : les motifs qui militent en faveur du droit de direction pécuniaire de l'homme disparaissent quand il s'agit, comme précédemment, de son propre intérêt. Nous ne contestons pas que l'homme peut être intéressé à ce que sa femme se trouve obligée, mais dans notre doctrine cette considération n'est pas concluante. Il ne faut admettre la validité de l'engagement de la femme par le mari comme caution de ce dernier que dans les hypothèses où, suivant ce qui a été expliqué,

l'intérêt des enfants veut cet acte. Mais lorsque ces cas se produisent, l'abstention de la femme est impuissante à empêcher la promesse que le mari fait pour elle. Ce que le bien des enfants réclame, le mari a qualité pour le faire, car la femme doit accepter son intervention. Qu'on ne nous objecte donc pas que le mari peut écouter son intérêt personnel en portant sa femme caution pour lui; tout ce que nous disons, c'est que quand il en sera autrement, quand l'acte sera légitimé par l'intérêt des enfants, il sera valide malgré l'absence de consentement de la femme.

De son côté, cette dernière, de même quelle peut quelquefois engager à titre principal le patrimoine de son mari, a exceptionnellement le droit de faire de son époux, malgré lui, la caution des engagements valides pris par elle. Cette faculté ne peut pas ne pas lui appartenir lorsque le bien des enfants la lui donne nonobstant les exigences de la paix domestique et l'inconvénient d'une atteinte à l'ordre normal.

Nous venons de voir que le mari peut, malgré elle, faire de sa femme sa caution; il est clair qu'il n'a pas non plus besoin du consentement de son épouse pour la cautionner lui-même, lorsque l'intérêt des enfants réclame cette intervention. S'il s'agit d'un cautionnement légitime à cause de sa modicité, la solution ne saurait être différente, puisque le mari a la liberté des engagements minimes. On sait que cette liberté n'appartient pas à la femme, sauf les cas de refus vexatoire d'autorisation.

#### SEIZIÈME RÈGLE.

*Les époux ne peuvent emprunter pour le paiement de leurs dettes, à moins d'avantage considérable dans la libération.*

110. Il est à peine besoin de dire que nous mettons en dehors de cette règle les emprunts modiques, puisque nous



avons vu que les engagements sans importance ne sont pas défendus.

Même lorsqu'il a pour but de permettre le paiement des dettes, l'engagement des époux est, en soi, nuisible aux enfants. Un exemple de dérogation à la loi du non-engagement leur est donné : les parents leur apprennent un moyen de se débarrasser sans épargne d'un créancier gênant, puis la somme peut se trouver détournée de sa destination. Faussement, dès lors, on dirait : il ne saurait y avoir d'inconvénient dans un emprunt qui ne fait que substituer un créancier à un autre. Peu importerait encore que l'on ajoutât : le nouveau créancier n'aura pour gage que les biens affectés au paiement de l'ancien. Sans doute ; mais ce n'est pas non plus le fait d'une augmentation de gage au profit du nouveau créancier que nous avons invoqué. C'est le péril de la multiplication des engagements et de l'absence d'économie, c'est le danger que la nouvelle obligation n'éteigne pas l'ancienne.

Mais les hypothèses où la libération par emprunt présenterait un avantage considérable doivent être réservées. Nous avons vu que la loi du non-engagement des époux et celle de l'inaliénabilité disparaissent alors, même en ce qui concerne les biens de famille. Aussi faut-il admettre que ces derniers eux-mêmes, dans les cas où un emprunt en vue de remboursement sera licite, deviendront la garantie du prêteur.

Quelles sont les hypothèses dans lesquelles la libération par emprunt offrira un avantage considérable ? Ce sont évidemment les cas dans lesquels la nouvelle dette est contractée à des conditions sensiblement meilleures que celles de l'ancienne. Notre question est, du reste, analogue à celle-ci que nous avons déjà examinée : quand y a-t-il avantage considérable à s'engager en reconnaissance d'une dette ?

Le mari peut-il emprunter pour sa femme, malgré elle ? Certainement, de même qu'il peut, en général, l'engager seul, quand il y a lieu à engagement. Il s'agit du bien des enfants, puisqu'il faut supposer à la libération un avantage considérable. Mais aussi, dans les cas extrêmes, nous admettons l'épouse à emprunter seule pour son conjoint.

#### DIX-SEPTIÈME RÈGLE.

*Dans les hypothèses d'aliénation ou d'engagement permis, les époux ne peuvent contracter ensemble, à moins que l'opération ainsi faite ne soit considérablement préférable. Les contrats sans importance ne sont pas prohibés.*

111. La raison du principe est palpable. Des contrats entre les conjoints seraient une cause très grave de désunion, d'autant plus que la femme serait toujours tentée d'alléguer que, placée sous le pouvoir marital, elle n'a pas été libre. Mais le jugement dit que si ce double motif suffit à l'établissement d'une règle, celle-ci ne peut être absolue et qu'en présence d'un avantage important, il serait excessif de s'arrêter à la considération de l'inconvénient. Mais, dira quelqu'un, il n'y a pas de contrat possible pour la femme relativement à ses biens, puisque l'administration de la dot appartient au mari. Ce raisonnement serait vicieux. Avec une suspension du droit marital accordée conformément à l'intérêt des enfants, la femme peut traiter. Notre première restriction est donc juste. Il convient d'en faire quelques applications. Supposons que la vente d'un bien du mari ou de la femme doit avoir lieu. Mieux vaut de beaucoup qu'elle se fasse entre conjoints, sauf la faculté ordinaire de réméré ou de retrait, afin que le bien reste dans la famille et que la valeur morale qu'il a acquise comme témoin des

traditions ne soit pas perdue. Nous en dirions autant au point de vue d'une location. La vente et la location d'un bien conjugal qu'il y a lieu d'aliéner ou de louer sont donc permises entre époux. Ou bien il y a lieu de vendre des produits soit de la dot soit de l'avoir du mari et aucun étranger n'offre des conditions acceptables, tandis que l'autre conjoint se trouve, par suite de facilités particulières d'emploi, en mesure d'acheter. Donnons maintenant un exemple d'un genre différent. L'un des époux est autorisé par l'intérêt des enfants à faire un emprunt ; l'autre conjoint pourra et devra être le prêteur. Comme, nous l'avons dit en parlant du cautionnement entre les époux, si l'un d'eux a besoin d'un service, il importe beaucoup que ce soit l'autre conjoint qui le rende.

Nous avons fait une seconde exception au sujet des contrats sans importance ; ils ne sont pas défendus entre époux. L'application de notre règle à des conventions de ce genre serait pour les conjoints une gêne, un asservissement démesurés par rapport au bien qu'ils produiraient. C'est ainsi que nous avons déjà admis les libéralités modiques entre époux et qu'il serait excessif de leur interdire la vente entre eux ou l'échange de menus objets.

112. Finalement notre règle reste vraie pour les hypothèses ordinaires d'aliénation des produits des biens conjugaux et pour les engagements qui, au lieu d'être des emprunts, sont des traités avec des marchands, des entrepreneurs de travaux. En outre, si les lois de l'inaliénabilité et du non-engagement sont applicables entre époux, c'est, en partie, grâce aux motifs de la présente règle, à laquelle il faut, dès lors, reconnaître une sorte de complément de réalité. Les causes de ces lois, en effet, l'intérêt pécuniaire et celui des traditions n'ont plus ici toute leur force. Qu'un bien soit dans les mains de l'un ou de l'autre des conjoints, il est toujours au service des enfants et il demeure dans la société dont il rappelle

les traditions. Sans doute, le danger de l'imitation dans les rapports avec les tiers et la force de l'analogie continuent à militer en faveur des lois en question, quand il s'agit pour elles de s'appliquer aux conjoints ; mais ces arguments sont utilement corroborés par la considération du péril que les contrats entre époux font courir à la paix domestique.

113. Quand l'un des époux veut s'obliger envers l'autre de concert avec des cointéressés ne faisant avec lui qu'une partie collective, notre règle reste applicable. Il s'agit, par exemple, d'une vente de bien indivis. L'autre conjoint doit s'abstenir de traiter. Que si, dans le cas de vente et par exception les époux contractent légitimement ensemble, la faculté de réméré ou de retrait s'appliquera à la totalité du bien, de même que le conjoint colicitant avait un droit sur le tout. Nous signalons comme étant en partie conforme à cette doctrine l'article 1408 du code civil français.

114. Quand il y a lieu à convention entre époux, le mari peut-il, à raison de ses pouvoirs sur la dot, traiter avec lui-même ? Certes, il doit prendre l'avis de sa femme, car c'est là une règle générale, et en cas d'assentiment, il doit plutôt contracter que d'agir par lui-même ; cette réserve dans l'exercice du pouvoir marital s'impose comme une garantie contre la tentation de l'intérêt personnel. Elle rentre d'ailleurs dans le devoir général de modération qui incombe à tous ceux qui commandent, et spécialement aux chefs de sociétés intimes, comme est le mariage. Mais sous le bénéfice de ces observations nous répondons que l'opposition de la femme ne peut empêcher la réalisation des effets d'un contrat entre les époux, lorsqu'il y a lieu à cet acte. Quand un contrat entre époux est possible, c'est que, par exception, le bien des enfants veut que cette opération se fasse ; or, le mari est le gardien suprême de l'intérêt des enfants et la femme doit accepter ce qu'il fait à ce point de vue. Il peut donc réaliser l'opération : par exemple, traiter comme sien un bien que

sa femme doit vendre, à la charge, naturellement, d'en employer le prix comme bien de la femme et, conséquemment, d'en capitaliser les revenus. L'opération une fois faite est, d'ailleurs, définitive ; la loi de la distinction des patrimoines, notre seconde règle, le veut ainsi. Nous n'oublions nullement que le mari serait porté à abuser d'un pouvoir absolu de traiter avec lui-même au nom de sa femme ; tout ce que nous disons, c'est que, dans les hypothèses où il y a lieu à contrat entre les époux, le mauvais vouloir de la femme ne peut empêcher le mari de réaliser l'effet de cette opération. Nous reconnaissons à la femme pour les cas extrêmes un pouvoir semblable à celui de son époux.

115. Le principe actuel est étranger, d'après son énoncé même, à deux sortes de contrats, celui qui a pour but l'adoption du régime pécuniaire naturel des conjoints, et les transactions entre époux. Le premier est obligatoire, nous l'avons dit dès le début, et s'il n'a pas eu lieu au commencement du mariage rien ne s'oppose à ce qu'il doive être conclu plus tard : cette adhésion à un régime qui s'impose est une leçon salutaire pour les enfants. Les secondes sont légitimes et peuvent même être un devoir, lorsqu'elles sont vraiment utiles pour le règne de la paix entre les conjoints, dans les hypothèses, par exemple, où, d'après le degré d'incurie du mari, la femme a la liberté d'intervenir en ses affaires, mais n'est pas obligée de ne se prêter à aucun arrangement. Dans ces cas, des conventions qui modifient les lois du régime pécuniaire naturel des conjoints sont donc possibles. Mais autrement, selon ce que nous avons dit bien des fois, elles sont nulles, soit qu'elles aient une portée générale, soit qu'elles ne concernent, comme les pactes dont il vient d'être question, qu'un bien particulier. Valides, elles iraient contre la gloire divine. Elles préjudicieraient, en effet, au bien économique ou moral des enfants vers lequel convergent toutes les lois du régime qui nous occupe et les restrictions à ces règles.

Compromettant ainsi la stabilité de la famille ou même la dignité des parents, si elles leur enlevaient les libertés que nous leur avons réservées, les conventions que nous rejetons nuiraient aux traditions. Or, celles-ci ne sont-elles pas un moyen puissant pour assurer la connaissance de Dieu et la pratique de ses lois ? Ces considérations s'appliquent principalement aux conventions dérogatoires passées entre époux, mais elles concernent aussi les dérogations qui seraient consenties par un conjoint au profit d'un tiers.

De la manière même dont nous venons de raisonner, il résulte que peu importerait une renonciation des enfants: ce fait ne change rien à l'intérêt qui, au fond, est en jeu, celui de la gloire divine. L'atteinte à celle-ci demeure et entraîne la nullité.

#### DIX-HUITIÈME RÈGLE.

*Les époux ne sont pas contraignables par corps.*

116. Nous disons : les époux, parce que c'est d'eux qu'il s'agit ; mais notre règle n'est que l'application d'un principe général. Un débiteur n'est point contraignable par corps, qu'est-ce à dire ? Que si l'obligé met obstacle à une saisie légitime il ne pourra être écarté ? Non assurément. Que s'il ne travaille point selon ses aptitudes et ses forces pour se libérer, l'autorité ou même le créancier ne pourra l'y contraindre par la surveillance, par des privations ou l'aiguillon de la douleur ? Pas davantage. Cette mesure n'est que juste : elle ne fait qu'empêcher le mal imminent de la négligence à payer ce qui est dû, elle se borne à prévenir la violation imminente du droit du créancier à être payé, au besoin, sur le travail du débiteur. Au surplus, dès notre étude de l'inaliénabilité nous avons présenté la loi actuelle comme une loi qui met la personne obligée à l'abri de rigueurs qu'il faudrait, à tout prix,



lui épargner. Or, celui-la ne peut pas se plaindre de rigueurs intolérables que l'on force de travailler pour sa libération, lorsqu'il ne le fait point. Le sens bien connu de notre principe est que le débiteur ne peut être puni, de l'emprisonnement, par exemple, pour le fait même de son insolvabilité ; c'est que fausse est cette maxime : « *Qui non habet in cere luat in corpore* ». Toute preuve est, partant, inutile. L'insolvabilité ne serait par elle-même punissable que si, d'après sa nature ordinaire, elle constituait un scandale. Or, il n'en est pas ainsi ; l'insolvabilité peut trop aisément résulter de revers ou d'une gestion inintelligente. Une certaine probabilité en ce sens existe, surtout si, conformément au régime naturel des biens, est observé le principe de l'inaliénabilité du patrimoine. Seulement nous ne nions point que l'insolvabilité ne devienne punissable lorsqu'elle est le résultat réel ou même simplement apparent de destructions ou d'une incurie volontaire.

Dans ce cas une question rétrospective se pose. Nous fondant sur la loi que nous venons d'expliquer nous avons dit que les biens non engagés ne sont pas aliénables pour le paiement des dettes. Faut-il maintenir cette solution quand l'insolvabilité du débiteur va être réprimée ? Une réponse absolue ne serait pas juste. Il serait déraisonnable de dire qu'aucune distraction au patrimoine ne pourra être faite pour empêcher l'éclat d'une condamnation qui rejaillit sur la famille : mais il serait manifestement excessif aussi de soutenir que tout pourra être sacrifié à cette fin. La vraie solution est dans la réserve par nous ajoutée au principe que les biens non engagés ne peuvent être aliénés pour le paiement des dettes. Nous avons dit : à moins d'avantage considérable dans la libération. Quand cette hypothèse se présente, tous les biens deviennent aliénables. Si donc l'esprit juge qu'il y a grand intérêt, d'après les circonstances, empêcher la contrainte

par corps, l'aliénation pour le paiement de la dette sera permise. Mais l'avantage doit être important, puisqu'il s'agit d'une dérogation à l'ordre normal.

#### DIX-NEUVIÈME RÈGLE.

*Les dettes contractuelles d'un conjoint sont payables sur tous ses biens de famille ou sur certains d'entre eux ou seulement sur ses acquêts et ses menus objets suivant la cause de l'engagement.*

117. Dans les limitations que cette règle apporte à la responsabilité du patrimoine du débiteur, nous faisons abstraction du cas où il y aurait avantage considérable à payer même sur des biens non grevés. Mais d'autre part nous supposerons le fait suivant qui est, d'ailleurs, de beaucoup le plus ordinaire : le créancier a stipulé d'une manière tacite, sinon expresse, et on lui a reconnu de même un gage aussi étendu qu'il peut l'être ; ou, du moins, le créancier n'a pas renoncé au bénéfice de l'obligation où est le débiteur de se libérer aussi exactement que ses autres devoirs le lui permettent. Cette obligation existe parce que Dieu veut la pratique complète de la justice ; il la faut pour le respect de la personnalité humaine.

Expliquons maintenant notre principe en prenant successivement les diverses catégories de dettes contractuelles. Les dettes contractées pour les besoins du ménage ou pour l'établissement des enfants sont payables volontairement ou forcément sur tous les biens, même les biens de famille, parce que tous ont pu être engagés. En d'autres termes, pour le paiement de ces dettes tous les biens sont saisissables. Il en est de même relativement aux dettes contractées pour la réalisation d'un avantage considérable. Celles qui ont pour but la prestation d'aliments ou l'utilisation d'un bien

qu'on ne pouvait mettre en valeur sans s'obliger à son sujet ne sont point payables sur les biens de famille dont l'ancien propriétaire ne serait point tenu aux aliments, ou sur les biens de famille d'autre provenance que celui qu'il s'agit d'utiliser. Ces biens, en effet, dans les deux hypothèses, n'ont pu, suivant ce que nous avons dit au cours de l'étude de la loi du non-engagement, être affectés au paiement de la dette. Or, comme nous le savons par la règle précédente, il n'y a pas de motif pour que le débiteur paie une dette sur des biens qui ne garantissent pas cette obligation. Les dettes contractées pour la prestation d'aliments ou pour l'utilisation d'un bien ne sont donc pas payables volontairement sur les biens de famille que nous venons de réserver. Il est clair qu'elles ne le sont pas davantage forcément. Le fait que le créancier use de la contrainte, ou la saisie, n'ajoute évidemment rien à son droit. Ce qu'il ne pourrait acquérir par la volonté de l'obligé, il ne peut l'acquérir par la force. De la même manière on démontrerait que les dettes dont la modicité est la seule justification ne sont payables que sur les acquêts et les menus objets. Les dettes antérieures à un engagement qui les a reconnues ne sont payables que sur les biens qu'elles affectaient précédemment. Nous l'avons déjà dit : le fait qu'un débiteur reconnaît son obligation n'est évidemment point un motif pour qu'au mépris de la loi de l'inaliénabilité, il affecte à la garantie de la dette des biens non grevés. Il ne peut donc les employer au paiement, et le créancier n'a pas plus de droit.

Entre biens pouvant servir au paiement des dettes contractuelles il y a un ordre à suivre. C'est celui dans lequel ils ont pu être engagés ou celui dans lequel ils auraient pu être aliénés, si, au lieu de s'engager, on avait dû vendre. Ce classement a été établi à propos de la septième et de la dixième règle. Menus objets, acquêts, biens de famille, sauf encore à distinguer entre ces derniers ceux des parents qui

seraient les plus obligés envers la famille ou auraient été les plus intéressés à la formation de la dette, puis dans chaque catégorie, soit celle des acquêts, soit celle des biens de famille, les meubles avant les immeubles, tel est l'ordre qui s'impose. Les motifs qui auraient fait qu'un bien eût été aliénable avant un autre, s'il avait fallu vendre, font aussi, sans nul doute, que le premier doit avant le second servir au paiement.

La dix-neuvième règle est applicable sans difficulté aux dettes contractuelles qui existeraient entre époux.

#### VINGTIÈME RÈGLE.

*Il y a lieu à restitution par équivalent à la suite d'un service rendu, uniquement lorsque, sans ce service l'époux secouru se serait trouvé dans un cas de dépense obligée.*

118. Après les dettes contractuelles, envisageons les dettes de restitution. Il n'y a pas lieu pourtant de parler de la restitution en nature ou de la remise de l'objet même qui provient d'autrui. C'est un devoir trop simple. Faisons, d'ailleurs, remarquer que rigoureusement il ne porte point le nom de dette. Il correspond à un droit de revendication, non à une créance. Il ne s'agit pas davantage de la restitution de choses fongibles, comme des pièces d'argent, que l'on a reçues d'autrui, sans droit de les retenir, comme dans les cas de dépôt, ou d'autre remise de valeurs. Alors la restitution est due si le conjoint possède encore les objets sur lesquels nous raisonnons. S'il ne les a plus, il ne doit restituer que pour autant qu'il y aurait engagement valide ou que le conjoint les devrait à titre de dette de réparation, par suite de faute ou de négligence excessive, selon ce qui sera dit des dettes de réparation dont nous nous occuperons

un peu plus loin. Reste ainsi à traiter de la restitution par équivalent à la suite d'un service. Est-elle due ? Oui, d'après notre loi, lorsque, sans l'intervention du tiers, l'époux secouru se serait trouvé dans un cas de dépense obligée : Il aurait fallu aliéner un bien ou prendre sur les revenus pour les besoins du ménage, pour fournir des aliments à un parent, établir les enfants, réaliser un avantage considérable ou ordinaire simplement, s'il ne s'agit que d'une dépense de revenus, utiliser un bien dont les conjoints ne pouvaient tirer parti qu'en dépensant. Telle est notre thèse ; prouvons qu'elle est vraie. Si tout service rendu appelle un équivalent, celui-ci peut ne devoir consister qu'en gratitude ; il ne doit pas toujours prendre la forme d'une restitution, même si l'intention libérale fait défaut chez le tiers. Pourquoi ? Parce qu'une personne ne peut d'elle-même, par l'initiative d'un service, en forcer une autre à se dépouiller. Mais, ce motif, le seul qui se présente à l'esprit, disparaît, lorsque, sans l'intervention du tiers, le conjoint secouru se serait trouvé dans un cas de dépense obligée. Alors l'époux auquel la restitution est demandée n'est pas fondé à dire : vous empiétez sur ma personnalité si vous me forcez à me dépouiller ; le tiers est autorisé, en raison, à lui répondre : je n'empiète pas sur votre personnalité en vous forçant à vous dépouiller, parce que c'est par mon intervention pécuniaire que vous possédez encore. Il y a donc lieu à restitution par équivalent à la suite d'un service rendu, uniquement lorsque, sans ce service, l'époux secouru se serait trouvé dans un cas de dépense obligée.

Notre loi s'appliquera, par exemple, aux hypothèses suivantes. Le tiers a donné son temps, d'une manière appréciable, ou son argent, et il a fait ainsi pour l'un des conjoints, qui a ensuite accepté, une négociation que les circonstances imposaient : il a obtenu certaine promesse, réalisé certaine acquisition qui étaient considérablement

avantageuses pour le conjoint, qu'une bonne gestion commandait ; ou bien, quand il fallait le faire, il a fumé, labouré un champ, entretenu une maison, une usine, dirigé une exploitation. Nous ne citons point le cas d'une chose ajoutée au patrimoine et qui, restée séparée ou non, a conservé son individualité. Cette hypothèse rentre, en effet, dans celles des restitutions en nature. Le droit du tiers est d'enlever la chose et, si la présence de celle-ci a augmenté les revenus, de réclamer cet accroissement si le conjoint l'a encore ou si c'est de mauvaise foi qu'il l'a absorbé.

119. Appliquons notre loi au paiement d'une dette par un tiers. Si l'époux était sous la contrainte présente ou imminente du créancier, le tiers a droit au remboursement mais non dans le cas contraire, à moins qu'il ne se soit fait donner une délégation par le créancier. Il pourra aussi exiger le remboursement dans le temps où, d'après une certitude morale, le créancier aurait forcé à l'acquittement de la dette.

Notre vingtième règle dit qu'il n'y a lieu à restitution par équivalent pour un service qu'autant que l'époux secouru se serait trouvé, sans l'intervention du tiers, dans un cas de dépense obligée. Si donc le service a consisté à procurer un avantage qui n'avait pas le caractère de nécessité, par exemple un agrément pour la personne, une amélioration facultative dans le patrimoine, il n'y a point lieu à restitution. Mais évidemment on ne peut pas non plus oublier le principe qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui. Dès lors, si le service dont il s'agit se traduit par une augmentation des revenus ou du prix d'un bien que depuis, pour une cause quelconque, on a validement aliéné, cet accroissement reviendra au tiers : une portion, par exemple, du prix de vente, ou du bien acquis en échange. Celui qui a procuré une augmentation de valeur a donc nécessairement, pour autant que cet accroissement se maintient, une créance



conditionnelle, subordonnée au fait de l'aliénation. Seulement, d'autre part, la justice une fois sauvegardée, nous refusons au tiers le droit au paiement, même sur les menus objets. Sans doute leur propriétaire peut les aliéner, mais il n'y est pas tenu. On n'a pas pu le mettre dans la nécessité de se dépouiller.

Ainsi, sur ses menus objets, l'époux secouru peut payer un service quelconque. A-t-il d'une manière générale cette liberté? Notre loi n'existe-t-elle que contre le tiers ou bien oblige-t-elle l'époux lui-même? Assurément elle l'oblige : le bien des enfants est intéressé à ce que les parents ne paient point, quand ils ne sont pas selon la justice tenus de le faire.

Les dettes de restitution par équivalent à la suite d'un service rendu peuvent-elles exister entre conjoints? Réserve faite de l'assistance que les époux se doivent mutuellement et surtout le mari à la femme, la négative n'a pas de raison d'être, et la loi de la distinction des patrimoines la repousse.

Si le service a consisté à procurer une augmentation de valeur ou dans l'utilisation d'un bien, mais qu'ensuite l'accroissement ainsi procuré ou le bien aient disparu, y a-t-il encore lieu à restitution du prix du temps et des frais? Il faut distinguer. Non, si le tiers n'a pas agi dans un cas de dépense obligée pour le propriétaire, car l'enrichissement de celui-ci était l'unique raison d'être de l'obligation. Oui, dans l'hypothèse inverse; alors la cause de la dette ne disparaît point. Il reste que le propriétaire a été dispensé de frais que sans l'intervention de la tierce personne il aurait dû faire.

Nous ajouterons une remarque. Au sujet du droit que nous avons réservé, pour le cas d'aliénation d'un bien dont un tiers a augmenté la valeur, à l'auteur de cet accroissement, on dira peut-être : — Cette faculté n'est pas pratique; l'intéressé ne peut guère observer perpétuellement si le pro-

priétaire aliène. Ne faudrait-il pas, dès lors, admettre que le souverain pourra supposer, et immédiatement, que l'aliénation a eu lieu ? A cette question quelque peu anticipée puisqu'elle touche aux pouvoirs du souverain, nous répondrions négativement. Ce serait un sacrifice considérable pour le propriétaire que de subir une pareille présomption. Comme les aliénations sont très généralement défendues la conséquence serait que le propriétaire devrait inmanquablement exécuter une obligation de payer qui, d'après le droit de la nature, est très exceptionnelle. On voit par là tout à la fois que le sacrifice serait important en lui-même et qu'il ne tendrait pas à un bien : son résultat habituel serait de faire acquitter une dette destinée à n'être jamais exigible.

#### VINGT-UNIÈME RÈGLE.

*Lorsqu'il y a lieu à restitution par équivalent à la suite d'un service rendu, la dette est payable sur les revenus et sur les biens eux-mêmes que, sans l'intervention du tiers, il aurait fallu aliéner.*

120. Après l'explication que nous avons donnée du principe précédent, celui-ci ne peut donner lieu à aucune difficulté. Quel est l'obstacle qui s'oppose au paiement ? Le droit du conjoint de n'être pas forcé de se dépouiller. Or, cet obstacle, le tiers ne le rencontre pas, aussi longtemps qu'il réclame son remboursement sur des objets qui auraient dû être affectés à la dépense prévenue par lui.

#### VINGT-DEUXIÈME RÈGLE.

*Les dettes de réparation ne sont payables que sur les acquêts et les menus objets.*

121. Les dettes peuvent être classées en trois catégories

les dettes contractuelles, les dettes de restitution et les dettes de réparation. Cette énumération est complète, si l'on fait abstraction de l'obligation alimentaire et de secours pécuniaires qui seraient dus à d'autres personnes ou à la société. Qu'entendons-nous, en effet, par dettes de réparation? Ce sont les obligations qui consistent à rendre indemne le tiers auquel nous avons nui par notre faute, ou notre négligence excessive. Or, à part les conséquences de la loi de charité qui viennent d'être indiquées, que pouvons-nous devoir à nos semblables en plus de la fidélité aux engagements, de la restitution du bien d'autrui et de la réparation des dommages ?

Il est, d'ailleurs, hors de doute que l'obligation alimentaire grève toutes sortes de biens, sauf l'exception que nous avons faite relativement aux biens de famille venant d'une personne parente de l'obligé à laquelle est étranger l'individu à secourir. Quant à la contribution au bien social, nous ne devons ordinairement à l'État et aux sociétés civiles inférieures que des sacrifices qui soient minimes, et, par suite, de revenus seulement. Peu importe que cette mesure soit gardée en ce qui concerne la généralité des citoyens, si pour nous la charge est excessive, sauf le devoir presque absolu de ne pas résister à la force publique. Néanmoins, d'après l'importance de l'intérêt social à satisfaire, le capital lui-même : menus objets, acquêts et enfin biens de famille, peut se trouver atteint.

122. Dès lors, si nous voulons maintenant achever l'examen de la question générale de savoir sur quels biens les dettes sont payables, nous avons simplement à la résoudre pour les dettes de réparation. Ces dettes, dit notre vingt-deuxième règle, ne sont payables que sur les acquêts et les menus objets. Elles ne le sont point sur les biens de famille. La loi de la substitution s'y oppose. D'après ce principe de la société paternelle, si le grevé de substitution est propriétaire,

s'il représente dans la gestion le maître défunt, les biens sont transmis aussi, même de plein droit, aux héritiers subséquents ou aux appelés successifs ; le grevé n'a pas le pouvoir de les leur soustraire, sauf dans les cas indiqués précédemment où le bien de la famille l'exige. Les aliénés en dehors de ces hypothèses, ce serait donc enlever à autrui ce qui lui appartient, et pareillement le successeur qui a une dette de réparation, conséquemment aussi le créancier, sont dans l'impossibilité de faire servir les biens patrimoniaux à l'acquittement de cette obligation. Mais, à l'inverse, les dettes qui nous occupent sont payables sur les acquêts et les menus objets.

123. Pourquoi sur les acquêts, lorsque nous les avons déclarés inaliénables ? C'est que Dieu veut la réparation du préjudice causé intentionnellement, ou qui provient d'une négligence excessive ; c'est que, d'autre part, les motifs de l'illégitimité et de la nullité des aliénations d'acquêts ne sont plus concluants lorsqu'il s'agit d'arriver au paiement d'une indemnité. Ces motifs sont le bien des enfants et la gloire de Dieu en tant que compromise avec les traditions. Or, au témoignage de la raison, l'intérêt des enfants ne passe, dans les vues divines, qu'après la réparation du dommage causé intentionnellement, ou qui provient d'une négligence excessive. Cette réparation est un bien plus important. d'elle dépend le maintien de la personnalité humaine. Et quant à la gloire de Dieu, si elle veut la conservation des traditions parce que celles-ci sont le moyen naturel de la perpétuation de la connaissance des lois du Créateur, elle veut nécessairement avec plus de force qu'une de ces lois, et particulièrement une règle aussi importante que celle qui prescrit de laisser ou de rendre à autrui ce qui lui appartient, ou la loi de justice, soit appliquée.

On dira peut-être: Pouvez-vous invoquer la justice, quand vous avez admis que Dieu y déroge en refusant réguliè-

rement la ratification des aliénations ? Dieu ne déroge pas ainsi à la justice, il n'attribue point à l'un ce qui est à l'autre ; mais chacune des parties reste propriétaire de ce qu'elle voudrait échanger. Une autre objection se présente : — Si d'un côté la justice veut que les acquêts servent au paiement des dettes, d'un autre côté elle s'y oppose. Les acquêts ne sont-ils pas destinés aux générations suivantes, comme les biens patrimoniaux ? Dès lors, n'appartiennent-ils pas, eux aussi, à la famille, et le propriétaire, ne commet-il pas une injustice, en les lui dérobant pour la réparation d'une faute ? — Il est vrai que les acquêts sont destinés aux générations suivantes et qu'ainsi d'une certaine manière ils appartiennent à la famille. Mais il n'en est pas moins inexact de dire qu'en changeant la destination des acquêts l'époux propriétaire commet une injustice pareille à celle que constituerait l'emploi des biens patrimoniaux en paiement. C'est en vertu de la loi de charité que le père doit ses acquêts à sa postérité ; les biens de substitution, au contraire, le conjoint qui les possède les a reçus et ils ont été laissés aussi à l'ensemble des générations suivantes sans qu'on lui ait donné le pouvoir de les leur ravir, de sorte que c'est en vertu de la loi de justice que le grevé doit les laisser aux appelés. Or, si c'est en vertu de la loi de charité que le père doit ses acquêts à ses enfants on admettra sans peine que pour l'accomplissement de la justice il puisse aliéner ces biens, même si l'on veut dire que matériellement il y a là une sorte d'injustice. Au surplus, nous déclarons que cette manière de parler nous paraît exacte à nous-même. Comme les applications précises de la loi de charité font naître des droits, elles donnent lieu, en cas de violation, à des injustices ; seulement celles-ci peuvent disparaître, au point de vue moral, devant un devoir supérieur à celui dont elles constituent l'inaccomplissement.

Il nous paraît maintenant pleinement établi que les acquêts

sont aliénables pour le paiement des dettes de réparation. S'ils le sont, les menus objets évidemment le sont aussi et même avant eux. Aussi bien en ce qui concerne spécialement les époux, l'intérêt des enfants le veut, suivant ce que nous avons dit de la légitimité de l'aliénation des choses minimales.

124. Deux questions particulières se posent : De quelles dettes de réparation le mari peut-il être tenu envers sa femme ? Répond-il des injustices commises par elle ? Nous allons examiner l'un et l'autre point.

Supposons, en premier lieu, que le mari a, en dehors de ses pouvoirs, porté atteinte à un bien de l'épouse. Il a nu de la sorte à sa femme dans sa réputation, sa santé ou ses biens pécuniaires. La réparation est due si le mari a eu l'intention coupable de nuire : s'il a agi sciemment, librement et avec connaissance non pas seulement de l'atteinte portée, mais de son caractère injuste. La solution contraire n'est pas moins évidente si la liberté a fait défaut. Mais le mari doit-il réparation si c'est la connaissance du fait de l'atteinte à la femme qui a manqué, ou la connaissance du caractère de ce fait ? Le mari a, par exemple, détruit un bien dotal qu'il croyait à lui, ou dont, par suite de l'ignorance du régime pécuniaire naturel des conjoints, il pensait pouvoir disposer. La négative ne donne lieu à aucune difficulté si le mari n'a point manqué d'une vigilance ordinaire. Nous entendons ici par vigilance ordinaire celle que le mari peut facilement avoir, en tenant compte de la sollicitude que donnent l'amour conjugal et l'amour paternel. Une vigilance plus grande, le mari ne la doit pas ; elle est au-dessus de ce que la raison exige. Lorsque notre hypothèse se réalise, lorsque l'erreur du mari ne dérive point du manque d'une vigilance ordinaire, peu importe que l'époux se soit rendu compte qu'il n'avait pas toute la vigilance possible, et que de là pourrait résulter une atteinte aux biens dotaux. L'intention relative qu'il a



que de nuire ou le consentement donné au préjudice n'est point coupable: ce que le mari a voulu ç'a été de s'abstenir d'une vigilance non obligatoire, et non pas commettre le mal. Il n'y a donc pas lieu à réparation. Et si, par suite d'un faux jugement de la conscience, l'homme s'est rendu coupable en manquant d'une vigilance surérogatoire, la solution reste la même. Le bon sens dit que le conjoint ne peut profiter de ce rigorisme, que son droit n'en est point augmenté. Voilà pour le cas où une vigilance ordinaire n'a point fait défaut. Passons à l'hypothèse où elle a manqué. Si le mari s'est rendu compte de sa négligence excessive et de la faute qu'elle constitue, la réparation est due, puisque l'atteinte est coupable. Mais que décider si l'une ou l'autre de ces conditions n'est point remplie, s'il s'agit d'une atteinte qui n'est point coupable, quoiqu'une vigilance ordinaire n'ait pas été apportée ? Nous obligeons encore le mari à indemniser. Gardien des intérêts dotaux, il est, en effet, tenu de leur donner satisfaction dans la mesure où la femme pourrait réclamer ce dédommagement: il doit se faire justice lui-même. Or, sans la loi de l'administration maritale, la femme pourrait exiger une réparation, malgré le défaut de culpabilité, quand il y a négligence excessive. Pourquoi ? D'abord parce que le plus souvent ce défaut de culpabilité reste sans preuve et qu'il a contre lui la certitude morale ou la présomption qu'une faute a été commise, nous avons, en effet, le discernement de nos actes. Puis, si même l'absence d'intention coupable est moralement établie par des faits, le droit de la femme, dans notre hypothèse de manque excessif de vigilance, ne change pas. Le bien des enfants veut alors que l'indemnité soit payée, afin qu'ils n'apprennent point, par l'exemple de leur père, à compter sur l'impunité de leur négligence. De là pour le mari un devoir précis, grâce à la loi impérieuse de la sollicitude paternelle; de là aussi, par conséquent, un droit pour la mère

125. En résumé, réparation est due par le mari à la femme quand l'atteinte portée aux biens dotaux est coupable ou résulte du manque de la vigilance ordinaire. Cette responsabilité du mari n'est pas, d'ailleurs, différente de celle dont il est tenu envers toute personne à qui il a porté préjudice. Nous rencontrons, en effet, ici un principe qui trouvera sa place dans le chapitre XII. *De la réparation des injustices*, mais que nous saisissons l'occasion de poser dès maintenant. Les hommes se doivent dans le respect et même dans la protection de leurs droits naturels une vigilance ordinaire, et, s'ils y manquent, ils se doivent réparation. Dans l'état social, le sacrifice de soi-même qui consiste à être attentif aux droits multiples avec lesquels on se trouve en contact et à en réparer la violation, est assurément minime par rapport à l'avantage de la sécurité et de l'assistance ainsi procurées, de la confiance et de l'harmonie. Que deviendrait la société, si chacun pouvait, au risque d'atteindre les autres, se livrer à ses caprices pourvu qu'il n'eût pas l'intention de nuire ? D'un autre côté, n'est-ce pas aussi un très grand avantage, au point de vue de l'esprit d'union et à celui de la conservation des biens, que chacun se montre, le cas échéant, le gardien soigneux de tel ou tel de ses semblables que, par exemple, on préserve les tiers des dommages qu'une personne dont on a la direction pourrait leur causer ?

126. La théorie que nous avons développée s'applique-t-elle aux autorisations préjudiciables données par le mari à sa femme relativement au patrimoine dotal ? Le motif de le nier est que si la femme agit d'après des autorisations de ce genre, c'est elle-même cependant qui porte atteinte à son patrimoine et non celui qui se borne à permettre. Mais cette considération est incomplète. S'il y a atteinte portée par la femme, il y a pareillement atteinte portée par le mari. Le bon exercice des pouvoirs d'administration et d'autorisation est, en effet, pour la femme l'objet d'un droit. Ce droit

existe parce que le mari a le devoir précis de bien user de ses pouvoirs ; il existe encore à titre d'équivalent du sacrifice de liberté que fait la femme en subissant les prérogatives maritales. Ce principe posé, l'objection disparaît. Par l'autorisation nuisible, l'homme a privé son épouse d'un bien qui lui revenait, d'une direction qui devait lui être donnée. Il a donc porté atteinte au bien d'autrui. Dès lors, s'il y a eu faute, ou dans le cas semblable de négligence excessive, la réparation du préjudice est obligatoire. On opposerait vainement que le devoir auquel a manqué le mari est un devoir de charité. C'est un devoir de justice, parce que, suivant ce que nous avons dit, le bon exercice des pouvoirs d'administration et d'autorisation est dû à la femme à titre d'équivalent du sacrifice de liberté qu'elle accomplit en les subissant. Mais peu importerait que le fait allégué fût exact ; il ne serait pas concluant. Quelle que soit la nature du devoir auquel un droit correspond, du moment où celui-ci existe la raison proclame que s'il est méconnu par suite de faute ou d'une négligence excessive, Dieu veut, pour le bien social, que réparation soit faite. Ne faut-il pas le rétablissement de la personnalité diminuée ? Mais alors, dira quelqu'un, si la violation du principe de charité, quand il impose un devoir précis, doit être réparée comme une injustice, il n'y a plus de distinction entre la justice et la charité, et ce résultat est contraire à ce qui a toujours été admis. Pardon, la distinction demeure. Elle demeure, d'abord, en ce qui concerne la charité envisagée dans ses applications non rigoureuses qui sont en si grand nombre, et elle demeure aussi au point de vue des applications obligatoires. La loi de charité, quand elle est impérative, n'en reste pas moins elle-même : il s'agit toujours de donner de soi, il s'agit toujours de dévouement ou d'assistance. Seulement, la loi de charité donne lieu alors éventuellement à une application aussi de la loi de justice. Elle fait naître, en effet,

un droit pour le prochain, elle lui attribue un bien ; or, il arrive ainsi, suivant ce que nous avons dit un peu plus haut, qu'elle appelle la loi de justice qui commande le respect du droit d'autrui. Bref, la loi de charité reste toujours elle-même, mais parfois sur elle se greffe la loi de justice.

On démontrerait de la même manière que notre doctrine sur la responsabilité du mari vis-à-vis de sa femme est applicable aux refus nuisibles d'autorisation.

127. La théorie des fautes du mari administrateur, c'est-à-dire de sa responsabilité par suite d'une faute ou d'une négligence dans l'administration de la dot, n'a pas non plus besoin d'être établie séparément. Elle est renfermée tout entière dans celle de la réparation des atteintes portées par le mari à un bien de la femme, et se résume en un mot : l'homme répond du manque d'une vigilance ordinaire ou qui ne lui aurait pas coûté de grands efforts. Rappelons que dans la question de fait de savoir si l'administrateur de la dot s'est montré aussi vigilant qu'il lui était facile de l'être, il faut tenir compte de ce que l'amour conjugal et aussi l'amour paternel rendent au mari la vigilance plus facile. Pour nous approprier la triple distinction en usage parmi les jurisconsultes dans la théorie des fautes, nous dirons : l'administrateur de la dot est responsable de la faute lourde ou de l'acte nuisible, soit un fait, soit une abstention, qui dépasse ou paraît dépasser les bornes de toute négligence ; il répond aussi de la faute légère ; de la négligence qui n'est pas extrême mais dans laquelle cependant il aurait pu aisément ne pas tomber ; au contraire, il ne doit pas de réparation pour la faute très légère ou pour la négligence qu'il aurait fallu de grands efforts pour éviter.

Nous venons de parler du devoir de réparation dont le mari peut être tenu envers la femme. La même doctrine est applicable, le cas échéant, à l'épouse qui causerait un préjudice à son conjoint.

128. Nous arrivons à la seconde des deux questions particulières que nous avons réservées. Le mari est-il responsable vis-à-vis des tiers des dommages qu'ils auraient à souffrir de la part de la femme ?

Ici deux vérités se présentent avec évidence. La première est que le mari n'est pas le premier responsable, à moins qu'il n'ait usé de pression contre sa femme ; il serait immoral que celle-ci échappât, dans une mesure quelconque, aux conséquences de ses actes. La seconde est que si le mari a été complice, s'il a coopéré, il est, au deuxième rang, tenu à réparation. Mais que décider si l'homme a seulement laissé faire le mal ? Ici encore, nous pouvons, grâce à ce qui précède, nous dispenser de longs développements. Suivant le principe que nous avons posé de l'obligation d'une vigilance ordinaire dans la protection des droits mutuels, le mari ne doit pas seulement à son épouse et aux enfants, il doit au prochain lui-même, d'empêcher les injustices de sa femme.

129. Nous avons encore une considération à faire sur notre vingt-deuxième règle, mais aussi en même temps sur les trois qui la précèdent immédiatement. C'est que toutes ces lois peuvent être réunies sous une dénomination commune ; on peut les appeler la loi de l'insaisissabilité. Il résulte, en effet, de ces quatre règles que les biens des époux ne sont saisissables qu'exceptionnellement. Les dettes contractuelles ne sont payables que dans les hypothèses où l'intérêt des enfants les a autorisées, et encore ne sont-elles pas toutes payables sur tous les biens. Certaines ne le sont que sur les menus objets et les acquêts ou sur une partie seulement des biens de famille. Les dettes de restitution par équivalent d'un service rendu ne sont payables que dans les cas où le conjoint aidé par le tiers aurait dû dépenser, et alors même elles ne sont pas nécessairement payables sur tous les biens. Enfin, plus récemment nous avons montré que les dettes de

réparation ne sont payables que sur les acquêts et les choses minimales. La règle actuelle et les trois précédentes peuvent donc être appelées la loi de l'insaisissabilité.

130. Pour comprendre toute la justesse de ce terme il faut encore penser, mais c'est là une considération d'une portée très étroite à côté de notre précédente doctrine, que même les biens régulièrement saisissables dans l'hypothèse de telle ou telle obligation échappent aux poursuites, s'ils constituent, d'après les circonstances, des objets de première nécessité, s'ils sont indispensables, eu égard à la condition des personnes, pour la sustentation présente et même future du débiteur, de son conjoint, de ses enfants, de tout parent dont il se trouverait être le plus proche. La raison dit que le droit de ces personnes à la vie entendue d'une manière aussi restreinte est supérieur au droit du créancier. Elle n'admet pas que la loi de justice elle-même soit sans aucune atténuation. En vertu du droit et du devoir de conservation personnelle, le débiteur a toujours la liberté et l'obligation de réserver pour ses besoins essentiels et pour ceux des personnes qui lui touchent directement, un patrimoine dont l'indétermination du droit des créanciers, quant au mode de paiement, le laisse maître principal. Formuler la loi de l'insaisissabilité, c'est, il est vrai, rompre avec les idées actuelles. D'excellents esprits, toutefois, tendent aujourd'hui à se rapprocher de ce principe. En 1887, la société des agriculteurs de France a émis un vœu en faveur d'une certaine insaisissabilité du patrimoine, semblable à celle du *Homestead* américain (*Association catholique*, 15 mai 1887, p. 548).



## VINGT-TROISIÈME RÈGLE.

*L'un des époux ne peut payer pour l'autre, à moins qu'il ne soit légitime caution ou que la libération n'offre un avantage considérable.*

131. Pourquoi l'un des époux ne peut-il payer pour l'autre ? Pour deux raisons. D'une part, celui qui paierait n'aurait point droit toujours au remboursement : suivant ce que nous avons dit sur la vingtième règle, il ne peut priver son conjoint des chances de remise de la dette ou de prorogation indéfinie du paiement. L'intervention de l'époux non débiteur aboutirait donc à une violation de la loi de la distinction des deux patrimoines conjugaux. D'autre part, si l'on fait abstraction de cet argument, apparaît alors la dix-septième règle qui défend les contrats entre époux, car s'il y a lieu à un remboursement au profit de l'époux qui paie, ce fait de l'acquittement de la dette est l'équivalent d'un contrat. Il vaut un emprunt. Comme un contrat, il est une source de difficultés entre les conjoints.

Justifions maintenant les exceptions. La première va de soi, pourvu que l'on suppose que la caution ne paie que sur des menaces sérieuses de poursuite, sur une mise en demeure du créancier et le principal débiteur étant devenu insolvable. L'époux qui est devenu légitime caution, peut payer sur les biens qui se sont trouvés engagés par sa promesse. Il ne fait ainsi qu'observer la loi des engagements pris. D'ailleurs les deux motifs que nous venons d'alléguer à l'appui de la règle actuelle ne se représentent plus. En premier lieu, la caution aura droit à un remboursement, même si l'on veut supposer une fidéjussion légitime seulement à cause de sa modicité et non consentie par celui des époux qu'elle a garanti. Quel est l'obstacle à ce que celui qui paie pour autrui ait le droit d'être remboursé ? Nous l'avons assez dit : l'impossi-

bilité d'admettre que le débiteur soit privé par l'initiative d'une tierce personne des chances de non-paiement. Or, il est manifeste qu'une telle fin de non-recevoir n'est point opposable à celui qui s'étant rendu caution ne paie, suivant ce qui a été supposé plus haut, que parce que le créancier réclame. Secondement, la dix-septième règle défend les contrats entre conjoints et, par analogie, un paiement qui serait l'équivalent d'un contrat, mais il est clair qu'elle ne peut pas défendre l'exécution d'un engagement valide, d'un engagement que pour l'intérêt des enfants il a fallu ou qu'à raison de sa modicité on a pu prendre.

Nous avons, en second lieu, excepté le cas où la libération offre un avantage considérable. Cette deuxième restriction est, elle aussi, évidemment juste: le bien des fils est en cause. A la vérité se poserait la question de savoir quand la libération offre un avantage considérable, mais nous l'avons déjà résolue par plusieurs exemples donnés dans l'explication de la septième règle. Pas plus que la première exception, la seconde ne rencontre les deux motifs de notre règle. S'il y a avantage considérable dans la libération, l'époux qui paie sera remboursé, parce qu'il paie dans un cas de dépense forcée pour son conjoint. De son côté, la dix-septième règle qui défend les contrats entre mari et femme disparaît dans notre hypothèse. L'étude de ce principe nous a appris qu'il n'empêchait point un emprunt par l'un des époux à l'autre, quand la libération est considérablement avantageuse.

#### VINGT-QUATRIÈME RÈGLE.

*Les dettes entre conjoints prennent rang suivant la date de chacune parmi les dettes envers les tiers. Les dettes dont le mari est tenu par suite d'abus de pouvoir sur les biens de sa femme prennent rang immédiatement après les dettes antérieures au mariage.*

132. Les deux parties dont la présente règle se compose

sont fondées sur ce principe que les créances se classent, au point de vue du paiement, suivant leur ancienneté. Il n'est point particulier à notre matière, mais c'est la première fois que nous le rencontrons. Étudions-le.

Dettes et créances sont deux expressions corrélatives. Elles désignent, l'une l'obligation de fournir un objet, l'autre le droit de l'avoir, spécialement quand la chose n'est point déterminée dans son identité. Elles s'appliquent aussi l'une et l'autre à la valeur sur laquelle une obligation porte. Le premier terme présente cette valeur comme due ou du côté de l'obligé, le second comme susceptible d'être réclamée ou du côté de l'ayant-droit. Jusqu'à présent nous avons parlé des dettes des conjoints et non des créances qui les atteignent parce que ce sont les époux qui nous intéressent et non les personnes qui ont des droits contre eux. Nous restons toujours au même point de vue ; aussi dans l'énoncé de notre vingt-quatrième loi continuons-nous à parler de dettes. Mais dans celui du principe général formulé à l'instant et dans les explications qui vont suivre, nous avons employé et nous emploierons le nom de créances. Le moyen, en effet, de fixer l'ordre de paiement des valeurs dues par une personne, c'est, on va le voir, de les envisager du côté des ayants droit, ou de considérer les droits qui les affectent.

Un homme a deux ou plusieurs créanciers, l'un plus ancien, l'autre plus récent. En tant qu'ils ont les mêmes biens pour garantie, y a-t-il une distinction de rang, un classement à faire entre eux : ceux-ci concourent-ils, ou bien, au contraire, le plus ancien a-t-il le droit d'être payé de préférence au plus récent, suivant la formule : *prior tempore, potior jure* ? Telle est la question que notre principe vient résoudre dans le sens d'une priorité ou d'un droit de préférence en faveur du créancier plus ancien. Le débiteur ne peut payer le créancier second en date et

pareillement celui-ci ne peut se faire payer qu'autant que ce paiement a lieu sans nuire au désintéressement complet du créancier antérieur.

133. Justifions cette thèse. Le créancier postérieur ne peut être payé au détriment du créancier qui le précède, parce que les biens saisissables de l'obligé sont affectés plus étroitement à la garantie de l'ayant droit plus ancien ou doivent d'abord servir à son paiement. Quand l'autre créancier est venu, la personnalité du précédent s'était déjà étendue sur ce patrimoine, par l'effet du droit au paiement intégral. L'égalité des deux créanciers n'est donc pas possible ; elle violerait la loi du respect du prochain. Bref, c'est sur cette loi que repose le droit de préférence. En matière d'acquisition de propriété ne s'accorde-t-on pas à reconnaître la priorité juridique au premier occupant ou pareillement au premier acheteur ? Or, il y a une évidente analogie ; il s'agit ici de l'acquisition d'un patrimoine à titre de gage. Ne parlons même pas seulement d'analogie. Si l'on va au fond, c'est vraiment une question de propriété qui se débat entre les deux créanciers. Je sais bien qu'on dira : — Un créancier ne saurait être regardé comme propriétaire des biens sur lesquels le paiement lui est dû. Est-ce qu'il n'est pas facultatif au débiteur de se libérer au moyen de tel ou tel d'entre eux ou par un emprunt ? Il conserve donc son droit de propriété. — Oui, il le conserve, mais entre créanciers c'est néanmoins de propriété qu'il s'agit. Qu'est-ce, en effet, que la propriété ? C'est, dans un sens général, le droit d'avoir pour soi. Or, le droit de priorité d'un créancier, c'est le droit d'avoir pour soi, pour être payé intégralement, les biens de l'obligé. Au surplus, il importe peu. Loin d'insister, nous reconnaissons qu'afin d'éviter une confusion, il faut que le nom de propriété ne soit point donné au droit du créancier plus ancien. Le terme de droit de préférence vaut mieux. Juste et clair par rapport au second créancier, il ne jette point d'équivoque sur le droit du débiteur.

Quelle que soit l'expression que l'on adopte pour désigner la priorité juridique du créancier premier en date, il est établi que cette priorité existe ; notre principe est démontré. Sont justifiées aussi les trois explications qui suivent. Premièrement si les deux créanciers en présence sont soldés au même moment, il faut que le plus ancien reçoive plutôt que l'autre un paiement complet. En second lieu, si les deux créanciers ne sont pas payés en même temps, il faut que le plus ancien le soit d'abord, et il en est ainsi même dans l'hypothèse de solvabilité du débiteur. Alors même, le paiement du second ayant droit avant le désintéressement du premier n'est point sans détriment pour celui-ci. Par suite de destructions, de perte, de dépréciations ou d'aliénations valides le gage du créancier antérieur peut devenir insuffisant. Sans doute, le créancier postérieur auquel le paiement est d'abord offert peut l'accepter, sans se préoccuper du remboursement du créancier qui le précède, mais il devra, si le débiteur devient insolvable, restituer jusqu'à concurrence du paiement intégral de l'ayant droit plus ancien. La troisième et dernière application est relative à cette hypothèse spéciale: des deux créances, seule la plus récente est liquide, c'est-à-dire déterminée quant à sa quotité, ou est exigible : dégagée de tout terme de toute condition. Que peut exiger dans notre hypothèse, le créancier plus ancien ? Que, le moment de le payer une fois venu, le patrimoine de l'obligé soit remis dans le même état que si la créance postérieure n'avait pas été soldée. Il suffit donc au droit du créancier plus ancien que le plus récent restitue en cas d'insolvabilité du débiteur. Mais cette restitution, il la faut. Le terme ou la condition n'empêche que la loi du respect du prochain veuille la priorité juridique de celui qui le premier a eu sur les biens de l'obligé un droit de garantie.

134. Le principe du classement des dettes suivant leur

ancienneté comporte des restrictions. On peut les ramener à trois dont deux très importantes. La première concerne la publication de la créance antérieure, la seconde est relative à certaines créances qui sont privilégiées, la troisième à des contrats d'engagement d'objets modiques.

Pour que l'ayant-droit plus ancien ait la priorité, il faut qu'il rende publique sa créance. Si cette publication n'est pas la cause du droit de préférence, elle en est la condition. La prérogative qui nous occupe se déduit du fait de l'ancienneté et de la loi du respect du prochain, mais le maintien de la priorité est en même temps subordonné par la raison à l'accomplissement de la formalité indiquée. Il y a, en ce sens, la loi de la publicité des créances. Le devoir du premier ayant droit est de publier sa créance. S'il ne le fait point, les tiers ne sont-ils pas exposés à s'exagérer le crédit du débiteur, à accepter de devenir ses créanciers sans garanties suffisantes de paiement ? Il s'agit donc de leur rendre un important service. D'autre part, la publication est sans difficulté pour le titulaire. Il peut recourir à un avis écrit placé dans les endroits publics du lieu où se trouve le patrimoine. Ou encore il lui est facile de mettre sur les biens matériels du débiteur une marque tout à la fois simple et durable d'engagement du patrimoine. De cette comparaison, que conclure ? Que la loi de l'assistance mutuelle fait de la publication de la créance un devoir pour le titulaire et aussi un droit pour les tiers, car l'obligation est précise. Et si elle n'a point été remplie, il faut pour le respect rétroactif du droit, selon la justice, et pour l'exemple, que la faute soit pleinement réparée. Or, la réparation adéquate consiste à ne pouvoir invoquer la créance antérieure à l'encontre des tiers. Ainsi ce n'est pas seulement le droit de préférence, c'est le concours lui-même ou l'égalité entre deux créances qui est impossible sans la publication de la plus ancienne. Restée secrète, elle doit être rejetée au second rang. Elle est, par rapport à l'autre, non-avenue.



135. Mais cette solution doit aussi être entourée de certaines réserves. Une première est relative au cas d'une créance qui de sa nature serait publique. Par cette dernière expression, nous entendons une créance tenant à un fait notoire comme sont les suivants : l'administration des biens d'un enfant par son père ou par son tuteur, une injustice dont la connaissance est devenue générale dans la localité de l'agent. Alors il n'y a pas lieu à déclaration. Elle pourrait être utile, sans doute, à quelques-uns desquels l'obligation de l'administrateur ou de l'agent sera restée ignorée : mais cette considération ne suffit pas. La publication n'a plus qu'un caractère exceptionnel d'utilité ; elle n'importe point assez pour que la raison la prescrive.

Secondement, le créancier ne doit pas faire connaître le montant de ce qui lui est dû, le terme ou la condition qui affecteraient son droit. Ces indications, dont la publication serait souvent compliquée et gênante, ne sont pas d'une assez grande importance. Il suffit que les tiers soient avertis qu'une créance existe. Pour le reste, il leur est assez facile et c'est à eux de se renseigner ou de prévoir.

En troisième lieu, notre règle ne s'applique pas non plus, quelque soit la créance, à la personne qui n'a plus la garde de ses intérêts et qui, en ce sens, est incapable. Il s'agit, par exemple, d'une femme mariée ou d'un enfant. L'exception est évidente relativement au second, du moins pris en bas-âge : il y a impossibilité : elle est vraie aussi pour la première et pareillement, dès lors, pour l'enfant incapable sans égard au nombre des années. Si quelqu'un est forcé de se tenir éloigné des affaires qui le concernent, il ne peut être obligé d'y intervenir au profit des tiers. Mais le gérant a, vis-à-vis de ceux-ci, le devoir de se comporter comme la personne des intérêts de laquelle il est le gardien.

Nous disons donc que l'incapable est dispensé de publication et que l'administrateur des biens de cette personne

en est tenu. S'il ne remplit pas son devoir, il est responsable vis-à-vis du tiers trompé. Seulement que décider s'il n'est pas solvable ? Faut-il dire qu'alors ce sera l'incapable qui subira la conséquence et qu'alors il ne pourra invoquer la créance non publiée ? Évidemment non, il est dispensé et ne répond pas de son protecteur. Toutefois on hésitera peut-être si le tiers auquel la créance est opposée est lui-même un incapable. Il n'y a cependant pas lieu. L'incapable créancier plus ancien est dispensé de l'avertissement, et il ne doit pas à l'autre incapable de lui venir en aide. Il le doit d'autant moins que celui-ci a, outre le recours contre l'administrateur négligent en fait de publication, le recours contre son propre administrateur qui ne s'est peut être pas assez renseigné avant l'établissement de la nouvelle créance.

Quatrièmement, les cas exceptionnels où des faits enlèveraient à l'absence de publication le caractère de négligence excessive doivent être réservés.

En cinquième lieu, exceptons les créances minimales, mais seulement pour autant que le titulaire ainsi dispensé n'en a pas un nombre considérable. Cette manière de comprendre la présente réserve est analogue à ce qui a été dit de l'aliénation des menus objets par les époux. La publication des créances minimales n'a pas assez d'importance au point de vue des tiers pour être obligatoire.

Sixièmement, le défaut d'avertissement ne peut pas être opposé par le créancier d'une dette de réparation. L'origine de son droit n'est pas volontaire ; il ne peut donc pas dire au créancier plus ancien : votre silence m'a causé un préjudice illégitime en me privant d'une donnée importante dans l'examen de la question de savoir si je devais me rendre créancier moi-même.

Septièmement, au créancier dont nous venons de parler doit être assimilé celui qui a connu, malgré le défaut de publication, l'existence d'une créance antérieure et n'en a pas moins traité.

Enfin il est évident que le créancier plus ancien n'est pas responsable si la créance postérieure est née trop tôt pour qu'il ait pu commodément faire auparavant sa déclaration. Il n'y a pas alors de devoir de réparation à opposer à son droit de préférence.

136. Telle est avec sa véritable étendue la règle qui vient déroger la première, dans l'ordre de nos explications, au principe du classement des créances suivant leur ancienneté. Nous arrivons à la seconde restriction. Elle est relative, comme il a été dit, à certaines créances qui sont privilégiées. Nous appelons ainsi les créances qui échappent à notre principe. Nous ne voyons pas de créances privilégiées en dehors de ces deux catégories : d'un côté les créances que l'on peut appeler nécessaires ou qui ont eu pour cause les besoins essentiels de la famille, et d'autre part les créances pour accroissement de valeur du patrimoine saisissable.

En premier lieu doivent être acquittées avant d'autres plus anciennes les obligations qui ont eu pour cause les besoins essentiels du débiteur lui-même, de son conjoint, de ses enfants ou de tout autre parent dont il se trouve être le plus proche. Il s'agit, par exemple, des créances qui répondent aux nécessités suivantes : la nourriture, le vêtement, l'habitation, le rétablissement de la santé, les frais funéraires et même, quelquefois, la possession de domestiques. Il est impossible de demander à un débiteur de ne pas employer d'abord au service nécessaire, même rétrospectif, de sa personne et de ceux qui lui tiennent directement un patrimoine dont l'indétermination du droit des créanciers, quant au mode de paiement, l'a laissé maître principal. Ce titre, en effet, serait-il réel si le débiteur n'avait pas la liberté que nous lui reconnaissons ? Or, le débiteur doit user de la faculté qui lui appartient. La loi de l'amour du prochain veut que l'exactitude dans le paiement soit proportionnée, pour autant que la justice, comme dans le cas présent, n'en

souffre point, à l'importance du service rendu. Par conséquent, l'obligé doit et non seulement peut solder les créances nécessaires avant d'autres plus anciennes, et à ce devoir correspond un droit pour le créancier.

137. Comment faut-il classer entre elles les créances qui nous occupent ? Certaines sont-elles privilégiées par rapport à d'autres ? Non. Pour toutes, la cause du privilège est la même : la satisfaction d'un besoin essentiel de la famille, et cette cause existe toujours au même degré. Nous convenons que parmi les nécessités de la vie les unes peuvent être plus pressantes que les autres ; mais pourtant du moment où il s'agit de besoins impérieux, les différences possibles ne se dégagent pas avec assez de netteté pour que la raison impose à tel créancier la priorité de tel autre. Une créance pour nourriture, par exemple, ou pour habillement, ne l'emportera pas sur celle du médecin ou du domestique. Entre créances nécessaires, il n'y a donc pas de privilège. Mais ne faut-il pas, dès lors, maintenir entre elles le rang d'ancienneté ? Nous ne le croyons pas non plus. Le concours doit être admis. Quels que soient les engagements qui pèsent sur les biens, le débiteur reste toujours libre de les employer au service nécessaire de sa personne.

138. Les créances pour accroissement de valeur du patrimoine saisissable passent aussi avant d'autres plus anciennes. Nous ne parlons pas d'une augmentation consistant dans la présence d'un objet dont le débiteur ne serait pas propriétaire. Il ne s'agirait pas alors de créance, mais de droit de revendication, ou du moins, si l'on veut supposer une chose fongible, une somme d'argent que l'on sait être mêlée au numéraire que possède le débiteur, la situation serait analogue. Nous supposons, par exemple, l'exécution d'un travail, une gestion d'affaires accomplie au profit du débiteur. D'après les développements donnés à notre vingtième règle, une augmentation de valeur n'oblige pas toujours :

un remboursement, parce que le maître du patrimoine accru ne peut être mis par l'initiative d'un tiers dans la nécessité de se dépouiller. Mais vient-il à aliéner valablement? Alors la restitution doit toujours avoir lieu, si l'augmentation n'a pas disparu. Les créances ainsi devenues exigibles et celles qui tiennent à un accroissement de valeur procuré dans un cas de dépense obligée pour le propriétaire ou en exécution d'un contrat, telles sont, en supposant le maintien de l'augmentation de valeur, celles que nous soustrayons ici au principe du classement suivant l'ancienneté. Leurs titulaires, en se payant sur l'accroissement avant d'autres créanciers moins récents, ne leur nuisent point illégitimement. Ceux-ci peuvent dire, sans doute: l'augmentation de valeur appartenait à l'obligé, elle fait donc partie de notre gage; mais ceux-là sont fondés à répondre: c'est par nous qu'il en est ainsi; dans le prélèvement que nous faisons il n'y a point, dès lors, d'atteinte à votre personnalité, il n'y a pas de violation de droit.

139. D'après cette explication même, le privilège dont il s'agit maintenant n'est point général comme le précédent; il est particulier à l'augmentation qui se trouve dans le patrimoine par le fait du tiers. De là se dégage la réponse à faire à cette question: quel ordre faudrait-il établir entre plusieurs créances pour accroissement? Il n'y a point à faire un classement de ce genre. Chacune des créances qui nous occupent est ordinaire, sauf en tant qu'elle vient à être exercée sur l'accroissement de valeur à la production duquel elle se rattache, et sur cet accroissement elle est seule privilégiée.

140. Quel rang revient aux créances de la deuxième catégorie par rapport à celles de la première? Le second. Nous avons dit plus haut qu'il n'est pas possible de demander à un homme de ne pas employer ce qui est à lui au service nécessaire de sa personne. Toutefois cette considération

s'applique-t-elle même aux accroissements survenus après le besoin ? La question offre un grand intérêt. S'il faut répondre négativement, on doit conclure que les créances pour accroissement occupent le premier rang quand elles sont postérieures en date aux créances nécessaires, tandis qu'elles viennent en seconde ligne lorsqu'elles sont plus anciennes. Ce serait le contraire du principe général. Mais la distinction qui conduirait à cette conséquence doit être rejetée : il est clair que le droit de conservation personnelle va jusqu'à pouvoir engager ses biens à venir pour la satisfaction des besoins essentiels.

Une autre question se présente sur l'ensemble des créances privilégiées. Sont-elles soumises à la règle de la publication ? Leur nature spéciale ne les exempte pas de cette loi. Comme s'il s'agissait d'une autre créance, l'avertissement est utile aux tiers qui penseraient à devenir créanciers de l'obligé. Seulement, à cause de leur modicité habituelle, les créances nécessaires souvent ne devront pas être publiées.

141. Vient enfin notre troisième restriction à la loi de la priorité du créancier plus ancien. Il s'agit de contrats d'engagement par lesquels de menus objets sont affectés en première ligne au paiement de créanciers postérieurs. Sans doute, la faculté que nous revendiquons pour le débiteur doit être renfermée dans des limites étroites. Il ne faut pas que, soit par un exercice habituel, soit en une fois, elle embrasse beaucoup d'objets. Mais il serait déraisonnable aussi de soutenir que l'obligé resté maître principal de son patrimoine ne peut aucunement disposer, par un engagement hors rang, des choses qui lui appartiennent. N'admettra-t-on point d'ailleurs unanimement qu'il pourrait les aliéner ? Peu importe que l'engagement soit matériel ou que la possession reste à l'obligé. L'efficacité du contrat n'est point subordonnée à sa publication ; ici, non plus comme dans l'hypothèse de créances modiques, l'intérêt n'est point suffisant.



Les restrictions au principe de l'ancienneté que nous avons étudiées sont-elles susceptibles de renonciation de la part du débiteur? L'idée de l'affirmative ne peut venir au sujet de la règle de la publication. Ce n'est point en faveur de l'obligé que cette loi existe. Nous en dirons autant du privilège des créances pour accroissement: il ne se rattache point à une liberté du débiteur. Quant au privilège des créances nécessaires, le devoir de conservation personnelle ne permet pas à une personne de renoncer à la faculté de réserver ses biens pour ses besoins essentiels. Le privilège des créances nécessaires futures est donc indestructible par contrat. Il n'y a plus qu'à se demander si la faculté d'engagement hors rang des choses modiques peut disparaître par une renonciation. Mais après ce que nous avons dit de l'étendue restreinte de ce pouvoir la négative s'impose. Il s'agit d'une liberté inoffensive pour les créanciers et qui tient de près à la dignité personnelle du propriétaire. La loi du respect de l'homme ne permet donc pas que ce pouvoir soit supprimé. Une autre raison se présente du côté des tiers, toutes les fois, du moins, qu'il n'y a pas d'opposition à l'engagement faite par les créanciers antérieurs. C'est que le gagiste peut, selon le bon sens, croire au consentement de ceux-ci, c'est qu'il a le droit de le présumer.

142. Nous touchons au terme de notre étude sur le principe du classement des créances suivant leur ancienneté. Nous avons établi l'existence de cette loi et examiné les dérogations qu'elle comporte. Une dernière réflexion se présente. Méconnus, notre principe et les règles qui le restreignent obligent à une restitution le créancier payé indûment. Il la faut pour la réparation du détriment subi par le créancier qui devait être payé d'abord. Cette solution est pareille à une autre déjà admise: l'ayant droit postérieur désintéressé le premier parce que sa créance était la première

liquide ou exigible, est tenu de restituer plus tard à l'ayant droit antérieur ce qui manquerait au paiement intégral de celui-ci. Mais n'oublions pas non plus qu'à moins d'être en faute ou d'avoir manqué de la vigilance ordinaire, le détenteur n'est plus tenu à restitution quand sa possession a cessé

143. Une fois expliqué le principe auquel se rattache notre vingt-quatrième règle, les deux parties dont elle se compose ne présentent plus guère de difficulté.

Premièrement, les dettes entre conjoints prennent rang, suivant la date de chacune, parmi les dettes envers les tiers. Dès lors que cet ordre est conforme à la loi générale du classement des créances on doit l'admettre. Il n'y a évidemment point de motif ni pour qu'au profit d'un conjoint pris en cette seule qualité d'autres créanciers perdent leur rang, ni pour que l'époux descende du sien. Mais si cette réflexion est juste, elle s'applique également aux trois restrictions que subit le principe, à la nécessité de la publication, aux privilèges et aux contrats qui engagent hors rang les objets modiques. Nul ne nous contredira en ce qui concerne ces contrats. De même il n'y a pas de doute possible au sujet des créances pour accroissement, comprises, on le sait, parmi les privilèges. Seulement, par une déduction de la dix-septième règle qui défend aux époux de contracter l'un avec l'autre, l'existence des créances pour accroissement n'est admissible entre les conjoints qu'à titre d'exception. Quant aux créances nécessaires, elles ne peuvent pas exister au profit du mari contre la femme, à moins qu'il ne s'agisse de la sustentation d'un proche de celle-ci. D'après la dix-septième règle, comme aussi par suite du devoir de l'assistance gratuite entre conjoints, les créances nécessaires ne peuvent non plus qu'exceptionnellement se former en sens inverse. Mais si le double fait que nous venons de montrer exceptionnel se réalise, pourquoi le conjoint créancier n'aurait-il pas le privilège dont jouirait en pareil

cas une autre personne ? D'autre part, à l'inverse. pourquoi le conjoint serait-il au dessus des privilèges des tiers ? Reste la première restriction ou la règle de la publication des créances. Nous ne l'appliquons pas à la femme, mais en cela nous restons fidèles à ce qui a été dit sur ce sujet. Quant au mari, il est tenu, selon le droit commun, de publier soit ses créances sur sa femme, soit les créances dotales qui existeraient contre lui. Assurément il peut lui en coûter de faire connaître que son épouse lui doit, et surtout de s'avouer débiteur ; mais pourtant, que l'on n'exagère pas. S'il s'agit d'une créance en réparation contre la femme, son époux sent qu'elle n'est pas digne de tous les ménagements, et si c'est lui qui s'est rendu coupable d'injustice, la raison dit que le sacrifice qu'il fera en publiant comme administrateur dotal son obligation, peut être plus grand sans cesser d'être dû. D'ailleurs la cause de la créance n'a pas besoin d'être publiée. S'agit-il d'une créance d'un époux sur l'autre par suite de contrat, ou d'une créance en restitution ? Elle n'a rien, après tout, de déshonorant pour celui contre lequel elle existe. Ces réflexions ne suffisent pas pour écarter l'objection, j'en conviens ; mais elles l'atténuent. Ce qui nous la fait rejeter, c'est que s'il peut en coûter au mari de faire connaître que son épouse lui doit ou de s'avouer débiteur, il y a aussi pour les tiers un intérêt particulier, que l'esprit ne juge pas moins digne de considération, à être prévenus de l'existence de créances entre conjoints. Ces créances, en effet, ne sont que difficilement supposables : généralement une loi naturelle les prohibe.

Si la règle de la publication des créances est applicable au mari, elle ne l'est que dans la mesure où elle obligerait une autre personne. Sont donc exceptées les créances publiques et celles qui sont minimales, qu'elles appartiennent au mari ou à la femme. Est écartée aussi la nécessité d'un avertissement en tant qu'elle serait invoquée par le créancier d'une dette de réparation.

144. Dans sa seconde partie, notre vingt-quatrième règle dit : les dettes dont le mari est tenu par suite d'abus de pouvoir sur les biens de la femme prennent rang immédiatement après les dettes antérieures au mariage. Si l'on veut bien examiner, cette proposition n'est qu'une application de la précédente. La date des dettes de réparation du mari administrateur, c'est, en effet, celle de l'union des époux. A compter de cet instant elles existent conditionnellement. Alors le mari s'est engagé à réparer les conséquences d'une administration répréhensible, ou, s'il ne l'a pas fait, il a manqué à un devoir envers sa femme et celle-ci doit être remise dans la même situation que s'il l'avait rempli. Il est tenu de réparer de la même manière que s'il l'avait promis. Nous n'avons pas besoin, d'ailleurs, de nous appuyer sur le devoir du mari de s'engager à une bonne gestion. Par le fait même qu'un homme acquiert le droit d'administrateur sur le bien d'autrui, ce dernier acquiert de son côté immédiatement, à titre d'équivalent, le droit à la réparation des suites d'une gestion mauvaise.

145. Dira-t-on que notre théorie est nuisible au crédit du mari ? L'objection serait fondée si la facilité d'acheter sans paiement ou d'emprunter, grâce à la confiance des tiers, devait exister sans restriction. Mais il n'en est pas ainsi. Dans quelle mesure cette facilité est-elle désirable ? En tant qu'elle favorise la formation d'engagements conformes à l'intérêt de la famille. Au delà elle est funeste à cette société et mérite d'être comprimée. Or, les engagements, conformes à l'intérêt de la famille, la priorité de la créance de la femme contre son mari administrateur ne les contrarie pas. La femme, en effet, suivant ce que nous avons dit sur notre quinzième règle, doit les cautionner, si le consentement du tiers est à ce prix. Toute opposition de l'épouse au paiement de ce tiers devenu créancier peut donc être à l'avance écartée. Pareillement il est au pouvoir de la femme, dans

le même cas, de renoncer simplement à sa priorité ou encore d'en faire cession, d'y subroger. Dans l'hypothèse de besoins essentiels, il y a, en outre, pour rassurer les personnes auxquelles le père s'adresse et lui donner du crédit, le privilège des créances nécessaires.

Ne pourrait-on pas faire passer la femme avant certains créanciers antérieurs au mariage si le traité pécuniaire, dans lequel le futur a pris les obligations d'un administrateur, a précédé avec intervalle l'union des parties ? Non. L'homme n'a entendu s'obliger et la femme acquérir un droit qu'à partir du mariage. Nous supposons, d'ailleurs, que la gestion n'a pas précédé l'union des parties. Même dans le cas actuel, le droit de la femme n'est donc pas antérieur au mariage. Un pacte contraire ne pourrait rien contre la réalité.

La créance de la femme contre le mari administrateur est-elle sujette à publication ? Non, elle se rattache à un fait notoire, l'union conjugale des deux parties.

La vingt-quatrième règle du régime pécuniaire naturel des conjoints est maintenant expliquée. Avec elle nous sommes trouvés pour la première fois en face d'une loi dont le bien des enfants n'est pas la cause. De ce fait faut-il conclure que les conjoints ne doivent pas entre eux la stipuler comme les précédentes ? Non, car si l'intérêt des enfants n'en est pas la raison d'être, il réclame cependant qu'elle soit observée de cette manière que le conjoint ne reculera pas de son rang au profit d'un tiers. Ce serait une perte éventuelle consentie au détriment des enfants ; ce serait l'équivalent d'une aliénation illégitime. Il est donc bon pour les fils et il faut que notre loi soit stipulée entre les époux en tant qu'elle signifie que les dettes entre conjoints ne prendront point, parmi les dettes envers les tiers, un rang inférieur à celui auquel les premières ont droit. Il y a plus. La stipulation reste obligatoire si notre loi est considérée avec le sens inverse, ou en tant qu'elle

place le conjoint créancier après d'autres ayants droit. Ainsi sont prévenues plus sûrement des prétentions injustes et nuisibles à la paix conjugale. Il est donc vrai sans distinction que la vingt-quatrième règle doit être entre les époux l'objet d'une acceptation réciproque. Ces observations sont applicables par analogie à la loi suivante.

#### VINGT-CINQUIÈME RÈGLE.

*L'époux créancier a le droit d'être payé sur les biens aliénés invalidement par l'époux débiteur. Les aliénations valides lui sont opposables.*

146. Que l'époux créancier ait le droit d'être payé sur les biens du conjoint débiteur qui ont été aliénés invalidement c'est manifeste, puisque, dans cette hypothèse, rien ne vient faire obstacle au droit d'un créancier, quel que soit celui-ci, sur le patrimoine de l'obligé.

La seconde proposition n'est guère moins simple. Il est d'abord évident, si l'on suppose une aliénation pour le paiement du créancier plus ancien, qu'elle est opposable au plus récent. A part ce cas, quelles sont les aliénations valides ? Ce sont d'abord les aliénations de choses minimes. Manifestement, l'obligé qui est resté le maître principal de son patrimoine peut se les permettre, même à titre gratuit. Cette faculté, toutefois, doit être renfermée dans les limites que nous avons établies en traitant de l'inaliénabilité. Les aliénations licites, ce sont encore celles qui ont l'une des causes suivantes : la détresse de la famille, la sustentation d'un parent auquel des aliments sont dus, l'établissement des enfants, la réalisation d'un avantage considérable, l'utilisation d'un bien. Et toutes ces aliénations, nous avons reconnu qu'il est de l'intérêt des enfants qu'elles aient lieu. Le conjoint créancier ne peut donc empêcher qu'elles soient



efficaces. Remarquez qu'un autre ayant droit ne le pourrait pas non plus. Vainement, en effet, le débiteur aurait renoncé au pouvoir de faire de telles aliénations. Il n'a pu se priver d'une liberté voulue par le bien des enfants. Cette convention n'est même pas valable pour le temps antérieur au mariage. Il n'est pas possible à quelqu'un de se dépouiller de la faculté d'aliéner pour ses besoins, même non essentiels, qui sont selon sa condition, ou pour ceux des personnes qui lui touchent directement. A moins d'insolvabilité contemporaine de l'aliénation, l'engagement que prendrait ainsi le débiteur serait nul comme constituant un assujettissement non motivé du débiteur et des siens, comme contraire, par suite, à l'ordre de la création et ainsi comme dépourvu de la sanction divine. On nous dira : malgré la solvabilité du débiteur, l'assujettissement dont vous parlez est motivé, parce que l'insolvabilité peut venir. Nous répondons que ce n'est pas là un motif que la raison accepte, étant donné, bien entendu, que nous raisonnons dans l'hypothèse d'aliénations commandées par les besoins du débiteur selon sa condition, par celui des proches ou par l'établissement des enfants. Pour que les créanciers se trouvassent mis à l'abri du péril éventuel d'insolvabilité et dispensés de la nécessité de la vigilance dans la réclamation de la dette ou dans l'opposition aux aliénations nulles, l'obligé serait condamné immédiatement à la déchéance. Manifestement l'égalité serait violée, une personne serait diminuée au profit de certaines autres, contrairement à l'intérêt de la gloire du Créateur. C'est d'autant plus évident que, dans notre théorie, les créanciers sont protégés par le principe de l'invalidité des aliénations. La renonciation du débiteur au droit de faire celles qui nous occupent est donc impossible. Bref, nous dirons pour ceux de nos lecteurs qui connaissent le droit positif français que nous déclarons opposables aux créanciers les aliénations dont il s'agit faites en temps de solvabilité de

même que l'article 446 du Code de commerce laisse intacte la validité des opérations faites par le failli plus de dix jours avant la cessation de ses paiements.

Mais la liberté que nous réservons au débiteur, nous la limitons aux besoins essentiels, en cas d'insolvabilité contemporaine de l'aliénation. Au delà, les aliénations sont invalides. Le patrimoine insuffisant doit alors être gardé aux créanciers ; la justice le veut et, dès lors, Dieu ne sanctionnerait point le pacte.

L'obligé ne peut pas non plus, parce que ce serait un acte déraisonnable au point de vue des créanciers eux-mêmes, renoncer, soit à la réalisation d'un avantage considérable soit à l'utilisation d'un bien, au moyen d'un transfert de propriété. Seulement, si, dans ces deux cas, à une garantie fixe en succède une autre plus facile à dérober, chacun des créanciers peut exiger qu'aux frais du débiteur les précautions convenables soient prises pour la sûreté des ayants droit, par exemple que le prix soit mis en dépôt chez une personne qui jouit de la confiance des divers intéressés, qu'il y ait emploi quand il le faut pour la bonne gestion du patrimoine engagé, qu'une maison qui remplace un fonds soit assurée, s'il est possible, contre l'incendie.

147. Lorsque l'avantage considérable qui rend aliénable un bien consiste dans la possibilité d'un emploi, l'aliénation ne devient même valable aux yeux des créanciers qu'après la nouvelle acquisition, puisque sans celle-ci, il n'y a point dans notre hypothèse, de cause d'aliénabilité. Mais autrement l'aliénation leur est opposable, quelque fâcheuses que soient les suites de l'opération pour le débiteur et pour les créanciers. Comme elle est définitive pour l'acquéreur qui lui aussi court les mauvaises chances, le sort de l'autre partie et de ses ayants cause ne saurait être différent. Aussi bien, nous avons déjà formulé une doctrine toute semblable dans l'étude de la septième règle.

Ce que nous venons de dire de la validité, au respect des créanciers, des aliénations qui s'imposent, est à plus forte raison applicable aux constitutions de gage hors rang, d'hypothèque notamment, qui dispenseraient le débiteur de recourir à ces aliénations.

148. Les donations par le débiteur ne sont point valides, à l'exception, comme nous l'avons dit, de celles qui sont minimes par rapport aux ressources du débiteur. Indépendamment de la règle établie plus haut de la nullité des donations faites par des personnes mariées, règle qui par analogie de situation et pour le maintien de l'ordre normal est, en principe, applicable à d'autres personnes, la raison reconnaît aux créanciers un droit supérieur à celui des donataires. Le droit d'être payé l'emporte sur celui d'être avantagé. Seulement nous n'appliquons pas ce principe à ce qui est consacré à l'établissement des enfants suivant la condition de leurs père et mère : procurer cet établissement est, ainsi que nous venons de le voir, une liberté que garde le débiteur vis-à-vis de ses créanciers en dehors du cas d'insolvabilité actuelle. Nous exceptons aussi les libéralités dans lesquelles il n'y a qu'une juste détermination d'une récompense ou d'aliments qui sont dus.

149. Terminons la présente étude par une généralisation. Nous croirions manquer aux préoccupations du lecteur attentif, si, des développements auxquels la loi précédente et celle-ci ont donné lieu, nous ne dégagions point le régime hypothécaire naturel. Il y est passé forcément.

L'hypothèque est la réunion de deux droits : le droit de préférence, en tant qu'il appartient au créancier plus ancien, et le droit de suite.

Pour nous l'hypothèque ne saurait tout d'abord être qu'exceptionnelle, parce que les engagements valides le sont. L'homme est-il marié ? Il ne peut s'engager que dans certains cas. Est-il célibataire ? Pour le maintien de l'ordre

normal il doit, quoique moins rigoureusement, rester dans les mêmes limites. Mais il y a plus. Dans l'ordre naturel tel que nous le comprenons, l'hypothèque n'existe que comme droit de préférence, puisque les aliénations valides sont opposables aux créanciers.

Seulement, d'autre part, toutes créances sont hypothécaires, en ce sens que tout créancier a, d'après la raison seule ou la loi naturelle, un droit de préférence. Toute créance est ainsi garantie de la sorte par une hypothèque naturelle. Ainsi la femme en a une, et qui remonte au jour du mariage.

L'hypothèque naturelle n'existe que moyennant la publication de la créance, mais elle n'a pas besoin d'être elle-même publiée, puisqu'elle accompagne de plein droit l'obligation.

La règle de la publication des créances ne s'applique point à celles qui sont soit publiques par elles-mêmes, soit minimes. Elle ne peut être opposée aux créanciers qui n'ont pas cessé, depuis la formation de leur droit, d'être incapables. Elle ne peut être opposée par les titulaires de créances en réparation. La même règle n'est pas non plus applicable à l'hypothèque où la déclaration aurait présenté des difficultés particulières.

L'hypothèque naturelle est primée par le privilège ou droit exceptionnel de priorité de certaines créances. Les créances privilégiées sont les créances nécessaires et les créances pour accroissement de la valeur du patrimoine de l'obligé. Ces créances sont soumises à la règle de la publication.

L'hypothèque naturelle est générale. C'est, en effet, tout le patrimoine du débiteur qui, pour autant que suivant la nature de la créance il se trouve engagé, est premièrement la garantie de l'ayant droit plus ancien. Cependant les biens qu'il a fallu aliéner pour les besoins de la famille ou pour la bonne gestion du patrimoine échappent aux créanciers, sauf la limitation de cette règle aux besoins essentiels ou

cas d'insolvabilité. Il en est de même, en principe, à raison de leur modicité, des menus objets qui ont été aliénés. Pareillement, ces choses engagées directement par contrat au profit d'un créancier plus récent sont soustraites au droit de préférence d'un créancier plus ancien. Les objets minimes ne sont donc qu'imparfaitement atteints par l'hypothèque.

L'hypothèque conventionnelle ne peut être que l'hypothèque naturelle confirmée par contrat, si ce n'est en tant qu'elle porte sur des choses minimes ou qu'elle a été consentie dans une hypothèse où à défaut d'elle une aliénation aurait été valide, ou enfin que la renonciation d'un créancier plus favorisé l'a rendue possible. Dans cette dernière hypothèse la règle de la publication demeure applicable, sauf en ce qui concerne le créancier renonçant. Les privilèges conservent pareillement leur force, malgré l'hypothèque conventionnelle. L'objet de celle-ci n'est pas nécessairement la généralité du patrimoine susceptible d'affectation. C'est le bien ou l'ensemble de biens fixé explicitement ou implicitement par le contrat. Mais comme un créancier entend d'ordinaire posséder toutes les garanties possibles, l'hypothèque conventionnelle est, à moins de clause restrictive, la confirmation entière de l'hypothèque naturelle et a, dès lors, la généralité dont celle-ci est susceptible.

Les créances qui d'après certaines législations sont munies d'une hypothèque dite légale ou d'une hypothèque appelée judiciaire (Code civil français, art. 2121 et 2123) sont pour nous garanties par une hypothèque naturelle, puisque dans notre doctrine toutes créances sont, en un sens, hypothécaires.

## VINGT-SIXIÈME RÉGLE.

*En cas de prédécès du mari la veuve conserve droit à son entretien tel qu'elle l'avait, et le fils héritier et administrateur de la dot.*

150. Jusqu'à présent nous avons traité du régime pécuniaire des conjoints au point de vue de leurs rapports entre-vifs. Il nous reste à parler des effets de la mort de l'un ou l'autre des époux sur la situation pécuniaire du survivant. Cette seconde partie de notre travail pourrait trouver place dans le chapitre VII à la suite de l'étude que nous y ferons du devoir successoral ; nous déterminerions la place du survivant des conjoints à côté de la descendance du prédécédé. Nous préférons, toutefois, achever sans interruption notre tâche. A la vérité, il est un principe fondamental qu'il faut qu'on nous accorde. C'est que parmi les enfants il n'y a qu'un héritier du père. Mais le lecteur nous concédera volontiers cette thèse provisoirement, si extraordinaire qu'elle puisse lui paraître. Ne lui suffit-il pas qu'elle soit nettement formulée ? C'est, de plus, le fils aîné qui doit être le continuateur, parce qu'il est, régulièrement le meilleur gardien des traditions. Nous demandons que pour plus de précision on nous accorde aussi ce principe, bien qu'il ne nous soit pas nécessaire.

Nous supposerons, dans cette étude et dans la suivante que c'est le mari qui prédécède. Alors la veuve conserve droit à son entretien tel qu'elle l'avait. Dans l'entretien nous comprenons l'habitation. Le droit à cet entretien ou celui-ci même ainsi continué après la mort du mari s'appelle le douaire. Inscrit bien des fois dans les législations, le droit que nous venons d'affirmer existe naturellement. Établissons cette vérité importante.



L'esprit de justice proclame que celle qui a, sans restriction de durée, donné son indépendance et son activité, qui a apporté, au péril de la vie, sa coopération à l'œuvre de la continuation d'une famille et qui, d'ailleurs, ne cessera, dans le veuvage, de se devoir au bien des enfants, a un droit perpétuel et immuable à son entretien. Nous appuyons encore le douaire sur plusieurs autres arguments. Ils se rapportent tous à la loi du maintien des traditions. En premier lieu, si la veuve ne conserve pas droit à son entretien tel qu'elle l'avait, c'est un obstacle à la conservation du patrimoine moral parce que c'est un fait d'instabilité dans la situation des parents. Sans doute, ni la loi du maintien des traditions, ni, par suite, celle de la stabilité ne sont absolues : mais de là que résulte-t-il ? Qu'elles disparaissent devant un motif grave de dérogation. Or, il n'y en a aucun qui demande la suppression ou même la diminution du droit de la femme à son entretien. Tout au contraire, ne reconnaît-on pas unanimement que le douaire est une institution louable ? Secondement, l'obstacle apporté au maintien des traditions par l'inexistence du douaire est d'autant plus considérable que celle-ci, loin d'agir seulement comme un fait quelconque d'instabilité, nuit au prestige de la mère en restreignant sa situation. La déchéance extérieure qui la frappe diminue la force de ses enseignements et de ses exemples. Troisièmement l'influence du mari se ressent elle-même de l'amointrissement de la veuve. Les traditions du père ne peuvent pas être rappelées avec la même autorité par la compagne du défunt. Enfin l'inexistence du douaire est un obstacle au maintien des traditions, parce qu'il aggrave le coup porté par la mort à la société dans le sein de laquelle les enfants ont été formés. Le souvenir des leçons du père et de la mère est d'autant plus fidèle que le milieu dans lequel elles furent données se conserve plus exactement. Voilà nos arguments en faveur de l'institution naturelle du douaire.

151. Le douaire n'est pas limité par la raison à une fraction théoriquement déterminée des revenus du mari défunt, mais il n'en est pas moins précis. Il est déterminé par les faits. La femme continue à habiter dans la maison conjugale meublée comme elle l'était. Elle a droit, d'autre part, à ce qui lui est nécessaire pour continuer le genre de vie que son conjoint lui avait maintenu ou lui avait donné. Elle ne doit pas plus que précédemment le prendre sur ses revenus ; ce serait une dérogation à la loi de la stabilité qui se fonde sur celle des traditions, ce serait un amoindrissement de la femme privée de la continuation d'un système qui lui garantit une réserve contre le besoin, réserve qui, du reste, est une sécurité pour toute la famille. Enfin et surtout, la loi de la succession du père, c'est, comme nous le dirons dans le chapitre suivant, qu'autant que possible il n'y ait rien de changé. L'héritier unique, l'aîné, trouve dans ce principe la base de son droit, et cette règle dont il bénéficie, il doit aussi l'observer. Ce n'est pas assez de dire que la veuve a droit à ce qui lui est nécessaire pour continuer son genre de vie ; il est également exact que le droit de la femme aux ressources dont elle a besoin n'est pas essentiellement un droit à une pension. Les ressources en nature que, pour l'alimentation ou le vêtement elle trouvait sur les biens de son mari, continuent à être sous sa main ou à devoir être mises à sa disposition, comme elles l'étaient du vivant du conjoint. C'est seulement pour les besoins qui ne trouvaient point leur satisfaction directe dans les biens du mari qu'une valeur d'échange doit être fournie à la veuve. Cette solution se justifie comme les précédentes : elle consacre la stabilité.

152. Mais on doit se garder d'être absolu. Il faut réserver l'hypothèse où l'avoir du mari, au lieu d'être exclusivement en biens et en revenus, s'augmentait de gains personnels que sa mort a fait cesser. Rien ne peut alors prévaloir

contre cette considération que la loi de la sollicitude maternelle ne permet pas à la veuve de rejeter sur le fils héritier et, du même coup, éventuellement sur les autres enfants, toute la gêne de la diminution des ressources. Le douaire doit subir une réduction proportionnelle. Puis le maintien intégral de la situation de la femme serait, dans le cas prévu, nuisible à la conservation des traditions. Il serait, en effet, contraire à la volonté présumable du chef de la famille et porterait ainsi atteinte à son autorité morale : il changerait la proportion établie par le défunt entre les dépenses et les ressources. A la vérité, la détermination de la réduction à faire peut être une cause de conflit avec le fils. Mais la bonté maternelle et le respect filial atténuent le danger. Puis, quel qu'il soit, il offre moins d'inconvénient que l'immuabilité de la situation de la veuve dans notre hypothèse.

On raisonnerait de même sur les cas d'une détresse postérieure au décès de l'époux et à laquelle ce dernier comme parent aurait dû pourvoir.

153. Si, grâce à la seule raison, le douaire est un droit précis, peut-il légitimement le devenir encore davantage au moyen d'une convention entre la veuve et le successeur? Nous devons distinguer. Le pacte se borne-t-il à déterminer les ressources nécessaires, annuellement par exemple, pour la continuation du genre de vie qu'avait la femme? Il est licite, à moins que l'on ne soit dans l'un ou l'autre des deux cas de réduction qui viennent d'être examinés. Si ces hypothèses se présentent, le contrat qui ne fait que tenir compte du changement survenu, sans l'exagérer, est encore permis. En un mot, lorsque la convention tend à fixer le douaire comme il doit l'être, elle est légitime. Mais si elle dépasse cette mesure ou reste en deçà, elle est illicite et invalide. Le contrat qui restreindrait le droit de la veuve nuirait aux traditions, et pareillement celui qui l'étendrait, parce qu'il

diminuerait la situation du continuateur du père ; or, Dieu ne peut sanctionner une convention opposée à sa gloire. Quant au pacte conforme à la mesure exacte du douaire, non seulement la veuve et son fils peuvent le passer, mais ils y sont tenus si le douaire n'a pas encore été fixé par le mari, un tel contrat entre époux étant funeste, et s'il y a lieu de prévenir ainsi des incertitudes sur la forme du droit de la mère. Le contrat dont il s'agit est, nous le supposons, utile au maintien de l'harmonie entre la femme et l'héritier, d'autre part, ces deux personnes se doivent à elles-mêmes d'éviter, autant qu'elles le peuvent commodément, un conflit, surtout un conflit aussi contre nature que celui qui divise le fils et la mère. C'est aussi envers le défunt qu'elles ont ce devoir. Au mari et père elles doivent, pour l'autorité de ses traditions, d'assurer le maintien de l'union spéciale qu'en s'associant son héritier, le chef de famille avait établie entre celui-ci et la veuve. Comme mère et comme frère, les parties sont tenues de prévenir le danger d'un conflit entre elles : divisant les restes du groupe dans lequel les enfants ont été formés, ce défaut d'entente rendrait plus difficile la conservation du patrimoine moral. Les motifs que nous venons d'exposer n'amènent pas seulement à la conclusion que le contrat, pris dans l'hypothèse qui nous occupe, est obligatoire. Ils forcent à reconnaître que c'est assez, pour que la convention une fois passée soit légitime et valide, qu'elle soit approximativement conforme à la véritable mesure du douaire. L'exactitude ne peut être ici que relative, puisqu'il s'agit d'apprécier les frais d'existence de la veuve dans des conditions nouvelles ; or, d'un autre côté, l'inconvénient d'un écart sans importance n'est rien au prix des avantages d'une détermination plus précise.

Mais avant la mère et le fils, le mari défunt a été tenu de fixer le douaire par un acte de sa volonté, afin de rendre ce droit plus efficace et de poser ou d'ajouter un précédent.

Du reste, lui non plus ne peut faire une détermination valide en deçà ou au delà des limites naturelles du douaire. Nous réservons seulement les libéralités modiques, qu'elles soient contractuelles ou faites par testament.

Quand doit avoir lieu le règlement dont il vient d'être question? Le plus tard possible, moralement parlant. Plus tôt il est fait et plus facilement il peut devenir une cause de prétentions illégitimes par suite de différences survenues dans l'état de la famille. Aussi n'admettons-nous point que le douaire soit fixé en chiffres ou au moyen d'une fraction dans le traité pécuniaire contemporain du mariage. Certes, nous restons fidèles au principe que la famille, dès qu'elle se fonde, doit avoir sa charte, et nous voulons qu'il soit convenu que la veuve conservera droit à son entretien tel qu'elle l'avait; mais pour l'application de cette clause il faut attendre.

Quelle que soit, d'ailleurs, la date du règlement en question, il vaut comme contrat ou comme volonté du maître des biens grevés, s'il se trouve fixer exactement l'étendue du droit de la veuve. Malgré le caractère illicite qu'il a pu avoir, à cause de sa date et de sa forme contractuelle, cet acte est bon, relativement du moins, et il n'y a point à présumer que la volonté qu'il exprime ait été retirée. Dès lors, Dieu le sanctionne, suivant la loi générale du respect des engagements pris ou des volontés du propriétaire.

Il reste encore un point à éclaircir pour la netteté du droit de la veuve. Nous avons vu que celle-ci continue à habiter la maison conjugale meublée comme elle l'était précédemment. La partage-t-elle avec le fils héritier? Oui, si ce successeur n'est point marié; dans le cas contraire, elle demeure seule. Les motifs de cette double réponse se deviennent aisément. Nous aurons, du reste, l'occasion de les formuler, lorsqu'au chapitre suivant nous parlerons de la préparation du fils aîné aux fonctions de continuateur.

La femme a-t-elle droit à son entretien même si l'hérédité paternelle se trouve n'être que suffisante à le fournir? Oui, en principe. Qui pourrait, en effet, exciper du fait dont il s'agit? L'héritier. Or celui-ci, de même qu'il continue le père dans ses droits doit le continuer dans ses obligations. Les biens, d'ailleurs, arrivent au fils grevés de ce droit de la femme. Seulement le douaire sera restreint. C'est ce que nous avons dit plus haut en prévoyant le cas de la disparition d'une partie des ressources à la mort du mari. Allons plus loin. Qu'advient-il de l'entretien de la mère si la succession est insuffisante à le fournir? Au delà des biens, l'héritier ne saurait être tenu aussi strictement; la justice n'entre plus autant parmi les causes de son obligation. Mais l'union spéciale de ce fils avec ses parents et la dignité dont il est revêtu lui créent vis-à-vis de sa mère un devoir d'assistance particulièrement étroit.

Dans la cas de séparation de corps, la femme qui devient veuve conserve-t-elle droit à son entretien tel qu'elle l'avait? L'affirmative ne nous paraît pas faire de doute. Il y a bien une question qui se pose et que nous n'avons pas omise : celle de savoir si, dans l'hypothèse prévue, l'immunité pécuniaire de la femme ne disparaît pas. Mais si cette exemption demeure, comme nous l'avons dit, il n'y a pas de motif pour que le prédécès du mari vienne la supprimer. Que l'on veuille bien, d'ailleurs, s'en souvenir, nous avons reconnu au mari le droit d'infliger des privations et même des déchéances à sa femme coupable.

154. La situation de la femme après la dissolution du mariage est maintenant complètement déterminée. La veuve est douairière. Elle n'est pas héritière. Pour mériter ce dernier titre, que lui faudrait-il? La succession au droit de propriété du mari défunt. Or la femme n'acquiert pas ce droit. Elle a bien une certaine propriété sur le patrimoine de son mari, de la manière secondaire et éventuelle dont nous avons



reconnu que chacun des époux est propriétaire des biens de l'autre. Dans les limites du devoir d'entretien dont est tenu le mari et de l'obligation d'assistance qui incombe éventuellement à la femme, chacun des conjoints a, en effet, pour soi les biens de l'autre. Mais si nous nous en tenons au sens étroit et ordinaire dans lequel la propriété est le pouvoir d'avoir pour soi premièrement, si nous envisageons la propriété du patrimoine du mari défunt là où elle est le plus pleine, c'est au fils continuateur qu'il faut la reconnaître. A part le respect du droit de la femme à son entretien, le fils a immédiatement pour lui l'héritage. C'est-à-dire que, sans attendre le décès de sa mère, il peut, d'une manière générale et non limitative comme pour la veuve, se servir des biens paternels. C'est-à-dire encore qu'il a le droit de dépenser les revenus dans toute la mesure où il est permis à un héritier de le faire, et qu'il possède, sur l'avoir du défunt, la faculté restreinte d'aliénation qu'avait celui-ci relativement aux choses modiques. Abstraction faite de l'idée de l'unité du successeur, la thèse que nous venons de formuler est unanimement admise et elle ne présente effectivement aucune difficulté. De la femme ou du fils continuateur qui principalement perpétue l'homme? Le second. Car c'est lui surtout qui a été formé par le chef de famille. Il représente mieux qu'une femme le père considéré dans l'ensemble de sa personne; il constitue mieux le chef de famille, il faut donc que sesoient le fils qui recueille les biens; il faut que ceux-ci suivent le sang.

De la loi de la stabilité il résulte, conformément à ce que nous venons de dire, que la veuve n'est pas propriétaire même de la maison conjugale et des meubles qui la garnissent, si l'on prend le terme de propriété dans son sens le plus plein. Sur ces biens comme sur les autres d'où la subsistance de la veuve doit être tirée, celle-ci n'a qu'un droit de jouissance. Telle est la nature du douaire. Une distinction

doit pourtant être faite. Sur l'habitation et les meubles qui la garnissent, la femme a un droit de jouissance exclusif et direct, parce qu'elle l'avait antérieurement. Nous réservons le cas de cohabitation du fils non marié. Sur les biens où la femme trouvait des ressources en nature pour son entretien, elle a, comme avant, un droit de jouissance directe, mais non exclusive. Enfin, sur les biens dont les revenus ne servaient à l'épouse qu'après leur transformation en monnaie, la veuve n'a qu'un droit de jouissance indirecte. l'héritier doit remettre à sa mère les sommes que précédemment celle-ci pouvait employer à ses dépenses personnelles.

Le douaire est-il opposable aux créanciers du mari défunt? Assurément non; la situation de la femme ne saurait être plus immuable après la mort de son époux que du vivant de ce dernier. Mais aussi, d'autre part, son patrimoine reste, entre les mains du fils, susceptible d'engagement et d'aliénation pour les besoins de la veuve, comme si le père existait.

155. La première partie de notre règle est expliquée. Nous passons à la seconde : Le fils héritier est administrateur de la dot. Par là nous entendons non seulement que le fils est le gardien des biens maternels, mais aussi qu'il peut les aliéner, engager sa mère et acquérir pour elle quand il y a lieu. Rappelons, d'ailleurs, les lois de l'inaliénabilité et du non-engagement. Le fils héritier a l'administration, de même que la veuve conserve droit à son entretien tel qu'elle l'avait, de même que la capitalisation de ses revenus doit être continuée : il l'a de par la loi du maintien des traditions. La veuve reprenant la gestion de ses biens, ce serait un fait nouveau, tandis que régulièrement il n'y a point de solution de continuité si le fils héritier administre la fortune maternelle. Dans l'ordre normal, en effet, le futur successeur a été associé aux travaux et aux soins du chef de la famille pendant que

la direction du ménage demeurerait confiée à l'épouse. Il y aura donc stabilité matérielle, et en même temps une autre plus importante sera garantie : la fixité des idées qui ont présidé à la gestion de la fortune maternelle. Il y aura esprit de suite. Bref, avec le fils ni changement d'administrateur ni changement d'administration. Nous avons raisonné dans l'hypothèse normale. Mais si le fils n'a pas été associé ou n'annonce pas devoir continuer fidèlement le chef de famille, il a droit cependant à la gestion de la dot. En la gardant il exerce, sauf les cas extrêmes d'indignité ou d'incapacité, un pouvoir selon la raison, parce qu'il maintient de la sorte un système favorable ordinairement à la perpétuité des traditions. L'héritier administrateur de la dot est la personnification de ce système, comme le fils aîné d'un monarque est, dans l'exercice de la souveraineté, la personnification du régime salubre de la transmission du pouvoir selon la masculinité et la primogéniture. Se plaçant au point de vue du devoir de la veuve, on peut dire en termes équivalents : la veuve doit, dans l'hypothèse dont il s'agit, se conformer à l'ordre normal afin de donner à sa postérité et à ses semblables l'exemple de l'observation d'une loi de la famille. Nous ne faisons, d'ailleurs, que reproduire ainsi une idée déjà exprimée en d'autres matières. Mais nous reconnaissons également que, fondé sur la loi de charité, ce devoir de l'exemple n'est pas absolu. Il disparaît devant un inconvénient proportionnellement grave.

De la démonstration qui précède se dégage une conséquence digne d'être notée, malgré sa simplicité : puisque le fils héritier a l'administration des biens maternels, le décès du mari ne donne point lieu à une action en restitution de la dot. Mais cela ne signifie point que les revenus dotaux continuent à grossir le patrimoine du mari : ils n'ont jamais cessé d'être pour la femme et de devoir être capitalisés à son profit suivant la seconde et la sixième règles.

156. Ce qui vient d'être dit de la gestion de la dot est applicable sans difficulté au cas d'incapacité du père. Le fils héritier présomptif sera l'administrateur de la dot. Déjà, dans l'étude de notre quatrième règle, nous avons fait cette assimilation entre le cas de mort et celui que nous supposons. Nous l'avons étendue aussi à l'hypothèse d'indignité. Nous ne pouvons cependant point alléguer alors qu'avec l'héritier présomptif il n'y aura pas de changement ne faut-il pas, au contraire, qu'il s'en produise un ? Mais nous nous fondons sur les autres arguments : par le fait de son administration, le fils maintiendra un système ordinairement favorable à la perpétuité des traditions, et, de son côté, la mère se conformant à l'ordre normal sauvegardera une loi de la famille. Il y a pourtant un obstacle. On dira — En appelant à l'administration de la dot l'héritier du père défunt vous avez dit : il continuera la gestion paternelle, et maintenant vous présumez que le fils futur successeur ne continuera point les errements du mari indigne. Vous admettez donc qu'associé à un tel père le fils ne se sera pas pénétré de ses mauvaises traditions comme il en aurait pris les bonnes. C'est une contradiction. — Nous le contestons. La présomption d'imitation du mal est combattue par celle de soumission à la conscience, d'autant plus que la déchéance du père est pour le fils un avertissement. Ce qui est vrai, c'est qu'il est à craindre que le futur successeur n'ait souffert plus ou moins des mauvaises exemples du chef de famille. Mais cette considération accessoire ne peut pas empêcher que l'expérience de la gestion du fils ne doive être tentée. Nous le savons, il y a un motif pour le faire : le système de l'héritier gardien de la dot, système qui tend à la conservation des traditions, est ainsi sauvegardé. On dira peut-être : — L'éloignement du successeur présomptif, dans la circonstance présente, favorise, lui aussi, le droit du fils héritier à l'administration des biens maternels. Il renforce

la présomption sur laquelle ce droit repose : celle de fidélité spéciale aux traditions du père. — Soit. Mais tandis que nous maintenons absolument le système de l'héritier gardien de la dot, ceux qui dans l'hypothèse d'un père indigne écarteraient le futur successeur, n'obtiendraient point le même résultat : ils ne sauvegarderaient le système dont il s'agit qu'en suspendant son application. Objecterait-on aussi que l'essai de la gestion du fils héritier présomptif est un trop grand sacrifice pour la mère et pour les autres enfants intéressés, eux aussi, à la bonne gestion des biens maternels ? Ce n'est pas possible : il n'en coûte pas beaucoup de ne pas s'armer contre le fils d'une présomption de similitude avec le père coupable ; il n'en coûte pas beaucoup de ne point présumer le mal. La solution que nous venons de défendre est d'accord avec notre doctrine sur l'hérédité politique. Dans l'hypothèse de déchéance d'un monarque par suite d'indignité, nous n'avons pas fait d'exception à la loi de la transmission des pouvoirs au fils aîné.

Dans les pages qui précèdent, les deux parties de notre vingt-sixième règle ont été considérées isolément. Il est une question qui s'applique à l'une et à l'autre : notre loi est-elle applicable en cas de second mariage de la veuve ? Cette difficulté embrasse aussi le principe dont nous allons commencer l'examen. Elle sera résolue dans l'étude suivante.

#### VINGT-SEPTIÈME RÈGLE.

*La veuve a pour successeur le fils héritier du mari.*

157. La propriété est, dans un sens général, le droit d'avoir pour soi. Après le décès de la veuve, la dot est donc, d'une certaine manière, commune entre tous les enfants. Tous, en effet, conservent le droit que sur ce patrimoine ils avaient à des secours pour leur subsistance et leur établissement.

La mort de la mère ne peut apporter un changement dans les droits des enfants ; la loi de la stabilité s'y oppose. Mais si, au lieu de considérer la propriété sous une forme inférieure, on l'envisage avec sa signification ordinaire ou dans la personne en qui elle est le plus pleine, le fils déjà héritier du mari doit être reconnu héritier de la veuve. Ainsi le veut la stabilité, sauvegarde des traditions du père et de la mère. La dot doit appartenir à la postérité de la défunte : c'est là, en effet que revivent ses traditions ; mais parmi les enfants, c'est l'héritier du père qui doit recueillir les biens maternels. Autrement ils ne seraient plus comme ils l'étaient, au service du ménage dont le mari de la défunte était le chef, tandis qu'ils le seront s'ils appartiennent à l'héritier du père ; celui-ci n'est-il pas continué par son successeur ? Après la mort de la veuve, c'est donc l'héritier paternel qui est propriétaire de la dot. La femme ne peut, d'ailleurs, s'opposer à ce résultat, puisque l'intérêt moral de sa descendance est en jeu. Elle le peut, d'autant moins, que celui des enfants qui est l'héritier du père, c'est-à-dire l'aîné, régulièrement se présente, à cause de son âge et de son association aux parents, comme le meilleur gardien des traditions maternelles. Et quand il en serait autrement, peu importerait. Au point de vue de l'intérêt de la gloire divine, du bien des enfants et, par conséquent aussi, du devoir de la mère, la conservation des traditions du père est plus essentielle. Dans l'ordre normal, elles offrent, en effet, plus de garanties de sagesse et de force. Or, la perpétuation des traditions du père demande, comme nous l'avons dit, que son ménage se maintienne tel qu'il était, sans amoindrissement ; la stabilité matérielle est un gage de la conservation du patrimoine moral.

158. Comment le fils héritier est-il propriétaire de la dot de la veuve ? Peut-il jouir des biens maternels comme d'un autre héritage ? Peut-il user, par rapport à eux, de la faculté



d'aliénation des choses modiques ? La difficulté vient de ce que le mari n'avait pas ces prérogatives et de ce que la mère elle-même, entretenue qu'elle devait être par son conjoint, ne pouvait pas jouir. Sans doute, ces causes n'existent plus : le mari n'était pas propriétaire et le fils l'est, l'épouse recevait sa subsistance tandis que le fils doit subvenir à ses propres besoins et supporte des charges de famille ; mais pour la stabilité le fils ne doit-il pas s'abstenir, comme le père, de jouir et d'aliéner ? Cependant nous croyons que le fils a sur les biens maternels les mêmes droits que sur un autre héritage. Nous avons toujours admis que la loi de la stabilité n'est pas absolue et disparaît devant des sacrifices que la raison juge impossible d'exiger, faute de proportion avec le bien à attendre. Or, ne serait-ce pas un sacrifice extrême pour l'héritier et pour ceux qui viendront après lui, que de ne pouvoir jamais jouir des biens maternels, ni jamais disposer d'aucun d'eux ? Toute différente est la situation de l'épouse : le mari pourvoit à ses besoins. Toute différente également est la situation de ce dernier. Tandis qu'un enfant ou un descendant est instinctivement porté à voir dans sa mère ou aïeule une protectrice, pour le mari la femme est une protégée. C'est une inférieure, malgré la vénération que l'homme doit à sa compagne, et il se diminuerait en appuyant sur elle son existence ou en se permettant de toucher à la dot.

159. L'hypothèse de survie de la femme est maintenant réglée. Nous savons ce qui arrive du vivant et au décès de la veuve. Mais les deux lois que nous avons établies sont-elles encore applicables en cas de second mariage ? Cette question a déjà été annoncée. Elle est triple.

Premièrement, la veuve remariée conserve-t-elle le droit à son entretien tel qu'elle l'avait ? La négative s'impose pour le temps que dure la nouvelle union. Le second mari est le premier tenu de pourvoir aux besoins de sa femme ; c'est

de lui, en effet, qu'elle est devenue principalement l'auxiliaire. Et si la condition de cet homme est inférieure à celle qu'antérieurement avait la femme, la succession du conjoint défunt ne doit aucun supplément, car il n'y a point lieu de pourvoir à ce que la femme ait une condition supérieure à celle de son mari. Supposons que la femme retombe dans le veuvage; la solution changera-t-elle? En aucune manière. La raison se refuse à admettre que les biens du premier mari passent sous l'influence de l'esprit du second et soient exposés à servir à la famille de celui-ci. Or, c'est ce qui arriverait si le douaire ou un supplément de douaire était à la charge de la succession du premier époux, car la femme est plutôt du côté de son dernier conjoint, vivant ou défunt. Tel est du moins, le fait normal et, par conséquent, telle est la règle. Tout ce qui est vrai, c'est que les enfants du premier lit sont tenus, mais encore après ceux du second, de ne pas laisser leur mère dans la détresse. A notre doctrine opposerait-on le principe de la stabilité? Mais si extérieurement elle est atteinte, au fond nous la maintenons, puisqu'en supprimant le douaire du premier mari nous prévenons l'introduction d'une influence nouvelle dans l'emploi des ressources de ce défunt. C'est donc négativement que nous répondons à la première partie de notre triple question.

Nous résolvons de même la seconde : le fils héritier du premier mari reste-t-il l'administrateur de la dot? Les biens de la mère n'ont pas cessé d'être premièrement à elle, et le second mariage n'a point, assurément, la force de l'exproprier en faveur des enfants du premier lit. Il faut donc qu'en cas de besoin, si son second mari ne suffit pas à l'entretenir, elle puisse recourir à sa dot. Et il faut que cette faculté soit pratique, le bon sens le dit. Or, elle se trouverait approximativement annihilée, si l'administration de l'avoir maternel restait au fils héritier du premier époux. A moins que l'âge ne lui ait pas encore permis de prendre ses fonctions de suc

cesseur, il est étranger au milieu nouveau dans lequel vit sa mère. Dès lors il ne se rend pas compte des besoins de celle-ci, et, par suite, il refusera bien souvent d'y satisfaire, d'autant plus qu'il n'y apportera point de bonne volonté. Ces considérations disparaissent-elles dans le cas de second veuvage ? Non, car légitimement la mère restera plutôt dans le milieu où elle se trouve. On objectera peut-être encore que la solution présente est contraire à la loi de la stabilité. Mais nous avons toujours dit que cette règle n'est point absolue ; or, il vient d'être démontré que dans le cas actuel son application aboutirait à une sorte de confiscation de la dot. Accessoirement nous répondons encore que nous restons fidèles à notre principe, en ce sens que nous tendons à conserver à la femme son droit de propriété. Le droit d'administration appartient donc au second époux. Seulement, le changement d'administrateur ne fait pas que la dot cesse de devoir servir, le cas échéant, à l'entretien et à l'établissement des enfants du premier lit.

Enfin, l'héritier du premier conjoint sera-t-il le successeur de la mère remariée, comme si la deuxième union n'avait pas eu lieu ? Cette fois nous répondons affirmativement, mais en supposant que l'héritier du premier conjoint est un enfant de la femme, ou pareillement que la seconde union a été stérile comme la première.

Après la mort de la veuve, l'application normale du principe de stabilité ne rencontre plus le même obstacle : la présence de la femme dans un autre ménage. Il ne peut plus s'agir de soustraire les ressources du premier mari à l'influence du second, ni de laisser réellement à la propriétaire la faculté de recourir à ses biens. Deux intérêts seulement sont en présence : d'une part, celui du second conjoint et de son fils héritier, d'autre part, celui du fils héritier du premier époux. Or, de ces deux intérêts le premier est au moins aussi respectable que le second et l'est plutôt davantage,

puisqu'il est plus ancien. Il n'y a donc point ici de motif de s'écarter du principe de stabilité. La dérogation relative qu'il a subie pendant le deuxième mariage doit, dès lors, prendre fin. Nous dirait-on que nous oublions un point de vue : celui de la perpétuation des traditions de la défunte par le maintien de son patrimoine dans le ménage où elle a vécu en dernier lieu ? Nous répondrions, comme plus haut, que la conservation des traditions d'un mari par la stabilité de sa maison importe davantage. On peut, il est vrai, répliquer qu'après que l'administration des biens matériels a été légitimement entre les mains du second époux ou de son fils héritier, il est contraire à la stabilité de leur reprendre la dot pour la donner à l'héritier du premier lit. Mais non, finalement puisque tout en étant légitime et même, en un sens, conforme à la stabilité, cette situation dérogeait à l'état de choses ancien. Prévoyons une autre difficulté. Recourant à cette idée assurément juste en elle-même, que là où est la charge doit être le profit, on dira peut-être : le second ménage a la charge de l'entretien de la femme, il doit avoir sa succession. Mais ce serait ne pas réfléchir que la charge alléguée n'était elle-même que l'équivalent de l'activité que la femme avait mise au service de son dernier époux. Si nous ne voulions pas nous abstenir d'invoquer le principe non encore démontré de l'aînesse, nous dirions que le fils héritier du premier mari l'emporte, par l'ancienneté, sur la postérité née du second mariage.

En résumé, c'est par une distinction que nous avons répondu à cette question générale : la situation créée par le prédécès du mari reste-t-elle la même dans le cas de convol de la veuve ? Non, pendant la vie de celle-ci : d'une part, la femme remariée perd entièrement et pour toujours son douaire ; de son côté, le fils héritier du premier mari cesse d'être l'administrateur de la dot. Oui, au contraire, après la mort de la femme : le fils successeur du premier mari est

l'héritier des biens maternels, comme s'il n'y avait pas eu de second mariage. Toute notre doctrine sur la question actuelle tient donc dans cette double idée : la femme peut se faire tort à elle-même, dans une certaine mesure, par son convol, elle ne peut nuire définitivement à sa première descendance.

#### VINGT-HUITIÈME RÈGLE.

*En cas de prédécès de la femme, la dot appartient au fils héritier présomptif du mari. Celui-ci reste l'administrateur des biens maternels.*

160. Dans les deux études précédentes, nous avons réglé l'hypothèse de prédécès du mari ; supposons maintenant le prédécès de la femme.

Ici comme plus haut, nous réservons l'existence d'un droit inférieur de propriété commun à tous les enfants et au mari lui-même et nous considérons la propriété dans la personne en qui elle est le plus pleine, ou la propriété prise dans le sens ordinaire. Envisagée de la sorte, elle appartient au fils héritier présomptif, c'est-à-dire à celui des fils qui sera le successeur du père. Régulièrement sans doute, ce fils sera l'aîné d'après une doctrine déjà formulée et c'est sur la tête de ce fils que régulièrement repose le droit d'héritier maternel ; mais si le père, dans la mesure du pouvoir d'exhérédation que nous lui reconnaitrons, juge l'aîné indigne ou incapable, celui qui remplacera ce dernier recueillera la dot. En d'autres termes, de même que l'héritier de la veuve est le fils héritier du père déjà mort, de même l'héritier de la femme qui prédécède est le successeur futur du mari survivant. Et nous établissons cette seconde thèse comme nous avons justifié la première. Les biens de la femme doivent appartenir à sa postérité : là revivent ses traditions ; et parmi les

enfants, c'est le successeur présomptif du père survivant qui est l'héritier de la mère. Ainsi le veut la stabilité, sauvegarde des traditions. S'il n'a pas la propriété de la dot, si elle appartient totalement ou en partie à d'autres enfants, les biens maternels passent dans d'autres ménages que celui dont le mari est le chef. Au contraire, s'ils vont à l'héritier présomptif de ce dernier, ils gardent leur destination : ils restent au service du même ménage, puisqu'ils appartiennent à celui qui continuera le père. — D'autre part, il n'y a pas non plus, dans notre théorie, de solution de continuité jusqu'à la mort du chef de famille. Le mari survivant garde ses pouvoirs sur la dot, il en reste administrateur. C'est ce que dit la seconde partie de notre règle. La stabilité veut cette continuation, et c'est même directement qu'il la faut pour le maintien des traditions. Même par l'héritier présomptif la dot ne serait pas aussi sûrement administrée suivant l'esprit qui a présidé antérieurement à sa gestion. Mais le mari n'est qu'administrateur, il n'est pas propriétaire, il n'a pas la dot premièrement pour lui. Le père, en effet, ne continue point la défunte comme le fils auquel elle a donné son sang et qu'elle a en partie formé.

Ainsi, tandis que la veuve est douairière, le mari survivant est administrateur. C'est la suite de ce qui existait pendant le mariage. Une seconde union prive-t-elle l'homme de sa prérogative, de même que la femme remariée perd son douaire ? Évidemment non. L'obstacle à la continuation du douaire, le passage de la femme sous une autorité nouvelle, ne se présente pas quand il s'agit de l'homme. Il reste toujours lui-même. La loi de la stabilité, l'intérêt direct du maintien des traditions, ne cessent donc pas de vouloir le mari administrateur.

161 Rapprochées l'une de l'autre, la règle actuelle et la précédente donneront peut-être lieu à cette question : dans le système qu'elles consacrent, la femme n'est-elle pas privée



du droit de faire un testament ? Non , nous ne lui refusons point cette prérogative. Mais en tant qu'elle n'en use pas pour consacrer le droit de l'héritier paternel, la mère ne peut se permettre que des libéralités modiques, en faveur de son mari, par exemple. D'autres seraient-elles nulles ? Certainement oui, comme les contrats qui, opposés au maintien des traditions, portent préjudice à la gloire divine et ne sont pas sanctionnés par le Souverain-Maître. Au père non plus n'appartient point une liberté de tester indéfinie. Elle est plus étendue sans doute : le patrimoine du mari n'est pas dans une situation dépendante comme celui de la femme qui subit l'effet de la loi de l'autorisation maritale ; mais pourtant cette liberté sera renfermée, pareillement à ce qui arrive pour l'épouse, dans les limites de l'observation des lois successorales.

102. Il est une question commune à la vingt-huitième règle et aux deux qui la précèdent. Toutes les trois, relatives au douaire ou à l'hérédité soit de la veuve soit de la femme prédécédée, supposent l'existence d'une postérité. Qu'advient-il de leur application, s'il n'y a pas d'enfant ? Elle doit encore avoir lieu, sinon d'une manière identique, au moins par imitation. Cette réponse, en tant qu'il en résulte que le douaire n'est pas empêché, sera facilement admise. Mais, envisagée dans les autres significations qu'elle a également comment se justifie-t-elle ? Comment pouvons-nous maintenir les thèses suivantes : l'héritier paternel a l'administration de la dot de la veuve, il sera son successeur : l'héritier présomptif du père est le successeur de la mère prémourante, et le mari survivant garde l'administration des biens maternels ? C'est que, dans l'hypothèse d'absence d'enfant et même s'il s'agit d'une personne qui meurt dans le célibat, les lois des successions doivent être appliquées par analogies. Il le faut pour le maintien des traditions de la personne qui décède sans postérité. Il le faut pour l'exemple, de même que les

époux sans descendance doivent se conformer aux lois matrimoniales naturelles qui, fondées sur l'intérêt des enfants, règlent les rapports personnels des conjoints.

163. L'application des vingt-septième et vingt-huitième règles au cas d'époux sans enfants doit toutefois subir une restriction. En d'autres termes, il n'est pas vrai absolument que les biens de la femme passent à l'héritier du mari, et que ce dernier, s'il est le survivant, reste l'administrateur de la dot. Les biens patrimoniaux doivent être laissés dans la famille et d'abord dans la ligne du propriétaire qui les y a mis. Cette loi que nous retrouverons dans le chapitre de la société paternelle est fondée sur le respect dû à la personnalité de l'ancien maître et sur l'utilité de sa perpétuation pour assurer le règne du système normal des successions la sauvegarde des traditions paternelles. La loi que nous justifions ainsi peut s'appeler la loi du maintien des biens patrimoniaux dans la ligne d'origine et dans la famille, et le propriétaire, par qui les biens ont été mis dans la famille ou dans la ligne qui les possède, est convenablement appelé le premier propriétaire. Nous exceptons de la règle qui vient d'être formulée, les biens donnés à la femme pour son établissement par mariage. Dans l'hypothèse, en effet, de constitution de dot par celui qui devait doter, il y a eu intention chez le disposant, elle est présumable du moins, sauf indication d'une volonté contraire, et il y a eu pouvoir de permettre que la libéralité servît à la continuation du ménage, quelle que fût la personne chargée de cette mission. Les vingt-septième et vingt-huitième règles s'appliqueront donc aux libéralités ainsi faites et aux acquêts de l'épouse. De ces biens l'héritier du mari est administrateur pendant le veuvage de la femme de ces biens il sera héritier. Ou, si elle précède, le successeur présomptif du mari devient propriétaire et le mari est administrateur. Au contraire, comme les autres biens de la femme que nous appelons patrimoniaux doivent rester

dans la famille de celle-ci, ils n'appartiennent point à un héritier pris parmi les parents de l'homme, à moins que ce successeur ne se trouve avoir la même qualité comme parent aussi de l'épouse. De même que la propriété, l'administration fait retour aux parents de l'épouse défunte. L'administration par un étranger est opposée à l'idée juste de l'union qui doit exister entre les biens et les descendants ou les parents du premier propriétaire. Sans doute, nous avons admis que, pendant le mariage, l'homme, qui est cependant un étranger pour l'ancien propriétaire, est administrateur. Mais c'est qu'alors la femme sert d'intermédiaire. Elle a le droit, vis-à-vis de sa famille, de gérer par elle-même ou par un autre. Aussi bien, dans l'étude de la quatrième règle nous avons expliqué le droit d'administration du mari. Pareillement, le successeur quelconque du mari a cette prérogative jusqu'au décès de la femme. La gestion par l'héritier du conjoint étant possible, comme celle de ce dernier, au point de vue du lien entre le patrimoine et la ligne ou la famille du premier propriétaire, la loi de la stabilité reprend son empire.

164. Nous venons de faire observer que l'héritier du mari qui n'est pas un enfant des conjoints, ne peut prétendre aux biens patrimoniaux de la femme. Le système successoral, tel que nous l'avons adopté en matière de souveraineté, tel aussi que nous nous proposons de l'admettre pour les biens économiques, nous commande même d'aller plus loin. Il faut écarter des biens patrimoniaux de la femme une fille de celle-ci, lorsqu'il est survenu des mâles dans la descendance ou dans la parenté de l'ancien propriétaire. Nous disons : lorsqu'il est survenu ; car, s'il y avait eu des mâles au moment où la femme a succédé, elle n'aurait pas été héritière. Le motif de décider est celui que nous avons donné à l'appui de la solution correspondante dans le chapitre de l'État. C'est qu'un parent mâle, grâce à l'indépendance de

son sexe, promet mieux qu'une fille de maintenir les traditions du dernier possesseur. Il peut être plus éloigné, mais il est parent cependant et l'indépendance de son sexe lui permettra d'agir selon cette communauté de vues qui régulièrement existe entre personnes du même sang. Au contraire, la fille n'est pas destinée à rester elle-même; sa personne et ses biens passeront ou sont passés par le mariage, sous le pouvoir d'un étranger. Cet homme, sans doute, remplira les devoirs de l'alliance; mais il n'aura point entre lui et la mère de sa femme l'identité morale relative qui naît de l'unité d'origine. Nous appliquerions la même solution aux biens patrimoniaux du père. Elle peut paraître rigoureuse, mais il faut songer au respect que commande la personnalité du premier propriétaire, à l'utilité de sa perpétuation pour la sauvegarde des traditions. La descendance féminine d'une personne ne peut recueillir les biens patrimoniaux de celle-ci qu'en l'absence de parents mâles et la descendance masculine par des filles ne le peut qu'en l'absence d'un agnat du défunt ou des descendants de ce parent, s'il est prédécédé.

165. Revenons au principe que, si un mariage est resté infécond, nos lois relatives au douaire et à la succession de la femme restent applicables. Faut-il suivre cette règle, on ce qui concerne la succession de la femme prédécédée, même si l'héritier futur se trouve être un enfant né d'une seconde union du mari? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. De même qu'il faut pour l'observation des lois successorales par analogie que la veuve sans enfants ait son douaire, de même il faut que les biens de la première femme restent au service du ménage dont le mari est le chef et appartiennent au fils né de la nouvelle union, puisqu'il est l'héritier du mari. C'est une règle générale déjà rencontrée bien des fois que les époux sans enfants doivent se conformer cependant aux lois de leur état. Serait-on tenté de dire : il est trop dur

pour la femme qui précède de devoir laisser ses biens à l'enfant de celle qui la remplacera? Cette appréciation serait inexacte. A l'épouse stérile que la mort vient éloigner de son conjoint, il ne coûte pas de désirer que celui-ci trouve dans un second mariage la perpétuation de son sang et de sa vie morale. Mais la propriété de la dot ne se trouve-t-elle pas incertaine? Non, même avant la naissance de l'enfant du second lit, le veuf n'est pas sans successeur. Du reste, il importerait peu. La dot ne redeviendrait pas susceptible d'occupation : elle a un gardien, le mari.

166. Aux développements qui précèdent, se rattache une vérité importante. C'est que les époux ne sont jamais héritiers l'un de l'autre. Le mari n'est jamais héritier de sa femme, parce qu'il a toujours un successeur et que, grâce à sa qualité de fils ou par analogie, cet héritier a, dès le prédécès même de l'épouse, la propriété de la dot. La femme non plus n'est jamais héritière de son mari. Pour le maintien des traditions de cet homme et pour l'exemple, il faut que la loi du fils aîné héritier ou la loi de l'aînesse soit toujours appliquée aussi nettement qu'elle peut l'être. L'héritier et l'épouse du mari restent donc toujours distincts, même lorsque l'aînesse ne trouve qu'une fille, une parente ou une alliée pour représentante; ils restent distincts même à défaut de tout parent ou allié, en ce sens que le mari a le devoir alors de se choisir un héritier qui ait auprès de la veuve le rôle d'un fils. La situation de la veuve près du successeur quelconque est celle qui lui appartiendrait près d'un fils : devant ce continuateur la veuve est, sous le rapport de la vie intime, un témoin des traditions de son époux.

167. Une dernière observation se présente. Nous avons soutenu que les lois relatives au douaire et à la succession de la femme sont applicables dans l'hypothèse de mariage infécond. En est-il de même des autres règles précédemment étudiées? Oui. Toutes ces règles ont pour cause, non pas

unique, il est vrai, le bien des enfants; ou du moins, celui-ci est intéressé à leur observation. Or, ce que les époux devraient à leurs enfants, ils le doivent aussi, quoique d'une manière moins stricte, à leurs proches et spécialement à celui qui sera leur successeur. D'autre part, au seul point de vue de l'exemple ou de la conformité à l'ordre normal, les conjoints privés d'enfants devraient se soumettre à un régime qui, d'ailleurs, sauvegarde leurs propres intérêts, préserve la dignité du mari et protège la femme. La pratique de ce régime doit-elle, en outre, être stipulée par ceux qui s'unissent sans espérance de postérité? Répondons affirmativement. D'une part, les époux qui ont l'espoir d'une descendance doivent prendre cette précaution, il est de l'intérêt de leurs enfants à venir que les lois qui régulent les rapports pécuniaires matrimoniaux revêtent, dans le moment propice, la force indiscutable du contrat. Et d'un autre côté les conjoints que nous supposons, semblablement à ceux qui se trouvent rester sans postérité, doivent à leurs proches et spécialement à leur successeur ce qu'ils devraient à des fils. Comme le devoir de la pratique du régime pécuniaire matrimonial, le devoir de la stipuler existe, en outre, au point de vue de l'exemple.

## § II.

### Examen des lois françaises relatives au régime pécuniaire des conjoints.

168. Une étude détaillée de ces règles ne serait point ici à sa place. Elle ne présenterait, d'ailleurs, aucune utilité au point de vue de la confirmation des principes : les lois en face desquelles nous nous plaçons ne sont point susceptibles d'être ramenées au régime naturel. Ce n'est point, en effet, par certaines de leurs dispositions, mais dans leur ensemble



qu'elles lui sont contraires. Cette opposition est-elle légitime? Le moment ne conviendrait pas pour s'arrêter à une question qui se rapporte à l'examen des pouvoirs de l'autorité civile en matière de mariage. D'ailleurs la négative est assez évidente. Nous nous bornerons donc à des constatations.

Le Code civil français traite des rapports pécuniaires des conjoints dans les titres suivants : *Du mariage, des successions, des donations entre-vifs et des testaments, du contrat de mariage, de la vente, des privilèges et hypothèques*. Nous suivrons cet ordre dans notre examen.

Des articles 215 et 217 et des autres dispositions qui s'y rapportent, il résulte que la femme ne peut plaider, aliéner, s'engager ni acquérir sans l'autorisation de son mari. Dans nos treizième et quatorzième règles, nous avons formulé la même doctrine. Mais nous ne l'entendons pas absolument de la même manière que le Code. Pour nous, l'incapacité est, en un sens, plus étendue. Dans le système français, elle se trouve, en effet, forcément restreinte par la possibilité d'une stipulation réservant à la femme l'administration de ses biens. À l'inverse, la même incapacité est pour nous atténuée en ce que nous permettons quelquefois à la femme des aliénations, des engagements et des acquisitions pour le compte du mari.

Le titre des successions ne peut concorder pleinement avec nos règles sur les effets du prédécès d'un conjoint par rapport à l'époux survivant, car les principes de l'unité de l'héritier et de l'aînesse ne sont pas admis. Aucun douaire n'est réservé à la veuve par le titre que nous venons d'indiquer, mais la loi du 9 mars 1891 reconnaît au conjoint survivant un droit de jouissance qui porte soit sur un quart des biens ou même moins, s'il y a des enfants, soit sur la moitié dans le cas contraire. Cette modification du Code civil est assurément bonne en tant qu'elle établit le douaire ; mais dans le régime pécuniaire que nous croyons être le vrai, il n'y a point de place pour un droit d'usufruit du veuf, et le

douaire doit être déterminé par les faits, non point mathématiquement (Sur la loi du 9 mars 1891, voir une étude très appréciée de mon collègue et ami M. Lamache). Nulle part la loi française n'appelle un héritier du mari à l'administration de la dot de la femme survivante. D'après le même titre, la succession de la veuve ou de l'épouse qui précède est indépendante de celle du mari : l'héritier de l'homme n'est pas nécessairement le successeur de la femme. Le mari survivant ne conserve point la gestion des biens dotaux. Toutes ces oppositions au droit naturel sont la conséquence d'un même fait : la méconnaissance du principe de la perpétuation des traditions. D'après l'article 767 l'un des époux hérite de l'autre à défaut de parents. Pour nous, cette succession ne doit jamais avoir lieu ; mais nous entendons par là que si un homme est sans famille il doit se constituer un héritier qui est en même temps l'héritier de la femme, et nous ne voulons point dire que l'État doit passer avant le conjoint survivant.

De même que le titre des successions ne rattache point la succession de l'épouse à celle du mari, le titre des donations entre-vifs et des testaments ne distingue pas, au point de vue du droit de donner et de tester, entre l'homme et la femme, tandis que la vérité est que l'épouse ne peut soustraire son patrimoine à l'héritier actuel ou présomptif du mari. Cette égalité de l'homme et de la femme au point de vue de la donation ou du testament est le développement d'un article du titre du mariage : « La femme peut tester sans l'autorisation de son mari » (221). D'après les articles 913 à 916, des libéralités qui peuvent aller du quart à la totalité des biens sont permises aux conjoints. Pour nous, au contraire, elles ne sont licites et valides que si elles sont modiques. Nous faisons la même observation sur les articles 1094 à 1098 qui autorisent entre époux des libéralités dont la mesure ordinaire est un quart en propriété et un quart en usufruit ou la moitié en usufruit. Telles qu'elles sont réduites en cas de

second mariage, elles dépassent encore la véritable limite : elles sont égales à une part d'enfant. Le législateur a aussi le tort de ne pas reconnaître le droit du père de statuer sur l'indignité ou l'incapacité de son successeur normal.

Nous arrivons au titre du contrat de mariage. L'article 1395 dit que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. C'est contraire à ce que nous avons admis pour l'hypothèse où les conjoints, après avoir méconnu le régime naturel, voudraient en stipuler mutuellement l'observation. Le titre du contrat de mariage distingue quatre régimes matrimoniaux : la communauté (1399-1528), le régime exclusif de communauté (1529-1535), la séparation de biens (1536-1539) et le régime dotal (1540-1581). Ici le terme de régime matrimonial est pris dans un sens restreint. Il s'applique seulement à la réglementation de l'ensemble des rapports pécuniaires entre-vifs des époux et abstraction faite des libéralités. Le régime de communauté est contraire à la loi de la distinction des propriétés du mari et de la femme et à la loi du paiement par chacun des époux des dettes qui lui incombent. Nous allons parler du second régime dans un instant, en même temps que de tous les quatre pris ensemble. Le troisième méconnaît la loi de l'administration martiale. Il n'en est pas autrement du quatrième en ce qui concerne les biens non constitués en dot et, par suite, non confiés à la garde du mari. On les appelle les paraphernaux. Tous les quatre, les régimes matrimoniaux français suppriment ce qui a été pour nous la première loi, la règle de l'immunité des biens de la femme. Ils admettent, à la vérité, l'établissement d'une société d'acquêts. Mais ce tempérament n'empêche que l'épouse contribue aux dépenses du ménage. Pareillement, tous les régimes du Code s'écartent plus ou moins de notre théorie sur les lois de l'inaliénabilité et du non-engagement, quoique le dernier les applique dans une mesure

large qui est digne de remarque au milieu de la législation moderne.

Au titre de la vente, l'article 1595, d'accord avec notre dix-septième règle prohibe la vente entre époux. Mais les exceptions n'ont pas la même étendue des deux côtés. D'une part, l'article 1595 se contente de stipuler qu'il y ait une cause légitime à la vente entre époux, comme un emploi, tandis que nous avons exigé un avantage considérable ; d'un autre côté, seul nous exceptons les ventes d'objets minimes. Signalons une autre différence. L'article 1595 ne traite, expressément, du moins, que de la vente, et notre dix-septième loi est commune à tous les contrats d'aliénation ou d'engagement.

Le titre des privilèges et hypothèques rejette la loi de l'insaisissabilité (2092). Le principe du classement des créances suivant leur ancienneté n'est pas davantage admis (2093) : il n'y a pas, en général, de droit de préférence. Aucune exception n'est faite pour les époux, sinon au profit de la femme (2135). Celle-ci a une hypothèque légale. Encore cette hypothèque qui ne s'applique pas à toutes les créances de l'épouse, est-elle en partie placée au-dessous du rang qui devrait lui revenir : les dettes dont le mari est tenu par suite d'abus de pouvoir sur les biens de sa femme ne prennent pas toutes rang immédiatement après les dettes antérieures au mariage. L'existence de l'hypothèque de la femme est déclarée par le même texte indépendante de l'inscription, et ceci est conforme au régime naturel ; mais l'article 2136 n'en prescrit pas moins à l'homme d'inscrire l'hypothèque de sa femme contre lui. Nous n'avons point imposé cette obligation en ce qui concerne les dettes dont l'époux est tenu comme administrateur, parce qu'au mariage, fait notoire, se rattache nécessairement, selon nous, le droit d'administration du mari ; mais on sait que dans le système du législateur français il en est autrement : le régime de séparation de biens

laisse à la femme la gestion de son patrimoine, et il en est de même dans le cas de régime dotal pour les paraphernaux.

169. Les lois françaises dont nous avons parlé dans ce paragraphe sont-elles simplement proposées à l'adoption des époux, ou bien est-il défendu à ceux-ci d'y déroger ? Ont-ils la faculté de se soumettre au régime pécuniaire naturel ? L'article 1287 dit : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et, en outre, sous les modifications qui suivent ». Mais cette donnée qui, malgré la restriction qui la termine, paraît générale, est assez trompeuse. En réalité, les conjoints ne peuvent déroger tout au plus qu'aux lois relatives à la communauté, à l'exclusion de communauté, à la séparation de biens et au régime dotal. Par suite de la défense de toucher aux lois sur les successions (1389), les conjoints ne sont pas libres absolument de stipuler que la veuve aura droit à son entretien tel qu'elle l'avait, et surtout ils ne peuvent pas convenir que l'héritier du mari sera celui de la femme. Ils ne peuvent pas restreindre leur droit de disposer. Aucun interprète du Code ne les admettrait non plus, au delà des règles du régime dotal, à consacrer par une convention les lois de l'inaliénabilité des biens des époux, du non-engagement de ces personnes, de l'insaisissabilité de leurs patrimoines et du classement de leurs créances suivant l'ancienneté. De pareilles stipulations mettent en cause les droits des tiers quelconques ; elles ne seraient donc possibles, aux yeux du législateur français, que s'il admettait les lois visées par elles. Or, sauf l'inaliénabilité dotale, il les repousse.

---

## SECTION II.

DU MARIAGE D'APRÈS LE DROIT DIVIN POSITIF  
DES PREMIERS TEMPS.

170. Le mariage est un noble contrat. Il est grand par son objet : deux personnes se donnent l'une à l'autre ; il est grand par son but : la multiplication de la race humaine. Il est grand à cause des lois qui le régissent. N'élèvent-elles pas les époux par le dévouement mutuel auquel elles les obligent et par la victoire qu'elles leur font remporter sur les passions insatiables et inconstantes ? Le mariage est encore un noble contrat parce qu'il est l'origine de la mission d'éducation qui appartient au père et à la mère, parce qu'il donne à l'homme une haute autorité et que la femme doit à la loi de l'obéissance au mari, plus de gravité dans les pensées, plus de force dans les desseins, en un mot plus de vie.

Mais le mariage n'en est jamais resté à ce degré de grandeur. Il a été, dès le commencement, une institution divine : Dieu a provoqué la première union. Quelle ne fut pas la beauté de ces noces dans lesquelles le roi de la création et celle qui avait été formée de lui, parés de la splendeur de l'innocence et dépositaires d'une puissance de vitalité qui ne s'est pas encore éteinte, se reconnurent, en présence de Dieu et sous l'inspiration de son amour, faits l'un pour l'autre ! Mais il ne nous appartient pas de nous



arrêter à cette considération. Elle a pourtant son importance juridique et nous l'invoquerons un peu plus loin. Ce que nous avons à dire d'abord, c'est que le mariage eut lieu dans des circonstances qui constituent une confirmation par Dieu des lois naturelles dont nous avons prouvé l'existence. Puis, nous montrerons que par suite des mêmes faits ces principes sont devenues plus strictement obligatoires. Tels sont, en ce qui concerne le mariage, les deux aspects principaux du droit divin positif des premiers temps.

Il y en a un autre que nous ne pouvons pas non plus passer sous silence, bien que nous n'ayons point à en faire l'objet d'une division spéciale. Le droit divin positif des premiers temps apparaît comme une confirmation de l'honnêteté intrinsèque du commerce de l'homme et de la femme. La Genèse, en effet, nous montre le Créateur lui-même organisant diversement le corps de l'homme et de la femme en vue d'un concours réciproque dans l'œuvre de la génération. C'est un point sur lequel insiste la *Dogmatique* de Scheeben (*Handbuch der Katholischen Dogmatik*) en des termes que nous allons reproduire :

« 419. Déjà dans le récit sommaire que la Genèse, I, 27, fait de l'origine de l'homme : *Masculum et feminam creavit eos*, il est dit expressément que la différence sexuelle entre l'homme et la femme, et notamment l'organisation diverse des deux corps disposés en vue d'un concours réciproque dans l'œuvre de la génération, est contemporaine de la création des premiers hommes et provient de Dieu lui-même. Elle est donc comprise dans la constitution concrète de la nature humaine, telle qu'elle est sortie des mains de Dieu. C'est dire en même temps que la différence sexuelle a été voulue de Dieu dès l'origine comme un bien conforme à la nature et comme un moyen naturel d'atteindre le but qui en dépend. La Genèse le déclare immédiatement après les paroles que nous venons de rapporter (*Crescite et*

*multiplicamini — Generando multiplicamini*). Ce but, c'est la propagation de la nature par la génération. Cette différence n'est donc pas une chose accidentelle, une sorte d'abus que l'on tolère pour supprimer ou éviter un plus grand mal » (II<sup>e</sup> partie, III<sup>e</sup> section, chapitre second, art. II. Le passage ci-dessus est extrait de la traduction qui se trouve dans la Bibliothèque théologique du XIX<sup>e</sup> siècle, publiée par Palmé, Paris).

---

## ARTICLE I.

**Les lois naturelles du mariage confirmées par le droit divin positif des premiers temps.**

171. Pour faire voir que les lois naturelles du mariage reçurent de Dieu une certaine confirmation en même temps qu'il provoqua l'union du premier homme et de la première femme, nous devons rapporter les quelques lignes de la Genèse qui ont fixé la mémoire de cet événement :

« Adam appela par leurs noms tous les êtres vivants, tous les oiseaux du ciel et tous les animaux de la terre ; mais il ne se trouvait pas pour Adam d'aide qui lui fût semblable. C'est pourquoi le Seigneur Dieu envoya un sommeil profond à Adam, et lorsque celui-ci se fut endormi il lui enleva une de ses côtes et il mit de la chair à la place. Et le Seigneur Dieu avec la côte qu'il avait enlevée d'Adam édifia la femme et il l'amena à Adam. Et Adam dit : Voici maintenant l'os de mes os et la chair de ma chair ; celle-ci sera appelée : qui vient de l'homme, parce que c'est de l'homme qu'elle a été prise. Pour cette raison, l'homme quittera son père et sa mère et il s'attachera à son épouse et ils seront deux en une seule chair » (1).

---

(1) « Appellavitque Adam nominibus suis cuncta animantia et unversa volatilia coeli et omnes bestias terræ ; Adæ vero non inveniebatur adiutor similis ejus. Immisit ergo Dominus Deus soporem

Y a-t-il dans ces faits une certaine confirmation de nos lois naturelles du mariage ? Nous sommes fidèles à ce terme employé déjà : une certaine confirmation. Il ne s'agit point, en effet, d'une confirmation qui s'impose absolument, par elle-même, du moins, ou abstraction faite de l'interprétation autorisée que Jésus-Christ et l'Église ont pu donner de notre texte. Nous affirmons simplement une vraisemblance et nous le faisons avec toutes sortes de réserves, car nous n'avons pas de compétence en cette matière d'exégèse sacrée où nous allons parler cependant par nous-même. Sous le bénéfice de cette observation nous soutenons que la conclusion qui vient à la pensée si l'on réfléchit au récit qui précède est la suivante : Dieu, quand il présida à la première union, sanctionna les lois du mariage préalable public, de la cohabitation perpétuelle, de l'autorité maritale, de l'unité et de l'indissolubilité.

172. Établissons d'abord notre thèse relativement à la première de ces règles. C'est celle qui prescrit à l'homme et à la femme de ne procéder à l'œuvre de la génération qu'après s'être donné publiquement le droit perpétuel de l'exiger l'un de l'autre. Cette loi a deux parties, l'une qui concerne l'antériorité et l'autre la publicité. Nous trouvons une confirmation de la première dans le fait qu'Adam et Ève passèrent ce contrat avant d'unir leurs corps. L'Écriture donne même à entendre que cette union n'eut lieu qu'après la chute :

« Dieu chassa Adam et il plaça devant le paradis de

---

in Adam, cunque obdormisset tulit unam de costis ejus et replevit carnem pro ea. Et ædificavit Dominus Deus costam quam tulerat de Adam in mulierem et adduxit eam ad Adam. Dixitque Adam : Hoc nunc os ex ossibus meis et caro de carne mea ; hæc vocabitur Virago quoniam de viro sumpta est. Quamobrem relinquet homo patrem suum et matrem et adhærebit uxori suæ et erunt duo in carne una » (Genèse, Chap. II, v. 20-24).

délices un chérubin avec un glaive flamboyant et que l'ange brandissait. Celui-ci devait garder le chemin de l'arbre de vie. Or Adam eut commerce avec son épouse Ève ; celle-ci conçut et enfanta Caïn en disant : j'ai possédé un homme par Dieu » (1).

Mais une question préalable se présente : — Où voyons-nous, dira quelqu'un, la preuve que dans les circonstances rapportées plus haut un pacte matrimonial se trouva conclu ? Si Adam parle, si vraisemblablement il entend s'obliger et s'obliger à titre d'époux, quand il dit : Ils seront deux dans une seule chair, qu'est-ce qui démontre qu'Ève a eu la même intention ? — Ce qui le démontre, c'est qu'Adam agissait alors sous l'inspiration divine, notamment en s'engageant, et que si le Créateur voulait qu'Adam s'engageât il entendait également, selon la justice qui est en lui, qu'Ève fît la même promesse, c'est enfin qu'Ève sortant des mains de Dieu n'était pas encore rebelle, puisque la faute originelle vint plus tard. De cet enchaînement de propositions, la première seule mérite de nous arrêter un instant ; mais elle est très importante, car c'est par elle que nous arriverons à constater la confirmation des autres lois naturelles du mariage. Comment savons-nous qu'Adam agissait sous l'inspiration divine ? Par cette circonstance qu'il était dans un profond sommeil, lorsque Ève fut tirée de son côté et que pourtant, à son réveil, alors qu'il n'y avait même plus de trace de la modification que son corps avait subie, il déclara ce qui s'était passé. Aussi Jésus-Christ attribua-t-il, comme nous le verrons, à Dieu lui-même les paroles du premier

---

(1) « Ejecitque Adam et collocavit ante paradisum voluptatis Cherubim et flammeum gladium atque versatilem ad custodiendam viam ligni vitæ. Adam vero cognovit uxorem suam Hevam quæ concepit et peperit Caïn, dicens : Possedi hominem per Deum » (Genèse, chap. III, v. 24, et chap. IV, v. 1).

homme. Cette justification une fois fournie, nous tenons pour établi ce fait qu'Adam et Ève passèrent le contrat matrimonial avant de s'unir corporellement. Mais ce n'est point encore là ce qui montre que Dieu, quand il provoqua l'union du premier homme et de la première femme confirma la loi du mariage préalable. Toutefois nous sommes bien près de cette conclusion. Nous venons, en effet, de voir que c'est sous l'inspiration et selon la volonté du Créateur qu'Adam s'engagea et qu'Ève répondit à cette promesse avant toute union corporelle ; or, ce que Dieu fit ainsi faire à nos premiers parents n'est-il pas, selon toute vraisemblance, un précédent posé à titre de loi pour toutes les générations ? La manière dont la première union sexuelle a été préparée n'est-elle pas obligatoire, dans la pensée divine, pour toutes les autres ? Il est probable, en effet, que Dieu a voulu faire de la conduite d'Adam et d'Ève, lorsqu'ils agissaient sous son influence, une loi pour leurs descendants. N'est-il pas selon toute vraisemblance que si Dieu est intervenu dans le premier des mariages, ç'a été avec la pensée de régler tous les autres par les circonstances qui accompagneraient celui-là ? Il fallait que les principes matrimoniaux si essentiels au bien de l'humanité ne fussent pas abandonnés au jugement des hommes. Selon toute vraisemblance Dieu a donc imposé la loi du mariage préalable, lorsque, sous son inspiration, le premier mariage fut contracté avant l'union sexuelle d'Adam et d'Ève. En d'autres termes, le droit divin positif des premiers temps est une confirmation de la règle du mariage préalable public, considérée dans sa première partie.

Nous arrivons à la seconde et nous disons, sans prétendre davantage à une certitude complète : Dieu a manifesté dans les premiers temps sa volonté que le mariage fut contracté publiquement. D'une part, en effet, il paraît bien que Dieu était présent au premier pacte matrimonial, puisque ce fut



lui qui amena Ève à Adam, et d'un autre côté nous venons de voir que si Dieu est intervenu dans la première union conjugale, ç'a été avec la pensée de régler alors toutes les autres. La probabilité est donc que Dieu a, dès le commencement, établi la loi que les mariages ne se concluraient que devant une représentation de l'autorité divine. C'est une confirmation et même un perfectionnement de la règle naturelle du mariage préalable public, considérée dans sa seconde partie.

173. La loi de la cohabitation perpétuelle a-t-elle, elle aussi, reçu une certaine confirmation ? Il serait difficile de ne pas le croire. Adam dit en voyant Ève : « L'homme quittera son père et sa mère et il s'attachera à son épouse ». Or, si ces paroles signifient que l'homme aimera sa femme, elles peuvent concurremment être prises dans le sens de la communauté d'existence entre le mari et la femme ; ou plutôt, la première interprétation entraîne la seconde. Un attachement à la femme plus grand que celui dont le père et la mère sont l'objet a naturellement pour conséquence la cohabitation. Les paroles d'Adam qui viennent d'être rapportées paraissent donc bien signifier qu'il y aura communauté d'existence entre le mari et la femme. Eh bien, d'autre part, ne savons-nous pas qu'Adam est sous l'inspiration divine et que, selon toute vraisemblance, si Dieu intervient dans le premier des mariages, c'est pour déterminer les lois des unions à venir ? Ne savons-nous pas qu'en réalité c'est Dieu qui a parlé et ne devons-nous pas croire qu'il l'a fait à titre de commandement général ? Lorsque Adam dit, sans restriction de durée : « L'homme quittera son père et sa mère et il s'attachera à son épouse », la loi de la communauté perpétuelle d'existence fut donc formulée par Dieu ; conséquemment, cette règle naturelle trouve dans le droit divin positif des premiers temps une confirmation.

174. Qu'il en soit ainsi de la loi de l'autorité maritale, c'est

ce qu'il est encore plus aisé d'établir. Les circonstances de l'intervention de Dieu dans le premier des mariages ont tendu à régler les unions subséquentes. Si donc un de ces faits, interprété suivant le bon sens, signifie qu'Ève devait obéir à Adam, il sera juste de dire que Dieu, lors de leur union, a posé la loi de l'autorité maritale. Or, la circonstance du genre dont nous parlons, elle existe. Est-ce que le fait qu'Ève a été tirée d'Adam ne se présente pas comme une manifestation de la volonté divine de subordonner la première épouse à son mari? Assurément, et d'autant mieux que c'est d'une partie relativement inférieure de l'homme que la femme a été faite. Le droit divin positif des premiers temps a donc confirmé la loi naturelle de l'autorité maritale. Nous n'invoquons point à l'appui de cette conclusion la condamnation portée bientôt après en ces termes contre Ève : « Tu seras sous la puissance de ton mari et il te dominera » (1). La loi de l'autorité maritale ne peut pas être regardée comme un châtement pour l'épouse, car ce principe est, au contraire, de nature à maintenir la femme dans le bien et à l'élever en l'associant à un être qui, dans l'ordre normal, a plus de sagesse. Ce n'est donc point du devoir de la soumission à l'homme qu'il s'agit dans la sentence précitée, mais de la tyrannie que la femme aura parfois à subir.

175. En ce qui concerne la loi de l'unité, nous retrouvons cette parole d'Adam : « Et ils seront deux en une seule chair ». Nous devons également remarquer que Dieu aurait pu créer, au lieu d'un seul être de chaque sexe, plusieurs hommes et une seule femme ou plusieurs femmes et un seul homme ou établir la promiscuité entre plusieurs hommes et

---

(1) « Sub viri potestate eris et ipse dominabitur tui » (Genèse, chap. III, v. 16).

plusieurs femmes. Reviennent maintenant deux idées connues : Dieu inspirait Adam, et si Dieu est intervenu dans le premier des mariages, ç'a été pour faire des circonstances dans lesquelles ce pacte se conclut la règle des unions futures. Dieu a donc établi alors le précepte de l'unité du mariage, et la règle naturelle qui la prescrivait se trouve confirmée par le droit divin positif du commencement.

176. Au sujet de la confirmation de la loi de l'indissolubilité, nous invoquons le même texte. Ne donne-t-il pas à entendre que les époux seront un comme les membres d'un même corps ne font qu'un ? Or, l'union de ces membres est perpétuelle, sauf des accidents extraordinaires. Aussi bien, nous avons par avance admis cette interprétation quand nous avons conclu des paroles d'Adam qu'il passa avec Ève le contrat matrimonial. On sait, en effet, que le nom de mariage suppose, d'après le sens qui lui est donné, la collation d'un droit perpétuel.

Notre examen est achevé. Il est établi que le droit divin positif des premiers temps est une confirmation des lois naturelles matrimoniales ; ce premier des deux côtés sous lesquels nous avons dit que nous l'envisagerions est exact. Nous arrivons au second.

---

## ARTICLE II.

**Les principes naturels de la société conjugale  
rendus plus strictement obligatoires  
par le droit divin positif des premiers temps,**

---

177. La transformation dont il s'agit est évidente. Etablies par Dieu en vertu d'un acte spécial, les règles du mariage ont, en effet, gagné en certitude, et plus vénérables elles sont devenues d'une observation plus facile. Le second aspect sous lequel nous présentons maintenant le premier droit matrimonial positif est donc exact lui aussi. De là il faut tirer une conséquence importante. C'est qu'un souverain, plus obligé d'empêcher un scandale à mesure qu'il est plus grand, est plus tenu qu'il ne le serait dans l'état naturel de veiller à l'observation des lois du mariage. Par exemple, quand il permet le divorce, sa faute prend un caractère spécial de gravité à cause de la confirmation que la loi de l'indissolubilité a reçue, dès le commencement, du divin législateur. Aussi bien, quand même elles ne seraient pas devenues plus strictement obligatoires, il suffirait qu'elles eussent été établies positivement par Dieu pour que le souverain dût les sanctionner avec un zèle spécial. Dans la mesure de nos pouvoirs, ne devons-nous pas, pour la sauvegarde de la gloire de notre Créateur, faire en sorte qu'il n'ait pas agi en vain ? Nous arriverons encore à la même conclusion si la considération de la beauté naturelle des premières noces revient frapper notre esprit. A cette beauté.

le mariage doit un caractère de grandeur qui rend plus vénérables ses lois et qui est une garantie de fidélité aux devoirs conjugaux ; partant, c'est un bien pour les familles et pour la société. Il faut donc que le souvenir du premier hymen se perpétue ; or, comme par les circonstances mêmes qui accompagnèrent celui-ci, Dieu a confirmé les principes matrimoniaux, le souverain, s'il ne les fait pas respecter, donne, au contraire, l'exemple de l'oubli de la première union. Enfin, en même temps qu'il présida au premier mariage, Dieu couvrit certainement les époux d'une bénédiction spéciale que chaque contrat semblable devait renouveler. Mais est-il admissible que la fécondité de cette bénédiction, si précieuse pour les familles et pour l'État, ne dépende point de l'observation des lois que l'auteur du mariage a données aux conjoints ?

A peine avons-nous besoin de dire que pour ces mêmes raisons qui viennent d'être développées est particulièrement criminelle la conduite du souverain lorsque, non content de permettre la désobéissance aux règles matrimoniales, il en contrarie l'observation. C'est ce qui arrive en matière d'indissolubilité et de communauté d'existence ou, en d'autres termes, au sujet du divorce, quand le souverain admet cette rupture entre époux. Alors, en effet, il promet le secours de sa force contre celui des conjoints qui voudra se réunir à l'autre.

Notre section est terminée. Nous avons montré sous ses deux côtés relatifs au mariage le droit divin positif des premiers temps. Personne, croyons-nous, ne commettra l'inadvertance de demander si ce droit ne fut point spécial aux Juifs. Quand il fut établi, ce peuple n'était pas formé et, d'ailleurs, aucun motif de distinction n'apparaît. Les réflexions qu'appelle le texte d'où nous avons déduit la législation primitive établie par Dieu pour l'union conjugale n'ont absolument rien de particulier à la race d'Israël.

178. Faut-il conclure du droit que nous venons d'exposer que le mariage a été, dès le commencement, un acte religieux par lui-même ou indépendamment de la volonté d'être agréable à Dieu ? Cette question offre de l'intérêt au point de vue de la détermination des pouvoirs de la puissance civile mise en face de l'autorité ecclésiastique. Si nous ne nous trompons, un acte est intrinsèquement religieux quand il est un moyen de salut même autrement que par l'intention dont nous venons de parler. Or, selon toute vraisemblance, le mariage a toujours eu ce caractère. Nous l'avons dit : dès le principe, et pareillement dans la suite des âges, ce contrat a dû être accompagné d'une bénédiction divine destinée à faciliter aux époux l'accomplissement de leur mission.

---



## SECTION III.

DU MARIAGE D'APRÈS LES LOIS DE JÉSUS CHRIST.

---

179. Au début de la section précédente, après avoir montré la noblesse du pacte matrimonial dans l'ordre de la seule nature, nous ajoutions : le mariage n'en est jamais resté à ce degré de grandeur, il a été dès le commencement une institution divine. Maintenant, après avoir considéré le mariage déjà ennobli et nous plaçant au temps du Christ, nous disons de nouveau : l'union conjugale n'est pas restée à ce degré d'élévation. L'intervention divine, en effet, s'est avec l'Homme-Dieu manifestée une seconde fois en faveur du mariage. Notre-Seigneur a confirmé les lois naturelles de ce contrat et il en a fait un sacrement. Ce sont ces deux dernières propositions que nous allons développer.

---

## ARTICLE I.

**Les lois naturelles du mariage confirmées  
par Jésus-Christ.**

---

180. « Des Pharisiens s'approchèrent de Jésus pour le tenter et lui dirent : Est-il permis à l'homme de renvoyer sa femme pour quelque cause que ce soit ? Il leur répondit : N'avez-vous pas lu que celui qui fit l'homme au commencement le fit mâle et femelle et dit : A cause de cela, l'homme quittera son père et sa mère et il s'attachera à son épouse et ils seront deux dans une seule chair. Ainsi ils ne sont plus deux, ils sont une seule chair. Ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare donc pas. Les Pharisiens objectent Pourquoi alors Moïse a-t-il prescrit de remettre un acte de répudiation et de ne renvoyer la femme qu'après ? Il leur répondit : Parce que Moïse, à cause de la dureté de votre cœur, vous a permis de renvoyer vos épouses ; mais dès le commencement il n'en fut pas ainsi. Et je vous dis que quiconque aura renvoyé son épouse, si ce n'est pour fornication, et en aura épousé une autre, sera adultère, et celui qui aura épousé la femme renvoyée sera adultère » (1).

---

(1) « Et accesserunt ad eum pharisæi tentantes eum, et dicentes : Si licet homini dimittere uxorem suam, quacumque ex causa ? Respondens ait eis : Non legistis quia qui fecit hominem ab initio masculinum et feminam fecit eos ? Et dixit : Propter hoc dimittet homo

Dans ce texte, la loi naturelle de l'indissolubilité est confirmée par le Fils de Dieu comme elle l'avait été aux premiers jours du monde par le Créateur, elle l'est même en termes bien plus explicites : « Ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare donc pas ; — Moïse, à cause de la dureté de votre cœur, vous a permis de renvoyer vos épouses, mais dans le commencement, il n'en fut pas ainsi ». Précédemment, c'était Adam qui avait parlé ; dans la circonstance qui vient d'être rapportée, c'est Dieu lui-même qui se fait entendre. Puis Adam s'était borné à dire : « Ils seront deux dans une seule chair, » parole qui signifiait, sans doute, le principe de l'indissolubilité, mais moyennant quelque réflexion toutefois ; au contraire, cette règle est en termes exprès, et même qui se répètent, dans le langage de Notre-Seigneur. Il y a pourtant une objection qu'avec une certaine subtilité on pourrait faire : — Jésus-Christ, dirait-on, a pu n'avoir en vue qu'une loi, voisine, assurément, de celle de l'indissolubilité, mais qui en est pourtant distincte, la loi de la cohabitation perpétuelle. Que défend, en effet, le Sauveur ? La séparation des époux, le renvoi de la femme. N'est-ce pas là un langage qui impose aussi bien et même mieux la perpétuité de la vie commune que le maintien du droit d'exiger l'acte de la génération ? — Nous convenons que les termes employés par Jésus-Christ sont tels qu'ils ne peuvent pas ne pas s'appliquer à la règle de la communauté d'existence ; mais non moins indubitablement

---

patrem et matrem, et adhærebit uxori suæ, et erunt duo in carne una. Itaque jam non sunt duo, sed una caro. Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet. Dicunt illi : Quid ergo Moyses mandavit dare libellum repudii, et dimittere ? Ait illis : Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras ; ab initio autem non fuit sic. Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, mœchatur ; et qui dimissam duxerit, mœchatur » (St-Math. XIX, 3-8.).

ils concernent aussi l'indissolubilité. Les Pharisiens ont objecté à Notre-Seigneur que Moïse a permis le renvoi de l'épouse, moyennant une déclaration préalable de répudiation, et Jésus répond : « A cause de la dureté de votre cœur. Moïse vous a permis de renvoyer vos épouses, mais dans le commencement il n'en fut pas ainsi, et je vous dis que celui qui, ayant renvoyé sa femme, en aura épousé une autre sera adultère ». Évidemment, ces paroles du divin Maître correspondent à l'argument qui vient de lui être présenté. Les Pharisiens ont parlé de la licéité de la répudiation et le Christ répond : la répudiation ne fut pas permise primitivement et elle sera illicite désormais. Or, qu'est-ce que la répudiation, sinon la rupture du droit à l'acte de la génération en même temps que la cessation de la vie commune ?

La discussion à laquelle nous venons de nous livrer a eu l'avantage de nous faire constater la confirmation par Jésus-Christ de la loi de la communauté perpétuelle d'existence en même temps que du principe de l'indissolubilité. Nous avons même vu que de ces deux règles c'est la première qui est rappelée le plus explicitement par Jésus-Christ. L'Église qui est l'interprète de la pensée de son Fondateur voit si bien cette loi dans notre texte que l'exception de fornication dont il parle se rapporte uniquement, d'après l'autorité ecclésiastique, au principe de la communauté d'existence.

181. Notre-Seigneur a confirmé aussi, quoique d'une manière moins directe, les autres lois matrimoniales.

La loi de l'unité est évidemment plus essentielle que celle de l'indissolubilité ; la polygamie, en d'autres termes, est une plus grande faute que la répudiation même suivie d'un second mariage. La première n'est-elle pas une facilité plus grande accordée au plaisir déréglé du changement ? Elle est aussi plus aisée à éviter ; les faits privés et l'histoire des peuples qui sans s'élever jusqu'à l'indissolubilité ont rejeté la polygamie le disent assez. Dès lors, puisque par la volonté

de Jésus-Christ la loi de l'indissolubilité a été rétablie, celle de l'unité a aussi été remise en vigueur.

En ce qui concerne la loi du mariage préalable public, notre texte la confirme, mais sans que Notre-Seigneur paraisse l'imposer lui-même. Elle est confirmée de cette façon seulement que notre passage de l'Évangile rend plus certaine la confirmation de cette règle par le droit divin positif des premiers temps. Pour que la confirmation dont il s'agit apparaisse, il faut, en effet, suivant un enchaînement d'idées que nous avons fait connaître, l'intervention divine dans l'union d'Adam et d'Ève. Sans l'intervention de Dieu à l'effet de porter Adam à s'obliger comme époux, nous n'aurions pas la preuve du consentement d'Ève, selon ce qui a été expliqué, ni par conséquent la preuve qu'il y eut contrat préalable ; nous ne pourrions pas soutenir non plus que le premier des mariages est la règle de tous les autres. Et d'autre part, sans une intervention divine consistant dans la présence de Dieu au premier contrat matrimonial, celui-ci n'aurait pas eu le caractère de la publicité. Or, cette double intervention d'inspiration et de présence, nécessaire à la confirmation de la loi du mariage préalable public par le droit divin positif des premiers temps, elle est affirmée par Notre-Seigneur. Le fait de l'inspiration d'Adam est affirmé avec une force même surprenante : les paroles qu'Adam prononça, Jésus-Christ les met dans la bouche de Dieu même. Nous rappelons ces termes : « Celui qui fit l'homme au commencement le fit mâle et femelle et dit : « A cause de cela l'homme quittera son père et sa mère... » Quant à la présence de Dieu au mariage d'Adam et d'Ève, Jésus-Christ l'affirme assez clairement puisqu'il dit que c'est Dieu qui a fait le premier mariage : « Ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare donc pas ».

Il faut considérer que la loi de l'autorité maritale a été aussi relevée par le Fondateur de la religion chrétienne.

L'Église, en effet, suivant une mission que nous lui avons reconnue, sans qu'il nous fût possible dans un ouvrage comme le nôtre de justifier pleinement notre conviction enseigne que les écrits de saint Paul ont été inspirés par le divin Maître ; or, le grand apôtre prescrit à la femme l'obéissance : « que les femmes, dit-il, soient soumises à leurs maris comme au Seigneur, parce que le mari est le chef de la femme comme le Christ est le chef de son Église il est le sauveur du corps qu'elle constitue. Or, comme l'Église est soumise au Christ, ainsi les femmes doivent l'être à leurs maris en toutes choses » (1). Immédiatement après ce passage se trouve confirmée une autre règle que nous n'avons point dégagée parce qu'elle va de soi, le principe de l'affection conjugale. La législation divine établie primitivement la renferma, sans nul doute ; elle fut comprise en même temps que le principe de la communauté d'existence sous ces termes : « L'homme quittera son père et sa mère et il s'attachera à son épouse ». Mais dans le droit de Jésus-Christ, le précepte est autrement formel « Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé son Église et s'est donné lui-même pour elle » (2).

(1) « *Mulieres viris suis subditæ sint, sicut Domino, quoniam vir caput est mulieris sicut Christus caput est Ecclesiæ ; ipse, salvator corporis ejus. Sed, sicut Ecclesia subjecta est Christo, ita et mulieres viris suis in omnibus* » (Épître aux Éphésiens, ch. V, v. 22-24).

(2) « *Viri, diligite uxores vestras sicut et Christus dilexit Ecclesiam et seipsum tradidit pro ea* » (Épître aux Éphésiens, ch. V, v. 25)



## ARTICLE II.

**Jésus-Christ a fait du mariage un sacrement.**

---

182. Si Notre-Seigneur a confirmé les lois naturelles du mariage, il a aussi voulu donner aux époux chrétiens un secours pour l'accomplissement de leurs devoirs. Ce secours est attaché à la formation du contrat, il ne dépend que de ce fait. Le contrat est donc la cause productrice de cette assistance, il en est l'annonce, il en est le signe. En quoi consiste le secours dont il s'agit ? Ce n'est point une force quelconque communiquée par Dieu, c'est une puissance de vertu accordée par le Père céleste en considération des mérites infinis de Jésus-Christ, son Fils, et selon sa volonté. En d'autres termes, ce secours est une grâce. Suivant la définition théologique de ce nom, grâce signifie don surnaturel que Dieu nous accorde par sa pure bonté, en vue des mérites de Jésus-Christ, pour nous faire opérer notre salut.

Cette vérité que le contrat matrimonial est pour les chrétiens la cause ou le signe efficace d'une grâce qui vient de Notre-Seigneur, s'exprime en disant que le mariage est devenu pour les chrétiens un sacrement, car, on entend par ce dernier mot un fait qui est, d'après la volonté de Jésus-Christ, le signe efficace d'une grâce. C'est un fait que le divin Maître a choisi pour être la cause de l'attribution d'une grâce. Oui, le mariage est devenu pour les chrétiens un

sacrement ; telle est bien, au point de vue de l'équivalence des termes, la conclusion de notre exposé. Mais comment la justifions-nous ? Comment savons-nous qu'il est, de par la volonté de Jésus-Christ, le signe d'une grâce ? Nous le savons par un récit de l'Évangile, par la doctrine de saint Paul et par l'interprétation que les textes où ils se trouvent ont reçue de l'Église.

Le récit est celui des noces de Cana.

« Des noces furent faites à Cana en Galilée, dit saint Jean, et la mère de Jésus y était. Or, on invita Jésus et ses disciples. Le vin venant à manquer, la mère de Jésus dit à son fils : Ils n'ont plus de vin. Jésus lui répondit : Femme, que vous importe, à vous et à moi ? Mon heure n'est pas encore venue. Sa mère dit aux serviteurs : Tout ce qu'il vous dira, faites-le. Or, il y avait là six vases de pierre posés pour la purification des Juifs et contenant chacun deux ou trois mesures. Jésus dit aux serviteurs : Emplissez d'eau ces vases. Et ils les emplirent jusqu'au bord. Jésus reprit : Puisez maintenant et portez au maître d'hôtel. Ils le firent. Le maître d'hôtel goûta l'eau qui était devenue du vin et comme il ne savait point d'où celui-ci provenait, tandis que les serviteurs le savaient, puisqu'ils avaient puisé l'eau, le maître d'hôtel appela l'époux et lui dit : Tout homme sert d'abord le bon vin et, lorsque les convives ont bien bu, on donne une qualité moindre, mais vous vous avez gardé le bon vin jusqu'à présent. Tel fut, à Cana en Galilée, le premier des miracles de Jésus. Il manifesta ainsi sa gloire et ses disciples crurent en lui » (1).

---

(1) *Nuptiæ factæ sunt in Cana Galileæ, et erat mater Jesu ibi. Vocatus est autem et Jesus et discipuli ejus ad nuptias. Et deficiente vino, dicit mater Jesu ad eum : vinum non habent. Et dicit ei Jesus : quid mihi et tibi est, mulier ? Nondum venit hora mea. Dicit mater ejus ministris : quodcumque dixerit vobis, facite. Erant autem ibi lapideæ*

L'enseignement de saint Paul au sujet de l'élévation du mariage à la dignité de sacrement, se trouve dans un passage dont une partie a déjà été citée comme preuve de la confirmation par Jésus-Christ de la loi de l'autorité maritale. Nous allons reprendre ce texte pour le donner intégralement :

« Que les femmes soient soumises à leurs maris comme au Seigneur, parce que le mari est le chef de la femme comme le Christ est le chef de son Église; il est le sauveur du corps qu'elle constitue. Or, comme l'Église est soumise au Christ, ainsi les femmes doivent l'être à leurs maris en toutes choses. Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé son Église; il s'est donné lui-même pour elle, afin de la sanctifier en la purifiant dans le baptême de l'eau par la parole de vie. C'est qu'en effet il voulait faire apparaître devant lui une Église pleine de gloire, n'ayant ni tache ni ride, ni rien de semblable; il voulait qu'elle fût sainte et sans tache. Ainsi, de leur côté, les maris doivent aimer leurs femmes comme leur propre corps. Celui qui aime son épouse s'aime lui-même. Jamais personne n'a haï sa propre chair; au contraire, il la nourrit et la soigne, comme le Christ lui aussi fait pour l'Église parce que nous sommes les membres de son corps, formés de sa chair et de ses os.

hydriæ sex positæ secundum purificationem Judæorum, capientes singulæ metretas binas vel ternas. Dicit eis Jesus : Implete hydrias aqua. Et impleverunt eas sex usque ad summum. Et dicit eis Jesus : Haunte nunc et ferte architriclino. Et tulerunt. Ut autem gustavit architriclinus aquam vinum factam, et non sciebat unde esset, ministri autem sciebant qui hauserant aquam, vocat sponsum architriclinus et dicit ei : omnis homo primum bonum vinum ponit, et quum inebriati fuerint tunc id quod deterius est; tu autem servasti bonum vinum usque adhuc. Hoc fecit initium signorum Jesus in Canna Galileæ et manifestabit gloriam suam et crediderunt in eum discipuli ejus » (St Jean, ch. II, v 1-11).

C'est pourquoi l'homme quittera son père et sa mère et il s'attachera à son épouse et ils seront deux en une seule chair. Ce sacrement est grand, mais j'entends en Jésus-Christ et en l'Église. Je le répète, que chacun de vous respectivement aime sa femme comme lui-même, et que la femme, de son côté, craigne son mari » (1).

183. Tels sont les fondements sur lesquels s'appuie la doctrine du mariage devenu sacrement ou, par la volonté de Jésus-Christ, signe efficace d'une grâce. Toutefois à ne considérer que nos textes, cette doctrine n'est pas certaine. Le premier nous dit que Notre-Seigneur procura un secours matériel à l'époux honoré de sa présence, mais il ne nous commande par lui-même de croire ni que ce secours était la figure d'une puissance de vertu accordée aux époux de Cana ni, par suite, que Jésus-Christ a voulu faire de chaque contrat matrimonial la cause déterminante d'une grâce pareille à celle que ces conjoints auraient reçue. Sans doute, le Sauveur recherchait le salut des âmes plus que le bien des corps et parlait en figure; d'autre part, il est très vrai-

---

(1) « Mulieres viris suis subditæ sint, sicut Domino, quoniam vir caput est mulieris, sicut Christus caput est Ecclesiæ; ipse, salvator corporis ejus. Sed sicut Ecclesia subjecta est Christo, ita et mulieres viris suis in omnibus. Viri, diligite uxores vestras, sicut et Christus dilexit Ecclesiam, et seipsum tradidit pro ea, ut illam sanctificaret, mundans lavacro aquæ in verbo vitæ. Ut exhiberet ipse sibi gloriosam Ecclesiam, non habentem maculam aut rugam aut aliquid hujusmodi, sed ut sit sancta et immaculata. Ita et viri debent diligere uxores suas ut corpora sua. Qui suam uxorem diligit, seipsum diligit. Nemo enim unquam carnem suam odio habuit; sed nutrit et fovet eam, sicut et Christus Ecclesiam: quia membra sumus corporis ejus, de carne ejus et de ossibus ejus. Propter hoc relinquet homo patrem et matrem suam, et adhærebit uxori suæ; et erunt duo in carna una. Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia. Verumtamen et vos singuli, unusquisque uxorem suam sicut seipsum diligat; uxor autem timeat virum suum » (Saint Paul, épître aux Ephésiens, ch. V, v. 22-33).

semblable que, comme Dieu lors du premier mariage, Notre-Seigneur a voulu faire des noces de Cana le type des unions à venir. Mais la certitude n'est pourtant pas complète. Quant au texte de saint Paul, si l'Apôtre dit : « Ce sacrement est grand », il faut reconnaître que le terme de sacrement signifie parfois d'une façon générale une chose sacrée, et cette observation est d'autant plus permise que dans les lignes précédentes saint Paul parle plus explicitement des relations entre époux, que du contrat qui les unit.

Mais il y a l'Église qui a été chargée d'enseigner les nations en interprétant la pensée de son Auteur. L'autorité chrétienne, soit à cause des noces de Cana, soit par induction tirée du langage inspiré de saint Paul, proclame que le mariage est devenu un sacrement. Cet enseignement est notoire. Il a été en dernier lieu formulé par Léon XIII dans l'encyclique *Arcanum*.

« Ce que l'autorité divine a décrété et établi au sujet du mariage, dit le Souverain Pontife, les Apôtres chargés de publier les lois divines nous l'ont fait connaître plus pleinement et plus clairement par la parole et par l'écriture. C'est aux Apôtres, à ces maîtres de la doctrine, qu'il faut rapporter la doctrine que nos saints Pères, les conciles et la tradition universelle de l'Église ont toujours enseignée et qui est celle-ci : Notre-Seigneur Jésus-Christ a élevé le mariage à la dignité de sacrement et en même temps il a fait que les époux entourés et défendus par la grâce céleste que ses mérites ont produite trouvent la sainteté dans le mariage même; celui-ci, d'autre part, est devenu, par un prodige admirable, l'imitation du mariage mystique de Jésus-Christ avec son Église et ainsi l'amour conjugal qui est selon la nature est devenu plus parfait, l'union naturellement indivisible de l'homme et de la femme est plus étroite par l'effet du lien de la divine charité. « Maris, dit saint Paul aux Ephésiens, aimez vos femmes..... » Pour ces motifs, le

mariage se présente à nous comme un « grand sacrement », honorable par tous, pieux, chaste et que la suprême élévation de ce qu'il représente et signifie rend vénérable » (1).

184. La thèse du mariage sacrement est donc absolument certaine, le principe de l'autorité doctrinale de l'Église une fois admis. Aussi n'est-elle pas mise en doute parmi les catholiques. Seulement il en est qui ne la comprennent pas avec toute la netteté désirable. Plusieurs, tout en sachant bien que le mariage est un sacrement, ne voient pas assez que c'est le contrat appelé mariage qui est, d'après Jésus-Christ, le signe d'une grâce. Ils ne rejettent pas cette vérité, mais ils ne la saisissent pas non plus suffisamment, parce qu'ils ne s'arrêtent pas à cette idée que le nom du mariage, lorsqu'on dit que le mariage est un sacrement, garde sa signification habituelle de contrat. Ils se laissent aller plus ou moins à la pensée que le mariage sacrement c'est la grâce attachée au contrat ou bien, soit certaines cérémonies, soit la bénédiction pastorale, qui accompagnent ordinairement cet acte. Or, ce sont là des erreurs.

« Et que personne, dit encore l'encyclique *Arcanum*,

(1) « Quæ auctoritate Dei de conjugis decreta et constituta sunt, ea nuncii divinarum legum apostoli plenius et enucleatius memoriæ litterisque prodiderunt. Jamvero apostolis magistris accepta referenda sunt, quæ sancti Patres nostri, concilia et universalis Ecclesiæ traditio semper docuerunt, nimirum Christum Dominum ad Sacramenti dignitatem evexisse matrimonium; simulque effecisse ut conjuges, cœlesti gratia quam merita ejus pepererunt septi ac muniti, sanctitatem in ipso conjugio adipiscerentur; atque in eo, ad exemplar mystici connubii sui cum Ecclesia mire conformato, et amorem qui est naturæ consentaneus perfecisse, et viri ac mulieris individua suapte natura societatem divinæ caritatis vinculo validius conjunxisse: « Viri, Paulus inquit ad Ephesios, diligite uxores vestras.... » Hisce igitur causis matrimonium extitit « sacramentum magnum », « honorable omnibus », pium, castum, rerum altissimarum imagine et significatione verendum » (S. D. N. Leonis Papæ XIII *Allocutiones*, vol. I, p. 120).



ne se laisse ébranler par cette distinction tant prônée des Régaliens qui consiste à séparer le contrat nuptial du sacrement et qui tend sans doute à ce que, le point de vue du sacrement étant réservé à l'Église, le contrat soit livré à l'autorité et au jugement des princes séculiers. Distinguer ou plutôt distraire ainsi n'est pas possible. Nous avons vu, en effet, que dans le mariage chrétien le contrat ne peut être séparé du sacrement, et que, par suite, un contrat matrimonial réel et régulier ne saurait se former qu'il ne soit par là même sacrement. Ce que Notre-Seigneur Jésus-Christ, en effet, a élevé à la dignité de sacrement, c'est le mariage; or, le mariage n'est pas autre chose que le contrat lui-même, pourvu que celui-ci soit passé selon le droit. Il faut le remarquer : si le mariage est un sacrement, c'est parce qu'il est un signe sacré et productif de la grâce, c'est parce qu'il nous offre l'image des noces mystiques du Christ et de son Église; mais la forme ou la figure de ces noces elle apparaît précisément dans cette union, la plus étroite de toutes, dans ce lien qui attache l'un à l'autre l'homme et la femme et qui est bien le mariage lui-même. On le voit : entre chrétiens toute union légitime est en elle-même et par elle-même sacrement, et rien n'est plus en opposition avec la vérité que de dire que le sacrement est un certain complément d'honneur ou une propriété extrinsèque ajoutée et qui peut être disjointe, séparée du contrat au gré des hommes » (1).

---

(1) « Neque quemquam moveat illa tantopere a Regalisticis prædicata distinctio, vi cuius contractum nuptialem a sacramento disjungunt, eo sane consilio, ut, Ecclesiæ reservatis sacramenti rationibus, contractum tradant in potestatem arbitriumque principum civitatis. Etenim non potest hujusmodi distinctio, seu verus distractio, probari; cum exploratum sit in matrimonio christiano contractum a sacramento non esse dissociabilem; atque ideo non posse contractum verum et legitimum consistere, quin sit eo ipso sacramentum. Nam

Le chrétien docile ne peut plus hésiter après ce que nous venons de lire : c'est bien le contrat matrimonial qui est sacrement. On ne l'oubliera jamais, croyons-nous, pour peu que l'on s'arrête à cette observation si judicieuse qui est, sans doute, le passage le plus saillant de notre texte : « Si le mariage est un sacrement, c'est parce qu'il nous offre l'image des noces mystiques du Christ et de son Église ; mais la forme ou la figure de ces noces elle apparaît précisément dans cette union, la plus étroite de toutes, dans ce lien qui attache l'un à l'autre l'homme et la femme et qui est bien le mariage lui-même ».

185. Y a-t-il un inconvénient pratique dans l'erreur contre laquelle nous avons mis en garde ? Oui, au point de vue des droits législatifs et judiciaires qui appartiennent à l'Église en matière de mariage. Ce n'est pas que ces droits ne pussent exister dans l'hypothèse où le contrat matrimonial ne serait pas un sacrement ; du moment où il serait utile au bien des âmes que cette alliance fût réglée par l'Église, les droits dont il s'agit appartiendraient à la puissance religieuse, et la décision du pouvoir ecclésiastique sur ce point d'utilité serait souveraine, suivant le principe de la suprématie de l'autorité spirituelle. Mais si la convention appelée mariage est un sacrement, elle apparaît comme étant, et par elle-même,

---

Christus Dominus dignitate sacramenti auxit matrimonium; matrimonium autem est ipse contractus, si modo sit factus jure. Huc accedit, quod ob hanc causam matrimonium est sacramentum, quia est sacrum signum et efficiens gratiam, et imaginem referens mysticarum nuptiarum Christi cum Ecclesia. Istarum autem forma ac figura illo ipso exprimitur summæ conjunctionis vinculo, quo vir et mulier inter se, conligantur, quodque aliud nihil est, nisi ipsum matrimonium. Itaque apparet, omne inter christianos justum conjugium in se et per se esse sacramentum: nihilque magis abhorrere a veritate quam esse sacramentum decus quoddam adjunctum, aut proprietatem allapsam extrinsecus, quæ a contractu disjungi ac disparari hominum arbitrato queat » (A la page 127 des *Allocutiones* précitées).

un moyen de salut, et il devient plus impossible de refuser à l'Église, qui est chargée de sauver les âmes, la juridiction sur le pacte matrimonial : le droit de faire qu'on ne recoure pas inopportunément à ce moyen et, d'autre part, que l'on puisse en profiter quand il n'y a pas d'obstacle, le droit aussi de faire qu'après se l'être appliqué on en use selon les lois naturelles divinement confirmées qui le régissent, le droit général, enfin, de faire que le mariage soit respecté.

186. Quelles sont les causes qui portent à croire que le mariage, quand il est appelé sacrement, consiste en autre chose qu'un contrat ? Il y en a deux qui vont d'elles-mêmes. C'est la tendance à confondre la cause avec l'effet et la tendance aussi à confondre deux choses concomitantes. La première explique la confusion avec la grâce, et la seconde la confusion avec les cérémonies qui accompagnent ordinairement le mariage ou avec la bénédiction pastorale. Mais à ces motifs généraux s'ajoutent de nombreuses causes particulières. Nous allons en indiquer cinq. Premièrement, le mariage est le seul sacrement qui, d'une façon ordinaire, puisse devoir son existence à l'action laïque. Tous les sacrements, sauf une exception pour le baptême en cas de nécessité, ne peuvent être administrés (si l'usage le permettait nous aimerions mieux dire, nous l'avouons : réalisés, car on n'administre pas un signe) que par des clercs, tandis que, le contrat matrimonial étant un sacrement, ce sont les parties qui font naître ce signe de la grâce. De là une propension à refuser le caractère de sacrement au pacte nuptial. En second lieu, un fait à peu près aussi exceptionnel que celui d'un sacrement se formant par l'action laïque, c'est celui d'une personne créant en sa faveur une de ces causes déterminantes de la grâce qui sont appelées sacrements. Or, cette situation se rencontre dans notre matière. Chacun des contractants pose pour lui-même comme pour l'autre partie le signe de la grâce, puisque c'est le contrat qui est

ce signe auquel chacun participe. Troisièmement, le doute qui peut naître, au sujet du contrat matrimonial sacrament, du caractère sacerdotal des autres sacrements et de ce qu'une personne ne les administre pas pour elle-même, est corroboré par la présence maintenant obligatoire d'un prêtre. Ce fait peut achever de convaincre des esprits mal affermis. Ils se trouvent amenés à dire : — Pourquoi la présence du prêtre serait-elle indispensable si ce n'était pas lui qui administrait le sacrement ? Et si c'est par lui que se produit le signe de la grâce, c'est que le mariage sacrament n'est pas le contrat matrimonial ; de celui-ci, en effet, le prêtre n'est pas l'auteur. — Certes, nous ne disons pas qu'il soit malaisé de répondre et nous le ferons bientôt, mais il faut convenir que si justifiable que soit la loi de la présence du curé de l'une des parties, elle peut induire dans la croyance erronée dont nous expliquons les causes. Un quatrième motif d'erreur se greffe sur le précédent. C'est que l'idée que le prêtre pose lui-même le signe de la grâce accordée aux époux, ou, selon le langage ordinaire, est le ministre du mariage, n'est point propre à des intelligences bornées. Depuis Melchior Cano qui la formula dans un écrit de l'année 1562, des théologiens considérables l'ont défendue, en France spécialement. A la Sorbonne, elle fut communément admise (Carrière, *De matrimonio*, tomus I, pars prima, sect. II, cap. II). Cinquièmement, il n'est pas jusqu'à certaines expressions très usitées et que nous ne songeons point à condamner qui ne portent à penser que le contrat matrimonial n'est pas lui-même sacrament. Nous signalons d'abord celle-ci : recevoir le sacrement de mariage. Si les conjoints reçoivent le sacrement de mariage, n'est-ce pas un motif pour conclure que ce sacrement n'est point une chose venant d'eux et, dès lors, n'est pas le contrat matrimonial ? Puis, de même que l'on dit, en général : administrer un sacrement, on dit, non sans logique : administrer le sacrement de mariage ; or, on n'administre pas un contrat.

187. Mais ces causes de méprise ne peuvent pas nous émouvoir. Il y a maintenant l'enseignement très net du Pape qui déclare que c'est le contrat appelé mariage qui est sacrement. Répétons les paroles de Léon XIII : « Ce que Notre-Seigneur Jésus-Christ a élevé à la dignité de sacrement, c'est le mariage ; or, le mariage n'est pas autre chose que le contrat lui-même, pourvu que celui-ci soit passé selon le droit ». Et il faut bien, nous l'avons vu, que ce soit le contrat qui, en matière de mariage, soit le sacrement ; c'est lui qui constitue le lien, c'est lui, dès lors, qui représente l'union de Jésus-Christ avec son Église. Aussi bien, parmi tous les motifs, en sens contraire, que nous avons exposés, il n'y en a pas un seul qui ait un caractère rigoureux. En premier lieu, si les sacrements autres que le mariage ne peuvent devoir l'existence à l'action laïque une exception n'est-elle pas possible ? Assurément, mais il y a plus. On voit pourquoi il y a une exception en faveur du contrat matrimonial : c'est cette raison, déjà répétée, qu'il est la figure du lien qui unit Jésus-Christ et son Église. Nous répondons de même, en second lieu, à la considération que généralement celui qui pose le signe de la grâce n'est pas celui qui la reçoit. Il convient, d'ailleurs, de remarquer que chaque jour une multitude de prêtres sont pour eux-mêmes ministres du sacrement d'eucharistie. Troisièmement, il n'est pas logique de conclure de la présence obligatoire du curé de l'une des parties, que c'est son intervention qui marque la grâce ou qu'il est le ministre du sacrement. Son rôle ne peut-il pas être de figurer l'intervention de Dieu qui est présent d'une manière spéciale au mariage, puisqu'il accorde sa grâce aux conjoints ? Le rôle du prêtre ne peut-il pas être aussi d'assurer le respect de la gravité de la convention, et en même temps indirectement l'accomplissement des devoirs des époux par la vénération que commande la dignité sacerdotale ? Enfin, la présence nécessaire du

prêtre ne s'explique-t-elle pas surtout par l'utilité d'un témoin d'un ordre supérieur ? N'est-il pas bon qu'un contrat aussi important que l'est le mariage aux points de vue de la solidité de la famille et du bien social soit mis complètement hors de doute ? Ne convient-il pas, notamment, d'empêcher par un système de publicité qui soit très sûr, la substitution d'une seconde union à une première qui existerait, mais serait restée secrète ? Insistera-t-on en se plaçant sur le terrain de la législation ecclésiastique actuelle qui rend, à peine de nullité, la présence du prêtre obligatoire, et cette objection sera-t-elle faite : il n'y a pas de sacrement de mariage sans la présence du curé, donc c'est elle qui est le sacrement ? Le défaut de logique serait évident. La peine de nullité ne permet même pas de dire que l'intervention du curé est une partie du signe auquel la grâce est attachée. De ce qu'une chose est nécessaire à l'existence d'une autre, il serait absurde de conclure qu'elle en fait partie ; ainsi, quand pour la validité d'un acte, il faut le ministère de notaires, est-ce que la présence de celui-ci fait partie de la convention ? Et indépendamment de cette considération générale, rien ne prouve que si Dieu, confirmant la législation de son Église, s'abstient d'accorder sa grâce aux personnes qui ont échangé leurs consentements sans le prêtre, ce n'est pas exclusivement au contrat, lorsqu'il est valide, que l'assistance divine est attachée. Non seulement cette conclusion ne s'impose pas, mais même on en découvre aisément la fausseté. La présence du prêtre n'est point ce qui unit les époux. Ce qui les unit, c'est incontestablement leur contrat. Or, c'est à ce qui unit les conjoints, nous le rappelons encore, que la grâce est attachée, ce lien étant ce qui représente l'union de Jésus-Christ et de son Église. En quatrième lieu, nous en convenons : si nous venons de montrer l'absence de fondement de l'opinion qui, à cause de la présence obligatoire du prêtre, tend à placer le sacrement



ailleurs que dans le contrat, il n'en est pas moins vrai que des théologiens graves ont défendu cette erreur ; ils ont enseigné que le prêtre est le ministre du sacrement de mariage. Mais on avouera aussi que ce fait n'est pas concluant, surtout depuis la publication de l'encyclique *Arcanum*. Il l'est d'autant moins que l'idée en faveur de laquelle il milite a contre elle la généralité des maîtres de la science sacrée, comme on peut s'en rendre compte en lisant le passage de Carrière auquel nous avons renvoyé. Enfin, il est clair que des locutions qui ne cadrent point parfaitement avec une doctrine n'obligent point à l'abandonner. Faut-il reconnaître que les deux expressions citées plus haut concordent mal avec la vérité que le contrat matrimonial est un sacrement ? Il nous paraît que oui, à moins que dans les manières de parler dont il s'agit le terme de sacrement ne serve à nommer la grâce attachée au signe qui est, à proprement parler, le sacrement.

188. Que le mariage ait été mis par Notre-Seigneur au nombre des sources de la grâce, c'est bien, sans doute, pour ce contrat une cause de noblesse. Il revêt de Jésus-Christ les conjoints, suivant une formule du langage chrétien, il augmente en eux la vie divine qui leur a été infusée au baptême, il détermine à leur profit une application des mérites de l'Homme-Dieu. Outre cette cause de grandeur qui est commune à tous les sacrements, il y en a de particulières à celui des époux. Certes, loin de nous la pensée de dire qu'elles l'élèvent au-dessus de tel autre signe de la grâce, et si nous voulons les indiquer, c'est seulement pour faire connaître toute la sublimité du mariage dans l'ordre chrétien.

Répétons d'abord cette affirmation de saint Paul : « Ce sacrement est grand, j'entends en Jésus-Christ et en l'Église » ; en d'autres termes, il est grand à raison de l'union mystique qu'il figure. Puis le mariage sacrement est grand

par les secours particuliers qu'il donne aux conjoints. Il leur procure la grâce de remplir les obligations de leur état, car il va de soi que la grâce accordée à cause du mariage tend à assurer le succès de cette alliance et, par conséquent, à aider les époux dans la vie conjugale. « On n'en saurait douter, dit l'encyclique *Arcanum*, les mariages n'ont pas pour but unique la propagation du genre humain, ils tendent aussi à rendre meilleure et plus heureuse la vie des époux et ils y tendent par plusieurs moyens qui sont.... la grâce céleste produite par le sacrement » (1). Par le fait même que le mariage vient en aide aux conjoints pour l'accomplissement de leurs devoirs, il rend l'un et l'autre plus capables et plus dignes d'attachement, il accroît en eux l'affection réciproque. Aussi bien, quel mutuel présent de noces n'est-ce pas que cette communication de vie surnaturelle que chacun des époux appelle en son conjoint ! Comme cet échange est de nature à resserrer l'union entre deux cœurs chrétiens ! Il ne faut donc pas être surpris de la manière dont saint Paul précise le devoir qu'il fait au mari d'aimer sa femme : « Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé son Église ; il s'est donné lui-même pour elle ». Le mariage devenu sacrement accroît aussi dans les époux la vertu de pureté afin qu'ils soient fidèles l'un à l'autre et que, dans leurs rapports, ils restent soumis aux lois de la nature. Ainsi cette grâce augmentée est un don de fécondité : elle empêche que les époux ne stérilisent par des abominations leur union. N'est-il pas permis de voir l'annonce de ces deux faveurs dans les circonstances des noces de Cana ? D'une part, l'eau

---

(1) « Et sane, præterquam quod propagationi generis humani prospiciunt (matrimonia), illuc quoque pertinent, ut meliorem vitam conjugum beatioremque efficiant ; idque pluribus causis, nempe... — gratia cœlesti, quæ a sacramento proficiscitur » (Page 128 des *Allocutiones* précitées).

dont Jésus corrobora la vertu était destinée à la purification des Juifs. D'un autre côté, la substance plus fortifiante en laquelle elle fut changée, par son énergie même et par sa couleur la plus habituelle rappelle le sang qui est le principe de la fécondité ; l'abondance du vin créé par Notre-Seigneur aux noces de Cana, peut donc être regardée comme l'image d'une fécondité plus grande qui désormais honorera le mariage. Elle l'honorera d'autant plus que nés d'un père et d'une mère qui, par leur alliance, ont reçu une communication nouvelle de la vie de Jésus-Christ, les enfants seront particulièrement destinés par Celui qui voit dans un homme toute sa postérité à vivre aussi de cette vie divine. Dès lors, le mariage une fois devenu sacrement, un but plus élevé et plus noble fut proposé à la société conjugale. Elle ne dut plus seulement servir à propager le genre humain, mais à engendrer des fils à l'Église, « des compagnons des saints et des habitants du séjour de Dieu, de sorte qu'un peuple naquît et fût élevé pour le culte et la religion du vrai Dieu et du Christ notre Sauveur » (1). Et ce résultat est d'autant plus assuré que les époux reçoivent le don de l'éducation, parce qu'ils sont munis d'une force particulière pour l'accomplissement de tous les devoirs inhérents à leur état : « Nombreux et graves sont les devoirs des conjoints ; mais pour des époux qui sont bons, la vertu puisée dans le sacrement les rend tolérables, agréables même » (2).

---

(1) « Primo quidem nuptiali societati excelsius quiddam et nobilius propositum est, quam antea fuisset ; ea enim spectare jussa est non modo ad propagandum genus humanum, sed ad ingenerandum Ecclesiae sobolem, cives Sanctorum et domesticos Dei ; ut nimirum populus ad veri Dei et Salvatoris nostri Christi cultum et religionem procrearetur atque educaretur » (Encyclique *Arcanum*, page 121 des *Allorutions*).

(2) « Intelligitur nec pauca esse conjugum officia, neque levia ; ea

189. Aussi bien, n'est-ce pas seulement par une augmentation de l'énergie du devoir que le mariage sacrament facilite l'éducation des enfants ; c'est par l'affermissement de l'autorité dans la famille. La femme, en effet, fortifiée pour l'accomplissement de ses devoirs, doit une obéissance plus parfaite à son époux, et nous avons vu saint Paul formuler ce commandement : « Que les femmes soient soumises à leurs maris comme au Seigneur, parce que le mari est le chef de la femme », et l'Apôtre ajoute que l'homme est le chef de la femme « comme le Christ est le chef de l'Église ». C'est pourquoi, dit-il, comme l'Église est soumise au Christ, ainsi doivent l'être les femmes à leurs maris en toutes choses. L'autorité maritale a donc grandi par l'obligation plus stricte de la femme à l'obéissance ; elle a grandi aussi par la grâce conférée à l'homme pour qu'il remplisse bien son devoir de commandement. Or, l'autorité maritale affermie est un excellent appui à la puissance paternelle : l'exemple de la soumission de la mère n'entraîne-t-il pas les enfants ? L'autorité du père se trouve, d'ailleurs, elle aussi préservée contre les dangers qu'elle courrait par suite d'un exercice défectueux de cette prérogative ; c'est, nous le savons, dans tous les devoirs de leur état que les personnes mariées sont aidées par l'assistance divine que le mariage leur procure.

190. Ainsi, grâce de l'accomplissement de toutes les obligations inhérentes au mariage, grâce de l'affection, grâce de la pureté, dons de fécondité et d'éducation, ce sont là autant de bienfaits du contrat matrimonial devenu sacrament. Mais le tableau n'est pas complet, car il faut dire encore que l'im-

---

tamen conjugibus bonis, ob virtutem quæ Sacramento percipitur, non modo tolerabilia fiunt, veram etiam jucunda (Encyclique *Arcanum*, page 122 des *Allocutiones*)

mortalité de l'homme a reçu une garantie. L'homme peut-il donc être immortel sur la terre ? Oui, l'homme, le père en particulier, peut se survivre en ce monde par la transmission de ses traditions ; mais cette œuvre demande le prestige. Or, le mariage surnaturalisé contribue à cette supériorité par la vertu qu'il communique aux époux et par certaines circonstances que nous indiquerons plus loin. Pourquoi ne le dirions-nous pas ? Ce n'est pas seulement œuvre d'immortalité, c'est œuvre d'éternité que fait le mariage sacrement. Et nous ne voulons point exprimer par là cette vérité peut-être trop simple qu'en rendant l'homme meilleur il aide à son salut ; nous entendons que par l'effet du mariage devenu cause de la grâce le conjoint qui meurt est plutôt entouré d'un époux et d'enfants fidèles au devoir d'assister son âme dans le passage de la mort, nous entendons surtout que la famille devient une société éternelle. N'avons-nous pas vu que les enfants de personnes qui, par leur contrat conjugal, ont accru en elles la vie de Jésus-Christ naissent dans des conditions particulièrement favorables pour la recevoir eux-mêmes ? D'autre part, le don de l'éducation n'est-il pas augmenté par suite du même acte, et ne venons-nous pas d'établir, en nous réservant, il est vrai, de le prouver plus complètement, qu'une conséquence du mariage sacrement est la transmission des traditions plus assurée ? Or, si le don de l'éducation est augmenté en des parents qui sont chrétiens, s'ils sont plus forts pour la perpétuation de leurs enseignements, il y a plus de certitude que les fils arriveront à la fin bienheureuse et seront unis à eux pour l'éternité. Le mariage sacrement, c'est donc la famille dans le ciel et, par une continuation du même effet, ce sont les races, ce sont les peuples qui, débarrassés de leurs éléments impurs, se reforment sur la nouvelle terre promise aux saints par les livres sacrés.

191. Le mariage sacrement donne aux époux une sorte de

sacerdoce. Chacun d'eux ne fait-il pas descendre sur lui-même et sur son conjoint la vertu de Dieu ? Il est donc prêtre, s'il est permis de généraliser le sens de cette expression. Nous pensions à cette dignité, il y a un instant, quand nous parlions de circonstances qui, dans le régime du mariage sacrament, ajoutent au prestige des parents et facilitent ainsi la transmission des traditions. Le rôle pour ainsi dire sacerdotal que chacun des époux a eu par rapport à l'autre au jour de leur alliance les invite à ne pas cesser de s'unir dans la prière. Si Dieu a été déterminé en partie à accorder sa grâce à chacun des contractants par le fait du consentement de l'autre, ne doivent-ils pas penser que Lui, qui ne change point, continuera à distribuer volontiers ses secours aux conjoints sur la demande que réunis ils lui en feront mutuellement ? Dès lors, les fils verront plutôt leurs parents associés dans une intercession réciproque. Or, la prière grandit l'homme aux yeux de ses semblables. La prière du père et de la mère augmentera donc leur autorité morale, elle les aidera à imprimer pour toujours leurs enseignements. Et, parce que cette prière sera commune, les enfants y seront appelés. Elle fixera en eux les croyances et les sentiments de religion qui sont le fondement de toutes les bonnes traditions. Ainsi, en même temps, la maison conjugale et paternelle deviendra comme un sanctuaire ; ce sera un lieu inviolable qu'il répugnera de profaner par une aliénation. Les souvenirs qu'il rappellera rendront vénérable la mémoire du père et de la mère, et cette perpétuation du prestige des parents contribuera à la transmission du patrimoine moral.

192. Le contrat matrimonial devenu sacrement est une source de prospérité pour les conjoints à cause des malédictions divines qu'il prévient en maintenant les époux dans le devoir. Il est encore une source de prospérité parce qu'il resserre l'union entre eux. Nécessairement il est, du même



coup, propice à l'intérêt temporel des enfants. Ceux-ci, en effet, sont entretenus avec plus de soin, et des ressources s'amassent pour eux ; puis, la vertu à laquelle ils sont plus exactement formés n'est-elle pas finalement, par la compression des passions, le meilleur gage du succès dans la vie ? Partant, c'est aussi à la prospérité de l'État que sert le mariage surnaturalisé. Il fait les citoyens plus disciplinés et plus riches.

« C'est une loi divinement établie, dit l'encyclique *Arca-num*, que les institutions qui ont Dieu et la nature pour auteurs se montrent d'autant plus utiles et salutaires qu'elles demeurent plus intégralement et plus immuablement fidèles à leur état originaire ; le motif en est que le Créateur de toutes choses, Dieu, a exactement vu ce qui convenait à l'établissement et à la conservation de chacune d'elles, et qu'il les a toutes ordonnées dans sa volonté et son entendement de façon à ce que chacune atteignît parfaitement son but. Mais si dans l'ordre que la Providence a fondé la légèreté ou la malice des hommes veut apporter des changements et des troubles, alors les institutions, même les plus sages et les plus avantageuses, ou commencent à devenir funestes ou cessent d'être utiles, soit que par leur changement elles aient perdu leur vertu bienfaisante, soit que Dieu intervienne et veuille tirer un châtiment de l'orgueil et de l'audace des hommes. D'ailleurs, ceux qui nient que le mariage soit une chose sacrée et qui le dépouillant de toute sainteté le rejettent dans la catégorie des choses profanes, ceux-là bouleversent les fondements de la nature et en même temps qu'ils combattent les desseins de la divine Providence ils détruisent, autant qu'il est en eux, les institutions humaines. Aussi ne faut-il pas s'étonner si des entreprises aussi insensées et aussi impies engendrent toute une série de maux telle qu'il ne peut rien y avoir de plus pernicieux au salut des âmes et au bien de l'État. Si l'on recherche quel a été le

but de Dieu en instituant les mariages, il apparaîtra de la façon la plus évidente que le Souverain-Maître a voulu renfermer en eux de très abondantes sources de prospérité et de salut pour les sociétés. On n'en saurait douter, les mariages n'ont pas pour but unique la propagation du genre humain, ils tendent aussi à rendre meilleure et plus heureuse la vie des époux et ils y tendent par plusieurs moyens qui sont le secours mutuel pour écarter les difficultés, l'amour constant et fidèle, la communauté de tous biens et la grâce céleste produite par le sacrement. Les mariages peuvent aussi énormément pour le salut des familles; aussi longtemps qu'ils seront conformes à la nature et correspondront bien aux vues de Dieu, ils auront la force de maintenir solidement l'accord des esprits entre les parents, de protéger la bonne éducation des enfants, de tempérer la puissance paternelle en lui proposant pour modèle la puissance divine, d'assurer l'obéissance des fils aux parents, des serviteurs aux maîtres. De tels mariages les États eux aussi peuvent à bon droit attendre des générations de citoyens qui soient animés d'un bon esprit, et qui accoutumés à la crainte et à l'amour de Dieu estiment de leur devoir d'obéir aux gouvernants en ce qui est juste et légitime, d'aimer tous leurs concitoyens et de ne léser personne » (1).

---

(1) « Principio quidem lex est provisâ divinitus, ut quæ Deo et natura auctoribus instituta sunt, ea tanto plus utilia ac salutaria experiamur, quanto magis statâ nativo manent integra atque incommutabilia; quandoquidem procreator rerum omnium Deus probe novit quid singularum institutioni et conservationi expediret, cunctasque voluntate et mente sua sic ordinavit, ut suum unaquæque exitum convenienter habitura sit. At si rerum ordinem providentissime constitutum immutare et perturbare hominum temeritas aut improbitas velit, tum vero etiam sapientissime atque utilissime instituta aut obesse incipiunt, aut prodesse desinunt, vel quod vim juvandi mutatione amiserint, vel quod tales Deus ipse pœnas malit de mortalium superbia

Enfin, est-il besoin de le dire après tout ce qui précède ? Le mariage en prenant le caractère de signe de la grâce est devenu une cause de bonheur. Ce n'est pas seulement qu'il prévienne les discordes et soit un bouclier contre la misère ; il donne, dans une mesure plus pleine, la joie du devoir bien rempli, les douceurs d'affections tendres entre toutes, la sérénité de l'âme chaste, la gaieté que le nombre apporte dans un intérieur, l'immense satisfaction, semblable à celle du Créateur après son œuvre, que procure aux parents la vue d'une postérité docile à leur impulsion. Aussi le mariage sacrament, en répondant au besoin de l'homme de se survivre sur la terre, le rend heureux jusque dans la mort ; il lui rend doux le trépas en lui ouvrant la perspective de la

atque audacia sumere. Jamvero qui sacrum esse matrimonium negant, atque omni despoliatum sanctitate in rerum profanarum conjiciunt genus, ii pervertunt fundamenta naturæ, et divinæ providentiæ tum consiliis repugnant, tum instituta, quantum potest, demoluntur. Quapropter mirum esse non debet, ex hujusmodi conatibus insanis atque impiis eam generari malorum segetem, qua nihil est salutis animorum, incolumitatisque reipublicæ perniciosius.

Si consideretur quorsum matrimoniorum pertineat divina institutio, id erit evidentissimum, includere in illis voluisse Deum utilitatis et salutis publicæ uberrimos fontes. Et sane, præterquam quod propagationi generis humani prospiciunt, illuc quoque pertinent, ut meliorem vitam conjugum beatiorumque efficiant; idque pluribus causis, nempe mutuo ad necessitates sublevandas adjumento, amore constanti et fideli, communionem omnium bonorum, gratia cœlesti, quæ a sacramento proficiscitur. Eadem vero plurimum possunt ad familiarum salutem ; nam matrimonia quamdiu sint congruentia naturæ, Deique consiliis apte conveniant, firmare profecto valebunt animorum concordiam inter parentes, tueri bonam institutionem liberorum, temperare patriam potestatem proposito divinæ potestatis exemplo, filios parentibus, famulos heris facere obedientes. Ab ejusmodi autem conjugis expectare civitates jure possunt genus et sobolem civium qui probe animati sint, Deique reverentia atque amore assueti, sui officii esse ducant juste et legitime imperantibus obtemperare, cunctos diligere, lædere neminem » (page 128 des *Allocutiones*).

famille reconstituée dans le ciel. Il repose et fortifie les âmes des conjoints dans la prière. En développant l'attachement à la maison conjugale qui est devenue un temple, il aide les époux à être heureux quelle que soit leur condition.

193. Tels sont les secours particuliers que procure le mariage depuis qu'il attire la grâce sur les conjoints en même temps qu'il les unit ; telle est la grandeur à laquelle il est parvenu. Et l'Église, par ses cérémonies, ajoute encore à celle-ci, pour ceux principalement que les réalités métaphysiques ne suffisent point à frapper. Elle convoque les futurs époux dans le lieu saint. Il est selon son esprit qu'ils y viennent entourés des leurs, puisqu'aux noces de Cana l'assistance ne manquait pas. Ils arrivent devant l'autel. Le ministre de Dieu reçoit leur serments, il bénit le lien qui désormais les unira et dont l'anneau passé par le mari au doigt de sa femme est l'emblème. La majesté du temple, la solennité, les appels à l'intervention divine, rendent sensible la présence du Très-Haut, mais elle va le devenir encore davantage, car les prières du Saint-Sacrifice commencent : « Que le Dieu d'Israël vous unisse, dit le prêtre, et que lui-même soit avec vous, lui qui a eu pitié de deux enfants uniques » (1). Bientôt après est lu le texte dans lequel l'Apôtre compare le mari au Christ et la femme à l'Église, puis prescrit à l'homme un amour pour sa compagne pareil à celui du Sauveur pour celle qui est aussi son épouse. Le célébrant demande que la femme ajoute à la noblesse dont témoigne la comparaison faite entre l'épouse et l'Église, la dignité d'une mère féconde comme une vigne abondante : « Votre femme sera comme une vigne abondante dans l'intérieur de votre maison. Vos enfants, comme de jeunes plants d'oliviers, entoure-

---

(1) « Deus Israël conjungat vos, et ipse sit vobiscum, qui misericors est duobus unicis » (Introït de la messe de mariage).

ront votre table » (1). C'est ensuite Jésus-Christ lui-même que la liturgie fait entendre; elle donne les paroles par lesquelles le divin Maître confirma les principes naturels du mariage. Elle finit par la prohibition particulièrement explicite et impérative que le Sauveur, dans son intelligence parfaite du cœur humain, formula contre le divorce : « Ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare donc pas ». Lorsque enfin Jésus-Christ est descendu sur l'autel, le prêtre parlant au nom du Sauveur se retourne vers les conjoints et dans une longue bénédiction il tient au Père céleste ce langage :

« O Dieu, qui avez consacré l'union conjugale par un mystère si excellent figuré par l'alliance de Jésus-Christ et de l'Église; ô Dieu, par qui la femme est unie à l'homme et qui donnez à cette société fondamentale une bénédiction qui n'a pas été ôtée ni par la peine du péché originel ni par le châtiment du déluge, regardez favorablement votre servante qui, devant être unie à un époux, réclame votre protection avec instances. Que son joug soit un joug d'amour et de paix; que chaste et fidèle elle se marie en Jésus-Christ, imitant toujours les exemples des saintes femmes; qu'elle soit aimable à son mari comme Rachel, sage comme Rebecca, mûre et fidèle comme Sara, que l'auteur de la prévarication ne puisse trouver en elle de ses actes, qu'elle demeure attachée à la foi et aux commandements; unie à son mari, qu'elle fuie tout commerce illicite et qu'elle trouve dans une vie réglée un renfort à sa faiblesse, que sa gravité et sa pudeur lui méritent le respect, qu'elle forme son cœur à la céleste doctrine, qu'elle soit féconde,

---

(2) « *Uxor tua sicut vitis abundans in lateribus domus tuæ. Filii tui sicut novellæ olivarum in circuitu mensæ tuæ* » (Graduel de la messe de mariage).

pure et irréprochable et qu'elle arrive au repos des bienheureux et au royaume des cieux, et qu'ils voient tous deux les enfants de leurs enfants jusqu'à la troisième et quatrième génération et qu'ils parviennent à une vieillesse désirable ».

Mais c'est la pensée de l'éternité qui doit terminer l'auguste fonction :

« Que le Dieu d'Abraham, le Dieu d'Isaac et le Dieu de Jacob soit avec vous et qu'il accomplisse en vous sa bénédiction, afin que vous voyiez les enfants de vos enfants jusqu'à la troisième et quatrième génération, et qu'ensuite vous possédiez la vie éternelle par le secours de Notre Seigneur Jésus-Christ ».

194. Nous avons dit déjà que le principe de l'attribution du caractère sacramentel au mariage est important au point de vue des pouvoirs qui appartiennent à l'Église relativement à ce contrat. Cette convention devenue un moyen intrinsèque de salut s'est trouvée plus nécessairement soustraite à la juridiction civile. Mais, comme auxiliaires de l'Église, les souverains sont tenus plus rigoureusement qu'ils ne seraient sans l'accroissement de dignité que le mariage a reçu, à réprimer la violation des lois matrimoniales. Munis de la grâce, les époux transgresseurs offensent, en effet, Dieu plus grièvement et donnent aussi plus de scandale. Pareillement l'autorité civile est plus obligée de tendre par des moyens non répressifs au même but de l'observation des règles du mariage. L'une et l'autre proposition sera d'ailleurs vraie indépendamment de l'obligation plus stricte qui incombe aux conjoints depuis que la grâce a été attachée au pacte nuptial. Il n'est pas possible, en effet, de croire que ce secours conserve toute sa puissance dans des conjoints qui, au lieu d'en profiter, manquent à leurs devoirs ; or, il est précieux pour l'État, puisqu'il contribue extrêmement au bon ordre de la famille. De plus, cette



grandeur du mariage sacrement que nous avons décrite et que, plus ou moins, beaucoup perçoivent, a rendu à son tour, après la première élévation du mariage, plus vénérables les lois matrimoniales, et elle est une garantie de fidélité aux obligations des conjoints; cette grandeur est donc un bien public. Or, nécessairement elle se trouve amoindrie si le souverain ne veille point à la pratique des préceptes du mariage ou, à l'inverse, prétend le faire sans subordination au pouvoir le plus saint, le plus assisté de Dieu : le mariage alors n'apparaît plus avec la même sainteté. Il faut considérer encore que si les lois matrimoniales ont été confirmées par Jésus-Christ, le souverain doit, dans la mesure de ses pouvoirs, faire en sorte que l'Homme-Dieu n'ait pas agi en vain. Si, pour tous les motifs que nous venons d'indiquer, le souverain est, dans le christianisme, particulièrement tenu de veiller à l'accomplissement des devoirs d'époux, à plus forte raison ne peut-il, sans une faute plus grave que si le mariage n'était point sacrement, contrarier l'observation des lois conjugales.

Les mêmes conclusions ont déjà trouvé place à la fin de la section précédente; mais nous avons tenu à les reprendre pour marquer les nouveaux motifs sur lesquels elles s'appuient depuis que Jésus-Christ a confirmé les lois du mariage et fait de ce contrat une cause de grâce.

---

## SECTION IV.

DES POUVOIRS DU SOUVERAIN EN MATIÈRE DE MARIAGE,  
ABSTRACTION FAITE DE L'ORDRE CHRÉTIEN.

---

195. Nous faisons ici abstraction de deux événements l'acquisition par le contrat matrimonial du caractère de signe de la grâce et l'établissement de l'autorité ecclésiastique. Est-ce à dire, dès lors, que nous nous plaçons dans l'ordre naturel? Non, car il y a un autre fait que nous n'écartons point. C'est que, dès le commencement, le mariage a été, grâce à l'intervention divine, un acte religieux. Nous tenons à dire que nous ne supposons point l'absence de cette qualité. Pourquoi? Parce que, comme dans la présente section, nous soutiendrons une thèse contre laquelle certains objectent que le contrat matrimonial a toujours été une chose sacrée, il faut que l'on sache bien que nous ne l'oublions pas. Cette thèse est qu'abstraction faite de l'ordre chrétien, le souverain a le droit d'établir des empêchements dirimants. Quelqu'un s'étonnera peut-être que nous n'examinions point successivement les pouvoirs du souverain relativement au mariage dans les deux hypothèses de l'ordre naturel et de celui du droit divin positif des premiers temps. Mais, cette législation primitive étant, comme nous l'avons dit, applicable à tous les hommes, il y aurait assez peu d'intérêt à se mettre au premier point de vue. Puis, les solutions

que celui-ci appellerait sont précisément celles qui vont être données. Il ne comporterait point l'attribution au souverain de pouvoirs différents de ceux de l'ordre divin positif des premiers temps : le droit formulé par Dieu lorsqu'il provoqua l'union d'Adam et d'Ève ne fit que confirmer, renforcer les lois naturelles qui auraient réglé, selon la seule raison, les devoirs des époux, et d'autre part, la juridiction sur le contrat matrimonial pour déterminer les conditions de sa formation et établir, au besoin, des empêchements dirimants, nous venons d'avancer et nous démontrerons que dans l'ordre divin positif du commencement le souverain la possède, comme il l'aurait dans l'ordre naturel. Viendrait-il à l'esprit de poser une question inverse de celle que nous venons de prévoir, et demanderait-on pourquoi faire abstraction d'abord de l'ordre chrétien au lieu d'envisager uniquement ce dernier ? Chacun répondrait : c'est que l'ordre chrétien en matière de mariage n'embrasse pas tous les hommes. En effet, suivant la doctrine que nous avons exposée le mariage n'est devenu un sacrement que pour les chrétiens : pour les infidèles, il n'est pas un signe de la grâce ; d'autre part, sur les alliances entre ces derniers l'Église n'a pas de juridiction. En un mot, l'établissement de l'ordre chrétien n'apporte pas de changement quant à leur mariage. Ce fait n'est pas contesté. En ce qui concerne les infidèles, les pouvoirs du souverain en matière de mariage sont donc ceux qu'il faut lui reconnaître abstraction faite de l'ordre chrétien. Notre section offre, par conséquent, cet intérêt de faire connaître les droits de l'autorité civile sur le mariage des personnes non baptisées. Elle est encore utile d'une autre manière. Comme les souverains et les hommes d'État sont, de nos jours spécialement, très portés à légiférer et à agir comme si le mariage n'était pas un sacrement et n'était point du domaine de la puissance spirituelle, il importe de se placer dans cette

hypothèse, un peu pour qu'ils n'exagèrent point les droits qui leur appartiennent sur le contrat matrimonial d'infidèles et davantage pour que n'omettant point d'exercer ces prérogatives ils assurent l'accomplissement des devoirs des conjoints et les bons effets de l'union conjugale.

Les pouvoirs du souverain en matière de mariage abstraction faite de l'ordre chrétien, sont les suivants :

1° Celui de contraindre les parties à l'observation des lois matrimoniales, des empêchements au mariage et du régime pécuniaire naturel des conjoints ;

2° Celui de contraindre les tiers en vue du bien de la société conjugale ;

3° Celui de contraindre la société conjugale en vue du bien de l'État.

De là trois articles.

---

## ARTICLE I.

**Du pouvoir du souverain de contraindre  
à l'observation des lois matrimoniales, des  
empêchements au mariage et du régime  
pécuniaire naturel des conjoints.**

---

196. Rappelons d'abord quels sont ces lois, ces empêchements et ce régime.

Les lois matrimoniales sont celles du contrat préalable public, de la cohabitation perpétuelle, de l'autorité maritale, de l'unité et de l'indissolubilité.

Dans l'ordre naturel il y a deux empêchements dirimants, l'impuissance et le défaut de consentement, et il y a de nombreux empêchements prohibitifs. Ce sont d'abord l'absence de publicité, l'absence de disposition à promettre expressément ou tacitement la fidélité aux lois conjugales, une condition ou un terme suspensifs modifiant le consentement, un premier mariage existant, le vœu de célibat, celui de chasteté parfaite, l'impuberté, un développement de l'intelligence ou de la volonté encore insuffisant pour l'accomplissement des devoirs d'époux et de père ou de mère, un commencement de grossesse chez la fille lorsque le futur n'est point l'auteur de l'enfant conçu, le veuvage pendant les trois premiers mois, un contrat de fiançailles avec une autre personne que celle que maintenant on veut épouser, une promesse unilatérale de mariage dans le même cas, l'opposition du père ou

de la mère. Sont encore des empêchements prohibitifs naturels, mais en nécessitant une appréciation de faits particulièrement délicate, la vocation du célibat, l'état maladif du futur, un choix contraire à la vocation de la personne qui le fait ou funeste à sa vertu, au soin de sa vie, à sa considération, à la condition qu'elle a, un choix portant sur une personne qui par elle-même ou autrement mettra probablement la division entre le conjoint et la famille de celui-ci ou entre les proches du conjoint ou entre les deux familles intéressées, un choix nuisible au bien de la postérité de celui de qui il émane, la consanguinité entre les futurs, un choix contraire au bien des enfants d'un premier lit, la détresse des parents, la pauvreté des deux futurs.

Nous ne voyons pas que le droit divin positif du commencement ait ajouté à cette liste des empêchements ou qu'il ait transformé en cause de nullité un empêchement simplement prohibitif d'après la nature.

Quant au régime pécuniaire naturel des conjoints, nous ne rappellerons point les vingt-huit règles qui le composent. Bornons-nous à dire que le régime matrimonial naturel est un régime d'entretien de la femme et des enfants par le mari, de distinction des patrimoines, ce qui n'empêche pas une certaine communauté, d'inaliénabilité, de non-engagement et d'insaisissabilité, d'administration des biens de la femme par le conjoint, d'immutabilité dans la situation de la veuve et du veuf.

Nous disons que le souverain peut contraindre à l'observation de ces lois, de ces empêchements et de ce régime en un mot, à la pratique des règles relatives au mariage. On le voit, nous donnons ici à l'expression de « règles relatives au mariage » une signification plus étendue qu'au terme de lois matrimoniales dont nous avons particularisé le sens, parce que les principes qu'il désigne sont les plus importants. C'est de deux manières que le souverain peut contraindre à



l'observation des règles du mariage : préventivement et par la répression, en prévenant l'inaccomplissement des devoirs et en le châtiant.

197. Cette distinction de la contrainte préventive et de la contrainte répressive se trouvera dans tous nos chapitres ultérieurs. Nous l'adoptons parce qu'elle nous paraît la plus en rapport avec l'usage et qu'elle est, d'ailleurs, généralement d'une compréhension suffisante : elle atteint après coup, les actions ou omissions illégitimes si elles n'ont pu être empêchées. Toutefois elle n'est parfaitement exacte que si l'on comprend dans la contrainte préventive en telle ou telle matière non seulement la contrainte qui tend directement à empêcher l'inaccomplissement du devoir, mais encore celle qui tend indirectement à ce but. Une contrainte de ce genre est, en effet, possible en fait et juridiquement. Par exemple, lorsque le souverain d'un certain État empêche un fils illégitime de prendre possession de l'héritage paternel, il prévient d'une manière indirecte et justement la violation de la loi du contrat préalable public, en détournant l'homme de relations qui se trouvent ne lui point permettre de se survivre pleinement dans son enfant. Pour que la distinction que nous avons adoptée soit irréprochable, sous l'expression de contrainte préventive il faut donc comprendre et la contrainte préventive directe et la contrainte préventive indirecte.

Dans la contrainte préventive nous venons de faire une subdivision. Il y a un autre partage plus digne d'intérêt. C'est celui de la contrainte préventive pure et simple et de la contrainte préventive mêlée de commandement ou unie à un pouvoir de détermination du devoir imposé. Elles vont se retrouver l'une et l'autre dans nos explications.

La doctrine qui fait l'objet du présent article, à savoir que le souverain peut contraindre à l'observation des règles du mariage consiste dans les quatre idées suivantes dont trois

se rapportent à la contrainte préventive et une à la contrainte répressive.

Premièrement, le souverain peut contraindre à l'accomplissement des devoirs relatifs aux lois matrimoniales, aux empêchements et au régime pécuniaire naturel des conjoints, quand ces obligations sont précises.

Deuxièmement, le souverain peut contraindre pareillement à l'accomplissement de celles-ci quand elles ne sont pas précises.

Troisièmement, le souverain peut contraindre à certains actes ou à certaines abstentions qui ne consistent pas dans l'accomplissement des devoirs relatifs au mariage mais qui tendent à le procurer, sans avoir cependant le caractère de pénalités.

Quatrièmement enfin, le souverain peut contraindre à l'acceptation de peines ceux qui ont manqué aux mêmes obligations.

Etablissons ces thèses.

La troisième paraît obscure, mais d'un seul mot nous pouvons l'éclaircir et la justifier, sauf à développer plus loin, quand nous les rencontrerons, les applications qu'elle comporte. Les actes ou les abstentions qu'en la formulant nous avons en vue sont, en effet, eux-mêmes des devoirs : c'est, par exemple, le devoir, relatif à une explication qui vient d'être donnée, pour le fils naturel de s'abstenir de l'héritage de ses parents.

La première proposition est, elle aussi, très simple. Le souverain peut contraindre à l'accomplissement des devoirs relatifs aux lois matrimoniales, aux empêchements et au régime pécuniaire naturel des conjoints, quand ces obligations sont précises, parce que tout homme a en germe le pouvoir d'empêcher le mal ou, si l'intention n'est pas mauvaise, les violations de droits, et que les raisons de bon ordre qui chez la plupart des hommes maintiennent à l'état latent

cette prérogative n'existent point pour celui qui constitue dans un certain milieu la force publique. L'homme peut empêcher le mal ; il ne manque point, en effet, ainsi à l'unique obligation qui finalement lui incombe de procurer la gloire de Dieu. Au contraire, il est dans l'accomplissement de ce devoir. Que doit-il, d'ailleurs, à ses semblables ? Tendre à leur bonheur ; or cette obligation pareillement il la remplit quand il empêche le mal ou les atteintes aux droits.

198. Restent la seconde et la quatrième thèses. Comment, d'abord, se fait-il que le souverain puisse contraindre à l'accomplissement des devoirs relatifs au mariage quand ils ne sont pas précis ? Nous le savons aussi par notre doctrine du chapitre de l'État. La prérogative dont il s'agit existe parce que les hommes, obligés, de par la loi de charité, d'accepter une direction commune efficace pour la détermination de leurs devoirs réciproques, sont tenus de suivre les volontés émises relativement à ceux-ci par celui qui est la force publique et auxquelles il est disposé à tenir la main. Lorsque le souverain contraint, en matière de mariage, à l'accomplissement des devoirs par eux-mêmes non précis, c'est donc pourtant finalement à l'exécution d'obligations précises qu'il force ; il ne dépasse pas, dès lors, les bornes du pouvoir inné d'empêcher le mal (Tome I, p. 281). D'autre part, comment le souverain a-t-il le droit de contraindre à subir une répression ceux qui ont violé les lois matrimoniales, contracté mariage au mépris des empêchements ou contrevenu au régime pécuniaire naturel des conjoints ? En procédant ainsi, sans doute il empêche plus ou moins, par la crainte du châtiement, les fautes ou les violations de droits pareilles à celles qu'il réprime ; mais cependant est-ce qu'il est dans les limites du pouvoir d'empêcher le mal ? Cet homme qu'il punit, il ne s'agit plus de l'empêcher de manquer à son devoir ; il est trop tard. A quel titre donc pratiquer la contrainte ? La réponse est aisée. Il ne s'agit plus d'empêcher l'auteur de

l'infraction de manquer à son devoir en matière de mariage nous le reconnaissons ; mais il s'agit de l'empêcher de commettre le mal ou la violation de droit qui consisterait à méconnaître le droit que possède la société à ce que réparation soit faite et soit faite de la manière voulue et imposée par le régulateur des devoirs réciproques. La contrainte répressive, en un mot, est encore, avec un changement d'objet, la contrainte préventive. Bref, nous justifions la prérogative souveraine qui nous occupe comme nous avons démontré le droit de glaive et, par voie de généralisation, le pouvoir lui-même de punir (Tome I, p. 449-479). Le pouvoir répressif existerait, en notre matière, alors même que le souverain aurait la facilité de toujours prévenir les infractions. Il existerait pour le cas où cette facilité n'aurait pas été mise à profit. Mais l'action préventive est loin d'avoir cette efficacité. La vigilance des agents du souverain peut être surprise ; il est évident, d'ailleurs, qu'elle ne peut suivre les époux dans tous leurs actes. Nous dirons plus loin que le souverain n'a pas généralement le droit de forcer le domicile conjugal pour s'y établir en surveillance.

Les quatre propositions renfermées dans notre thèse générale du pouvoir du souverain de contraindre à l'observation des lois matrimoniales, des empêchements au mariage et du régime pécuniaire naturel des conjoints sont maintenant établies. Toutefois avant d'entrer dans le détail de l'application de cette doctrine nous devons, d'une part, la restreindre, et de l'autre la compléter.

199. Voici la restriction. Comme le devoir d'accepter une direction comme efficace pour la détermination de nos devoirs réciproques dérive de la loi de charité il n'existe que dans la mesure où cette règle oblige, c'est-à-dire dans la mesure de sacrifices minimes eu égard au bien à réaliser. Par suite lorsque le pouvoir de contraindre suppose une détermination préalable, il n'existe qu'autant que, suivant les cas, l'accep-

tion de celle-ci constitue simplement un sacrifice relativement minime. Ce principe est applicable à la contrainte exercée à propos du mariage comme il est vrai en toute autre matière. Et il se traduit ici par trois conséquences. D'un côté, si le souverain exagère considérablement les obligations qu'imposent les lois matrimoniales, les empêchements et le régime pécuniaire naturel des conjoints, il sort de son droit, il porte à la liberté une atteinte illégitime. En effet, le devoir de l'acceptation d'une direction comme efficace n'existe point alors, et conséquemment les obligations non précises qu'il a voulu déterminer n'ont pas perdu ce caractère ; le pouvoir d'empêcher le mal, si le souverain vient à user de la contrainte, est donc dépassé. D'autre part, le résultat est le même si le souverain inflige à la suite de l'inaccomplissement des règles du mariage des peines qui dépassent sensiblement le devoir de réparation. La troisième conséquence est que le souverain ne peut, en notre matière, user de la contrainte qui suppose une détermination préalable que s'il s'agit de prévenir ou de réprimer une infraction considérable. En d'autres termes, il faut qu'un intérêt grave soit en jeu. Pourquoi cette condition ? Pourquoi ne suffit-il pas que la détermination soit sage ? Est-ce que du moment où elle l'est le sacrifice de son acceptation n'est pas minime ? Non, à défaut d'intérêt grave il serait nécessairement excessif. Une intervention méticuleuse ôterait aux citoyens pour ainsi dire toute liberté d'appréciation de leurs devoirs. Partant, elle rendrait la souveraineté intolérable et serait ainsi un danger pour le bien essentiel de l'union. Elle ne tendrait même pas, finalement, à un accomplissement exact du devoir ; comme un excès entraîne presque toujours un excès contraire, viendrait un temps de défaillance du pouvoir public. Faut-il rappeler qu'il n'y a que la modération qui dure ? Lorsque c'est en des conflits relatifs à l'étendue de l'autorité maritale qu'il s'agit pour le souverain d'intervenir,

il y a lieu de tenir compte, dans l'appréciation de la gravité de l'intérêt, de l'inconvénient qu'il y aurait aux points de vue de la paix domestique et de l'éducation des enfants à discréditer le pouvoir du mari soit par l'opposition à ses ordres, soit, à l'inverse, par une assistance fréquente qui deviendrait un signe de faiblesse chez le chef de famille. Dans les explications qui précèdent, parlant de restriction au pouvoir de contraindre à la pratique des règles du mariage nous avons toujours raisonné dans l'hypothèse où cette prérogative suppose une détermination préalable ; mais on pourra conclure de ce que nous allons dire dans un instant à propos de l'inviolabilité habituelle du domicile conjugal, que même le droit d'imposer l'accomplissement des devoirs conjugaux dans des hypothèses où ils n'ont rien d'incertain est indirectement entravé.

200. Nous venons de limiter le pouvoir de contraindre à l'observation des principes de l'union matrimoniale ; apportons maintenant le complément que cette prérogative réclame. Le souverain a le pouvoir de pénétrer de force dans le domicile conjugal pour constater les manquements aux devoirs d'époux, lorsque ces manquements sont probables et passibles de peines. Le maître du foyer a le devoir de ne point s'opposer en pareil cas à l'entrée des agents du souverain. La loi de charité lui impose cette abstention comme nécessaire au bien public et comme ne constituant qu'un sacrifice minime. Le souverain a aussi, en second lieu, le droit de pénétrer de force dans le domicile conjugal pour faire remplir aux époux, leurs obligations négatives ou même positives, quand l'inaccomplissement est immanquable et offre de la gravité. Nous ne parlons point des devoirs relatifs aux rapports sexuels quoique, abstraction faite des exigences des mœurs, il ne faille point les exclure de notre affirmation. Mais nous entendons que les agents du souverain peuvent pénétrer dans le domicile conjugal pour



contraindre le mari à ne pas en tenir sa femme éloignée, pour l'empêcher de la violenter injustement ou d'avoir chez lui une femme qui vraisemblablement est une concubine. Passant à des devoirs positifs nous entendons que les agents du souverain peuvent forcer la porte du domicile conjugal pour obtenir, par la crainte qu'inspire la constatation officielle d'une infraction, ou pour faire en sorte par eux-mêmes que la femme ait son entretien. Nous admettons, d'ailleurs, réciproquement que l'épouse peut être forcée à réintégrer le domicile conjugal, à agir ou à s'abstenir selon ce que l'homme a prescrit ; mais ces deux dernières solutions ne se rapportent à notre sujet présent de l'introduction forcée en la demeure des conjoints que si l'on suppose le ménage établi chez la femme. Le droit que nous venons de préciser de pénétration dans le domicile conjugal à titre préventif n'est pas moins indubitable que le précédent qui avait la constatation d'infractions pour objet. Le devoir de permettre l'entrée dans le cas de manquement imminent des époux à leurs devoirs, en matière grave, est imposé par la loi d'assistance mutuelle. C'est là un sacrifice insignifiant à côté de l'avantage de prévenir, même si ce n'est qu'imparfaitement, des désordres importants dans la famille.

201. Mais sauf les cas exceptionnels de constatation et de prévention qui viennent d'être indiqués, le domicile conjugal est inviolable. Le droit d'être en surveillance habituelle dans le ménage, le souverain ne l'a pas et nous croyons que personne encore maintenant ne songe à le lui attribuer. Est-ce qu'en effet le propriétaire a le devoir de souffrir une intervention de ce genre ? Non ; si cette obligation existait ce serait à titre de sacrifice imposé par la loi d'assistance mutuelle en vue du bien social ; or, celui-ci, loin de demander le contrôle en question le repousse comme un obstacle à l'intimité de la vie de famille et, partant, à l'amour si indispensable du foyer. Dès lors, en refusant l'entrée à

des surveillants le propriétaire ou l'habitant ne commet point le mal et conséquemment il n'y a pas possibilité de le contraindre. Sans doute, par la surveillance officielle il y aurait parfois des infractions empêchées, mais cet avantage ne saurait balancer l'inconvénient. On peut traduire la présente doctrine d'une manière pittoresque en opposant à la surveillance du souverain le mur de la vie privée. Mais on a vu aussi que cette clôture ne peut pas, en matière grave, arrêter le souverain qui vient constater une infraction probablement commise ou prévenir un manquement sur le point d'avoir lieu.

Notre exposé synthétique du pouvoir de contraindre à l'observation des règles relatives au mariage est maintenant complet. Il n'est, en effet, pas besoin de revenir sur trois limitations établies dans notre chapitre de l'État. Premièrement, en principe, le souverain ne peut user de la contrainte que conformément aux lois; en second lieu habituellement il ne peut non plus contraindre que suivant un jugement qui applique les lois; troisièmement le souverain doit agir et juger par l'intermédiaire d'autorités locales ou suivant le principe de la décentralisation (Tome I, p. 490 p. 584 et suiv.).

Jusqu'à présent nous avons parlé de pouvoir; mais, sauf l'atténuation résultant de ce que la loi de charité n'oblige un chef à la vigilance qu'autant que celle-ci lui est relativement assez facile, le souverain est tenu d'user de son droit de contraindre à l'observation des règles du mariage. Il le doit au délinquant lui-même et à la partie dont le droit est violé, car selon le principe de l'assistance mutuelle il doit à chacun de lui être utile. Pareillement, c'est envers les autres citoyens qu'il est tenu d'agir. C'est l'intérêt moral de tous que les règles relatives au mariage soient observées, car l'exemple de la fidélité au devoir est ainsi donné et autrement il y aurait encouragement au mal.

L'intérêt pécuniaire ou économique est lui aussi en jeu. Par l'union et la discipline qu'elles tendent à faire régner au foyer, par le discernement qu'elles imposent dans la formation des mariages et qui est une garantie de bonheur et de concorde, plus directement par les divers points du régime pécuniaire naturel des conjoints qui est un régime de sauvegarde des biens, les règles relatives au mariage également imposées sont une garantie de prospérité.

Après avoir fait connaître notre doctrine dans sa généralité, nous allons en étudier les applications. Au cours de ce travail nous ne reprendrons pas une à une toutes les règles du mariage. Les plus importantes seront considérées à part, et nous comprendrons les autres dans des explications d'ensemble.

Le premier des principes que nous avons groupés sous la dénomination de lois matrimoniales est celui du contrat préalable public. Voyons quelles sont, quant à l'observation de cette règle, les conséquences de nos données. La loi du contrat préalable public est double : d'une part, elle veut que le contrat matrimonial précède l'union sexuelle, et d'autre part elle exige que ce préliminaire du commerce de l'homme et de la femme soit en même temps public. Nous allons séparer ces deux points de vue, celui de l'antériorité du contrat et celui de la publicité.

## § I.

De l'observation forcée de la loi du contrat préalable public, au point de vue de l'antériorité de la convention.

202. Il est impossible, même matériellement, que le principe de l'antériorité du contrat matrimonial soit pleinement garanti par la contrainte préventive. Les citoyens ne peuvent

pas être suivis dans toutes leurs rencontres et jusqu'au plus secret de leurs demeures. Il y a pourtant une action, encore préventive quoiqu'elle se produise le mal une fois commencé, qui est praticable et légitime : c'est la séparation de l'homme et de la femme qui probablement ont eu des rapports illicites et vivent ensemble. En d'autres termes, les concubinaires peuvent être séparés ou les ménages illicites dispersés. La cohabitation de ces personnes est, en effet, une faute et un scandale, parce qu'elle est une occasion perpétuelle de renouvellement de leur crime. A part cet emploi de la contrainte préventive, c'est au moyen de peines que l'observation de notre principe pourra et devra être sauvegardée. Les relations hâtives seront punies. Nous savons bien qu'aujourd'hui elles ne le sont pas mais nous n'en soutenons pas moins qu'elles appellent une répression sévère. Le maintien de la pureté des mœurs par l'exemple d'une réparation, quand elles ont subi une atteinte, n'est-il pas aux points de vue moral et économique un intérêt social des plus graves ? Et la société, en même temps qu'alors elle a un besoin très considérable de réparation, y a droit même dans l'hypothèse d'absence d'intention mauvaise constatée : c'est en ce cas un sacrifice qu'au moins la loi de charité impose. Enfin la société a droit aussi que l'agent s'en rapporte, quant à la détermination de la peine, à la volonté du souverain. Il y a donc lieu contre les concubinaires à une pénalité et à une pénalité rigoureuse. L'union illicite sera conséquemment réprimée. Elle le sera du côté de la femme qui devient mère en dehors du mariage, elle le sera aussi du côté de l'homme qui l'a fécondée. Mais, dira-t-on, tandis que la maternité est notoire, la paternité est un fait occulte; dès lors est-ce qu'il est permis au souverain de statuer sur le point de savoir quel est le père d'un enfant, lorsqu'à défaut de mariage on n'a pas pour se guider la présomption de

fidélité de la femme? Il ne s'agit point, sans nul doute, de savoir s'il est permis au souverain comme à tout autre homme de se faire une opinion relativement à l'origine d'un enfant naturel, mais s'il peut se faire une opinion qui soit ensuite le point de départ de mesures de contrainte, une opinion, en d'autres termes, qui soit un jugement. Autrement dit, il s'agit de savoir si le souverain peut pratiquer la recherche de la paternité. Nous venons de nous prononcer pour l'affirmative, mais il faut insister sur cette réponse: Elle tranche, en effet, une question célèbre de législation. C'est là ce que nous ferons dans le reste du présent paragraphe.

Dans cette étude sur la recherche de la paternité, il ne s'agit évidemment que de la paternité illégitime. Comme nous venons de le faire entendre par la forme donnée à une objection, la paternité légitime, celle qui résulte d'une union physique consommée pendant le mariage, n'a pas besoin d'être recherchée. N'est-elle pas connue avec une certitude morale? Il est rationnel de présumer la fidélité de la femme à son mari. Cette présomption s'impose au souverain : ne pas la suivre serait une injure gratuite envers l'épouse et une entrave immense apportée dans l'organisation de la famille. Il sera, du reste, traité en détail de la présomption de paternité du mari dans le chapitre suivant. Nous avertissons, pour autant que la netteté peut le demander, que lorsque nous emploierons le terme d'enfant naturel, ce sera sans considération d'âge. Cette expression désignera une personne envisagée dans son rapport de filiation illégitime.

Nous examinerons les questions suivantes :

Pourquoi la recherche de la paternité est-elle permise?

Comment peut-elle être faite ?

Quelles mesures coercitives sont permises au souverain après la recherche ?

## PREMIER POINT.

*Pourquoi la recherche de la paternité est-elle permise?*

203. La recherche de la paternité est permise pour deux raisons connexes : d'une part, elle tend à une fin utile, de l'autre elle peut être concluante. Reprenons successivement ces deux idées. Il est incontestable que si la recherche n'avait pas un but utile, le souverain ne pourrait la faire car ce serait compromettre gratuitement des réputations mais il est clair aussi que ce but utile existe. La recherche tend à la connaissance du père de l'enfant illégitime; or cette connaissance est certainement utile. Elle permet une répression que le bien public réclame; il en résulte aussi conformément à l'intérêt de l'enfant et de la société que le père peut être forcé à remplir ses obligations. La recherche de la paternité a donc certainement un but avantageux, mais peut-elle être concluante? Personne ne le niera non plus; seulement il s'agit de savoir si d'une façon habituelle il en est ainsi. C'est sur ce point qu'existe le désaccord; en ce qui nous concerne nous avouons, toutefois, ne l'avoir jamais bien compris, malgré tout ce que nous avons lu depuis de longues années sur cette question. La paternité est un fait occulte, sans doute en ce sens qu'on ne peut pas dire de lui comme parfois d'un assassinat ou d'un vol : je l'ai vu. Mais cela n'empêche que la recherche de la paternité puisse habituellement être concluante. Ordinairement, en effet, elle est capable de donner la certitude morale. La paternité n'est-elle pas le plus souvent entourée de circonstances palpables qui ne laissent pas de doute sérieux à son sujet? Le plus souvent la mère, au temps de la conception qui est connu d'une façon bien exacte par celui de l'accouchement et par l'état du nouveau-né, n'a-t-elle pas été l'objet de fréquentations



acceptées par elle et qui était exclusives? Or, il n'y a aucune vraisemblance que l'auteur de ces assiduités ne soit pas le père. Indépendamment même, en effet, de toute idée de vertu, il n'est ni selon la nature, ni selon le caractère de la femme qu'elle se soit livrée à un homme dans un temps où elle avait un attachement passionné pour un autre. A n'en point douter, celui avec lequel ont existé les relations extérieures particulièrement suivies et intimes est aussi celui avec lequel les rapports secrets ont eu lieu. Dès lors le prétendu problème de la paternité naturelle est habituellement des plus simples pour un juge : il s'agit simplement de savoir avec qui ces relations contemporaines de la conception ont eu lieu. Mais on suscitera des difficultés. — Vous vous fondez, nous dira-t-on, sur ce que le plus souvent des fréquentations ont accompagné la conception. Mais le contraire ne peut-il pas arriver? Ne peut-il pas se faire aussi, à l'inverse, que la mère ait été, dans le temps de sa faute, l'objet des assiduités de plusieurs hommes? — Ces cas ne sont pas impossibles, bien que l'on ne doit pas perdre de vue que généralement les femmes qui se donnent à plusieurs ne deviennent pas mères (1); mais peu nous importe. Ce qu'en effet ils peuvent obliger d'admettre, c'est que le juge ne pourra pas, dans les hypothèses exception-

---

(1) « Procreatio prolis, etsi non totaliter tollatur, quia contingit post imprægnationem primam iterum mulierem imprægnari, ut dicitur in IX. *De animalibus* (vel *De historia animalium*, VII, 4,) tamen multum impeditur, quia vix potest accidere quin corruptio accidat quantum ad utrumque foetum vel quantum ad alterum. (St. Thomas, *Summa. theol. Supp. q. LXV, art. 41, ad 8<sup>um</sup>*) : Quoique la polyandrie ne supprime pas entièrement la génération, puisque selon la remarque du Philosophe, *De hist. animal.*, VII, 4, la fécondation est quelquefois suivie d'une superfétation. elle lui nuit cependant beaucoup, car il est difficile que la corruption n'en résulte pas pour les deux foetus, ou au moins pour l'un d'eux ».

nelles dont il s'agit, déterminer la paternité naturelle. Encore faut-il reconnaître que cette conclusion serait trop absolue. En l'absence d'assiduités soit préalables soit postérieures le juge peut être éclairé par des faits qui révèlent que tel homme a considéré la grossesse comme étant le fruit de ses œuvres, ou a traité l'enfant comme étant le sien, sans qu'il y ait, d'ailleurs, des motifs de supposer qu'il ait eu l'intention exceptionnelle de faire une adoption. D'autre part, si l'un des coupables a été éloigné ou a cessé ses relations dans le temps de la conception tandis que l'autre les continuait, il ne sera point douteux que celui-ci est le père. Pareillement, la ressemblance de tempérament, de caractère ou de traits sera parfois telle qu'elle ne permettra pas d'hésiter entre les différents auteurs supposables, surtout lorsque l'enfant ayant déjà un certain nombre d'années, son visage se dessinera nettement. Une autre difficulté particulière sera peut-être faite au sujet de l'habitante des grandes villes qui vit ignorée. Mais le cas de cette personne, même en le joignant à ceux dont il vient d'être parlé, est trop exceptionnel pour ébranler notre thèse que, habituellement, la recherche de la paternité peut être concluante. Il est d'autant plus impuissant contre cette doctrine que si, dans les grands centres, les fréquentations contemporaines de la conception ne sont pas notoires elles sont pourtant connues presque toujours de certaines personnes, de celles, au moins, qui dans le voisinage de la fille coupable se rapprochent d'elle par la parité des occupations. Dirait-on encore : pour être concluante il ne suffit pas que la recherche de la paternité produise la certitude morale, c'est la certitude absolue qu'il faudrait ! Nous ne nous attendons pas à une pareille objection, car c'est en toutes circonstances, et spécialement dans des questions de conséquence non moins grave, que l'on se contente de l'absence de doute sérieux. Est-ce que l'empor

sonneur et l'assassin ne peuvent être condamnés que s'ils ont été surpris dans la perpétration de leurs crimes ? Personne ne le soutiendra. Répliquera-t-on que l'intérêt public réclame alors avec une force particulière une attribution du forfait afin qu'il y ait réparation ? Ce serait exact, mais la différence signalée ne prouve rien, car le jugement de détermination du père naturel est loin d'avoir des suites aussi graves que la condamnation des malfaiteurs dont nous venons de parler. D'ailleurs, n'est-ce pas pour la découverte de l'auteur d'une infraction quelconque que l'on se contente de la certitude morale ? Et l'on a raison : si le souverain, dans la détermination des devoirs réciproques, ne pouvait agir que d'après une certitude absolue, son intervention serait bien rare et l'on peut dire que les hommes vivraient dans l'anarchie.

204. Après ces explications, nous croyons établi que la recherche de la paternité peut habituellement être concluante. Elle est, dès lors, démontrée permise, car nous avons vu, dès le commencement, qu'au lieu d'être une diffamation gratuite elle a un but utile. Toutefois, on nous opposera une double fin de non-recevoir. — Assurément, dira-t-on, il est utile de connaître la paternité illégitime ; mais cet avantage n'est point à considérer, à cause des inconvénients auxquels il faut se résigner pour l'obtenir. Ces inconvénients sont l'immoralité de l'instruction d'une affaire de paternité naturelle, et surtout le danger d'un chantage de la part de la mère qui, spéculant sur la crainte d'une dénonciation calomnieuse, se fera payer son silence par d'autres hommes que le coupable. — Voyons si ces obstacles sont sérieux.

Le premier disparaît devant les trois réflexions suivantes. D'une part, l'instruction consistera simplement à vérifier le fait d'assiduités contemporaines de la conception ou à constater d'autres circonstances qui ne sont pas plus indécentes : par exemple, dans le cas de dualité des fréquentations, on

établira l'éloignement de l'un des rivaux au temps du commencement de la grossesse ou la ressemblance caractéristique avec un de ces hommes. D'autre part, l'instruction, quels que soient les faits qu'elle révèle, sera moins fâcheuse, au point de vue de la morale, que l'exemple de l'impunité et de l'irresponsabilité du père. Enfin, s'il y a dans le procès des détails obscènes, est-ce que le juge ne peut pas ordonner le huis-clos ? Il est bien évident que la publicité de l'audience, encore qu'elle soit nécessaire ordinairement, n'est point une condition du devoir de l'acceptation de la volonté du souverain par le justiciable quand la décence demande le secret.

Le second inconvénient n'est pas plus réel, malgré tout ce que l'on a pu dire. Nous ne venons pas prétendre que la spéculation dont il s'agit est impossible ; mais par elle-même la recherche de la paternité n'y donne pas plus lieu que beaucoup d'autres instructions dans lesquelles on fait appel à des témoignages. En effet, il n'en serait différemment que si la recherche entraînait une présomption de vérité en faveur des dénonciations des filles-mères. Or, il n'en est pas ainsi. N'y a-t-il pas pour rendre la recherche concluante la constatation de fréquentations et d'autres faits ? Dès lors, peu nous importe si le chantage dont on a peur s'est pratiqué jadis et nous n'examinerons même point s'il l'a été autant que certains l'ont dit (1). Les abus, s'il s'en est produit, doivent

---

(1). Toutefois, nous croyons bien faire de citer le commencement d'une lettre écrite par un homme compétent à l'honorable directeur de *La Réforme Sociale* : « Je sais combien la Société d'économie sociale attache d'importance à la question des enfants naturels et à la réforme du Code en ce qui touche la constatation judiciaire de leur filiation. Nous avons abordé ce sujet dans le *Deuxième Congrès de la réforme judiciaire* qui s'est tenu fin août 1889, et nous sommes tombés d'accord sur la nécessité d'une prompte réforme à cet égard. Mais il a paru à plusieurs membres que le point peut-être capital à

mis au compte de la maxime *Creditur virgini parturienti* ; ils ne peuvent pas être imputés à la recherche de la paternité. Au surplus, d'après son texte, la

---

l'opinion d'abord était la conversion de l'esprit public mal disposé, de l'esprit public influencé par la tradition qui s'est établie des nombreux abus qu'aurait engendrés la règle ancienne permettant la recherche de la paternité. J'ai, pour mon compte, cherché à prouver que ces prétendus abus, ces prétendus scandales étaient une légende formée postérieurement au Code civil et comme pour légitimer une règle improvisée dans un moment de surprise et sous le coup d'une licence voulant reconnaître aucun frein. Il y a, en effet, une chose dont on ne peut manquer d'être surpris, quand on veut voir clair dans la question ; c'est l'absence de protestation contre la règle ancienne, soit dans la littérature juridique, soit dans les écrits des publicistes du XVIII<sup>e</sup> siècle touchant à tout cependant, soit dans les Cahiers des États généraux, ces doléances de la nation (a), qui auraient dû au moins porter quelque trace du prétendu « cri public » qu'excitait la possibilité de la recherche, au dire du conseiller d'État Bigot de Préameneu, en 1803. On est toujours obligé d'en revenir à un seul et unique discours de l'avocat général Servan dont la critique ne portait pas sur le principe, mais sur une procédure abusive usitée dans certains parlements. Quelle fut donc l'origine première de notre article 340 faisant ainsi aux enfants naturels une si triste situation, en même temps qu'il accroît leur nombre démesurément et fatalement, les dernières statistiques l'ont démontré ? La loi du 12 brumaire an II (2 novembre 1793) est bien connue comme ayant fait le premier pas et décisif dans la voie suivie par le Code, puisqu'elle abandonne à la discrétion du père la destinée de l'enfant, en s'en remettant exclusivement à son aveu pour constater la filiation ; — le Code devait aller plus loin en faisant comme une invitation au père de méconnaître un bon mouvement par la formalité de l'acte authentique » (Réforme sociale du 16 mars 1890, p. 371. Lettre de M. Léon Giraud).

(a) Consulté sur ce point, M. L. de Poncins, le savant auteur de l'ouvrage *Les Cahiers de 1789*, nous écrit : « Je ne me rappelle rien dans les Cahiers, visant les scandaleux abus dont vous me parlez ; ma mémoire pourrait me tromper, mais les tables de Prudhomme et de Laurent (*Archives parlementaires*, t. VII, p. 412 à 468, art. Justice) ne signalent rien. Un cahier contient-il quelque passage spécial sur la recherche de la paternité, c'est possible ; mais les cahiers de 1789, pris dans leur ensemble, ne se sont nullement préoccupés de cette question ».

règle citée ne militait qu'en faveur de la mère illégitime qu'en était à sa première faute. En outre, la présomption n'avait qu'un effet provisoire et ne s'attachait qu'à la déclaration faite quand la mère accouchait et sous la foi du serment (Daloz, *Répertoire*, V° Paternité et filiation, n° 41). Quoiqu'il en soit de la question historique à laquelle nous venons de toucher, nous avons écarté l'objection du péril de chantage en montrant que la recherche de la paternité et la présomption de la sincérité de la femme sont choses séparées. Ajoutons que l'accusation n'étant pas plus présumée vraie ici qu'ailleurs, elle est en notre matière, comme une autre, sujette à répression quand elle est jugée calomnieuse. Il y a dans cette possibilité d'un châtement une garantie contre les imputations fausses. Nous ne pouvons nous empêcher de faire encore cette réflexion que si le chantage était particulièrement à craindre en notre sujet bien difficilement il serait une menace sérieuse pour les hommes de mœurs irréprochables, même s'il y avait une présomption formulée indistinctement. Le juge n'est-il pas toujours obligé de repousser les conséquences absurdes de textes les plus absolus ? Évidemment, car, jugées inutiles par la raison elles dépassent les pouvoirs du souverain. Or un danger qui ne serait grave que pour les dissolus pèserait peu à côté des avantages que la recherche de paternité certainement présente. Le mal serait moins grand, puisque la réputation exposée serait une réputation déjà compromise ou qu'à tout le moins la victime ne souffrirait pas de la flétrissure comme si elle se rendait en elle-même le témoignage d'une vertu sans défaillance.

205. Ainsi, des deux inconvénients d'immoralité de l'instruction et de chantage de la part des filles-mères, le premier n'est pas sérieux et le second non plus, car il ne dépasse nullement les bornes du danger d'imputations calomnieuses lequel existe en beaucoup d'autres instructions. Partant il est



définitivement établi que la recherche de la paternité est utile et est permise. La statistique en main, on a encore objecté cependant, au nom de la morale, que dans les pays où la recherche de la paternité est admise, les enfants illégitimes sont plus nombreux que dans les États où elle est prohibée. Nous ne discutons pas ce calcul, mais il faudrait d'abord démontrer que si dans les peuples où se pratique la recherche de la paternité et que l'on a observés les naissances illégitimes sont plus multipliées, cela tient à ce système plutôt qu'à une autre cause. Puis, même en admettant qu'il en soit ainsi, on devrait, pour rendre l'argument concluant, trancher affirmativement la question suivante dont la solution échappe aux observateurs : si dans les pays où la recherche est interdite les enfants illégitimes sont moins nombreux, ce fait tient-il à ce que les conceptions illicites sont plus rares et non à un plus grand nombre d'avortements secrets ? Ce n'est pas le nombre des naissances, mais celui des conceptions qu'il faudrait connaître. Nous opposons aussi cette même considération à ceux qui disent : l'interdiction de la recherche rend la fille plus prudente dans ses relations ; et nous répondons à l'argument qui vient d'être formulé : de quel genre de prudence s'agit-il ? Mais surtout nous demandons s'il est logique de présenter comme une sauvegarde de la morale un système qui, à la vérité frappe la mère, mais laisse le père impuni, qui porte au vice en même temps qu'il en éloigne, et en outre méconnaît le droit de l'enfant. Et ce système fût-il moral, comment celui qui atteint le père et la mère ne le serait-il pas davantage ? Nous ne parlons certes point, en effet, d'assurer à la fille-mère son entretien et nous voulons qu'elle soit punie.

206. La recherche est-elle permise sans distinction entre la paternité simplement naturelle et celle qui est adultérine ou incestueuse ? Certainement. D'abord, ce n'est point, on en conviendra, parce que l'auteur des fréquentations est un

homme marié ou un parent de la fille-mère qu'il cesse d'être moralement certain que c'est avec lui qu'ont eu lieu également les rapports charnels. En ce qui concerne le cas où la mère est une femme mariée, il est vrai qu'on rencontre la présomption de fidélité de l'épouse et que cette présomption est particulièrement forte ; mais quand elle cesse d'être rationnelle par suite d'impuissance, de maladie, d'éloignement du mari ou à cause des déportements de la femme, alors les assiduités près de celle-ci ne dénoncent pas moins le complice que si la mère n'était pas engagée dans les liens du mariage. La recherche de la paternité adultérine ou incestueuse peut donc habituellement être concluante. Est-ce que, d'autre part, elle n'est pas utile ? On répond : Non, parce qu'il faut flétrir cette paternité en affectant de ne pas la connaître. Certes, nous comptions que l'on dit ce que nous proclamerons nous-même plus loin pour tout enfant naturel, que le fils adultérin ou incestueux doit être, au point de vue des biens qui peuvent s'ajouter à celui de la vie, comme s'il n'existait pas ; nous admettons qu'en ce sens on dise qu'il faut ignorer l'enfant. Mais, quant à déclarer qu'il faut ignorer le père pour la honte de cet homme, c'est vraiment un langage inconcevable. Il est, en effet, manifeste que le crime que l'on veut réprimer pourra être bien plus sévèrement puni si la recherche est pratiquée. Dans le système contraire, le coupable ne subira point de peine et sera libre d'abandonner le fruit de son crime. Tout le mal qui pourrait l'atteindre serait que le bâtard fût empêché de traiter tout homme et, par conséquent, celui qui nous occupe, comme étant son père légitime ; ce sera aussi que le bâtard soit empêché d'être élevé comme enfant légitime par une personne quelconque à qui il plairait d'agir de la sorte. Au contraire, si la recherche a lieu, non seulement une pénalité pourra être infligée au père, mais il pourra être contraint à remplir son devoir envers son enfant et, d'un

autre côté, les conséquences fâcheuses pour le coupable qui sont seules possibles, en l'absence de recherche, le seront encore plus : le père pourra plutôt être empêché, parce qu'il ne sera pas besoin de l'envelopper à cet effet dans une mesure générale, d'être traité par son enfant comme un père légitime, et de le traiter lui-même comme le fruit d'une union licite. La flétrissure infligée à l'inceste et à l'adultère ne sera-t-elle pas, dès lors, autrement complète ? Ce n'est donc point avec la pensée que la paternité adultérine ou incestueuse doit être réprouvée qu'on peut en interdire la recherche au souverain. Le seul motif logique pour que cette instruction fût défendue, ce serait celui de ne pas mettre le souverain en face de l'adultère ou de l'inceste, de peur qu'il ne se trouve amené à les réprimer rigoureusement. Mais cette crainte n'aurait pas plus de raison d'être en notre matière qu'en une autre ; elle est d'autant moins fondée que le crime étant fort grand appelle une répression sévère.

Les considérations que nous venons de faire sur la valeur du motif d'ordre moral que l'on oppose à la recherche de la paternité, en cas d'adultère ou d'inceste, sont évidemment applicables à la recherche de la maternité dans les mêmes hypothèses. Celle-ci doit donc être, sans difficulté, reconnue permise, d'autant mieux qu'il ne s'agit plus d'un fait qui échappe aux regards.

Nous avons maintenant répondu à la question qui nous occupe dans la présente division : pourquoi la recherche de la paternité est-elle permise ? Ajoutons pourtant deux réflexions qui sont de nature à corroborer notre thèse. N'y aurait-il pas quelque chose d'absurde à ce que, quand des personnes circonspectes ne craignent pas habituellement de se tromper dans l'imputation de la paternité illégitime, le juge dût s'avouer plus incapable que les particuliers de discerner la vérité ? Puis il semble que la recherche est permise encore pour ce motif que si un souverain ne la pratique pas, il

donne à penser que dans son État la moralité n'est guère en honneur. Un peuple chez lequel l'impureté serait abhorrée n'entrerait-il pas en indignation si elle restait impunie ? Et le souverain n'aurait-il pas soin de prévenir ce sentiment ?

En mettant pleinement en lumière l'utilité de la recherche, après avoir montré qu'elle peut ordinairement être concluante, nous avons prouvé du même coup qu'elle est un devoir pour le souverain, car, indubitablement, il doit faire ce que réclame le bien de ses sujets.

#### DEUXIÈME POINT.

*Comment la recherche de la paternité illégitime peut-elle être faite ?*

207. Nous savons en quoi pratiquement elle consiste. Il s'agit le plus ordinairement de constater les assiduités exclusives acceptées par la mère dans le temps de la conception. Quelquefois, ce qui devra être mis hors de doute ce sera que tel homme que l'on ne peut convaincre de rapports suivis a considéré la grossesse comme étant le fruit de ses œuvres ou a traité l'enfant comme étant le sien, sans qu'il y ait, d'ailleurs, des motifs de supposer l'intention exceptionnelle de faire une adoption. Ou bien, il y aura, en outre, à éclaircir des points particuliers : par exemple, l'éloignement de l'un des deux rivaux à partir du temps de la conception, une ressemblance marquée avec l'un des auteurs des fréquentations continuées. Or, tous ces faits sont de nature à être affirmés avec compétence par des tiers ; le juge peut donc en notre matière comme en toute autre, s'en rapporter à des dépositions, pourvu que leurs auteurs offrent des garanties sérieuses de sincérité. Bref, la preuve de la paternité illégitime peut avoir lieu par témoins. Ce mode de constatation est même plus nécessairement permis ici qu'en certaines

autres instructions. Quand le souverain règle l'examen de la question d'existence d'un contrat ou d'un testament, il peut être tenu de rejeter les témoignages pour n'admettre que les écrits, ou, à tout le moins, il peut devoir exiger un commencement de preuve par écrit. Quand les écrits, en effet, sont habituels, la bonne administration de la justice, en des matières où la constatation des faits par l'écriture peut être généralement obtenue, demande que le souverain ne statue point, exclusivement du moins, d'après des témoignages. Mais le souverain ne saurait avoir une obligation de ce genre quand il s'agit de la recherche de la paternité. Deux réflexions le démontrent clairement. En premier lieu, la nécessité d'une preuve écrite équivaldrait à une impossibilité d'imputation de la paternité naturelle. Est-ce qu'en effet les auteurs de l'acte de la génération ont l'habitude de le constater par écrit ? Ou même, est-ce qu'un grand nombre de pères illégitimes ont assez de délicatesse de mœurs, de sollicitude et de droiture pour entretenir avec la mère ou avec l'enfant une correspondance qui, en révélant leur faute, engagerait leur responsabilité ? En second lieu, des témoignages sont facilement incertains quand il s'agit de conventions ou de testaments ; les dépositions réclament, en effet, alors, la constatation et le souvenir d'une déclaration de volonté, d'un acte, par conséquent, qui est pour ainsi dire immatériel et qui est fugitif. Ajoutez à ces deux caractères que la volonté qu'il faut se rappeler a comporté le plus souvent des distinctions, des déterminations de chiffres. Mais des témoignages qui concernent des faits matériels, permanents et simples comme des fréquentations, l'exercice du rôle de père, une cessation d'assiduités, une ressemblance, sont aisément sûrs d'eux-mêmes et commandent la conviction. Par conséquent, en même temps qu'il y a impossibilité, rien non plus ne demande que le souverain attende pour attribuer la paternité une preuve écrite.

Pour ces motifs que les faits qu'il s'agit de mettre hors de doute sont susceptibles d'être connus par des tiers, que même ils peuvent être affirmés dans des témoignages avec une sûreté spéciale, il faut nécessairement admettre cette conclusion : d'autres conditions additionnelles ne sont pas plus imposées au souverain que l'écriture. Notamment, il peut imputer la paternité sans qu'il y ait la preuve d'un enlèvement de la mère ou d'une cohabitation des coupables. Il serait évidemment impossible de dire pourquoi un fait utile à constater judiciairement l'autorité ne pourrait le reconnaître lorsqu'il est déjà certain. Elle est même obligée d'agir de la sorte.

208. Ainsi, nous admettons la recherche de la paternité à l'aide des témoignages. Mais il n'est peut-être pas inutile d'appeler ici l'attention sur une remarque qui n'est pas une restriction, si l'on examine bien. Le souverain n'a pas le droit, et il ne peut pas davantage permettre à ses délégués judiciaires, d'appointer l'auteur de l'action en recherche de la paternité à établir par témoins des faits qui n'autoriseraient point une conclusion ; les témoignages ne peuvent être autorisés par le juge que pour la démonstration de faits pertinents. Autoriser d'autres dépositions serait compromettre gratuitement les réputations et manquer à la justice. La règle que nous venons de réserver est de droit commun en France. D'après l'article 253 du Code de procédure civile, la production de témoins n'a lieu qu'en vertu d'un jugement qui ne l'autorise que si les faits sont « admissibles » ou concluants.

La recherche peut avoir lieu d'office. Le motif en est simple ; c'est qu'il est utile au bien public que le père illégitime soit connu. De là, on doit même conclure que la poursuite d'office est un devoir, à défaut d'initiative privée.

Pour la même raison, le souverain ne saurait être tenu d'admettre aveuglément la reconnaissance de paternité. Sans doute, lorsque les faits ne la démentent point avec



vraisemblance, le souverain est obligé de l'accepter ; elle simplifie, sans en compromettre alors gravement la justesse, l'œuvre de la répression et elle a aussi l'avantage de donner immédiatement un soutien à l'enfant. Mais lorsque la reconnaissance est sérieusement contredite par les faits, le souverain n'est nullement forcé et il n'a pas le droit de s'y tenir ; elle entraînerait, si elle était admise, l'impunité du coupable.

### TROISIÈME POINT.

*Quelles mesures coercitives sont permises au souverain après la recherche de la paternité illégitime ?*

209. Après la constatation de la paternité naturelle, l'union illicite peut être réprimée, le père peut être contraint à remplir ses devoirs, enfin le fils peut être empêché d'être dans la situation d'enfant légitime et pareillement son auteur peut être empêché d'être dans la situation de père légitime. Ces trois mesures sont loin de nous être absolument inconnues. La première a déjà été justifiée. Quant à la seconde elle est encore plus manifestement légitime ; elle est fondée sur le droit de l'enfant à son éducation et sur le droit de la société de ne pas voir le vice irresponsable. Il est vrai qu'ici certaines questions se posent, par exemple celle de savoir si les obligations pécuniaires envers l'enfant pèsent également sur le père et sur la mère ou d'abord sur le premier seulement comme dans le mariage. Mais ce point et d'autres semblables seront mieux à leur place dans le chapitre de la société paternelle. Rappelons seulement qu'à la section I, il a été établi que même entre parents illégitimes la mère devait l'obéissance au père en matière d'éducation. C'est donc seulement de la troisième et dernière des mesures de contrainte qui viennent d'être indiquées que nous avons à parler. Toutefois suivront des observations communes à toutes.

Nous soutenons que le souverain peut user de la contrainte pour empêcher, d'une part, que le fils ne soit élevé dans la situation d'enfant légitime, et d'autre part que son auteur ne soit dans la situation de père légitime de ce fils. Ce pouvoir est, d'ailleurs, plus large que notre sujet; il se présente aussi, comme nous l'avons dit en parlant de la paternité adultérine ou incestueuse, dans l'hypothèse où les auteurs de l'enfant né hors mariage resteraient inconnus. Seulement, pour frapper d'incapacité celui qui est le père, il faudrait alors atteindre tous ceux qui peuvent l'être.

Qu'entendons-nous exactement par la prérogative qui va nous occuper ? Quatre choses. Premièrement, à l'aide de la contrainte surtout répressive, le souverain empêchera que le fils ne reçoive ou ne prenne le nom de famille du père. En second lieu, l'enfant naturel sera élevé dans une condition infime. Troisièmement, il ne pourra être l'héritier de son père. Quatrièmement enfin, le père, en cas de détresse, ne pourra recevoir de son fils que le strict nécessaire. Dans la troisième et dernière des mesures de contrainte indiquées plus haut, nous en discernons donc quatre autres. Établissons la licéité de chacune de celles-ci.

CONTRAINTE A L'EFFET D'EMPÊCHER QUE L'ENFANT NATUREL NE REÇOIVE  
OU NE PRENNE LE NOM DE FAMILLE DU PÈRE.

210. Quoique la jurisprudence française soit en sens contraire dans le cas de reconnaissance, la légitimité de cette contrainte nous paraît assez facile à établir. Le bien de la famille du père, je veux dire ici de l'ensemble des parents légitimes de cet homme qui ont le même nom que lui, demande que le bâtard ne porte point le nom patronymique de son auteur. Cette communauté de nom, en effet, associe sans nécessité la famille du coupable à la faute de celui-ci, suivant la présomption, en général partiellement vraie, que

ceux qui sont parents ont reçu des traditions communes, un fonds commun d'éducation, et qu'il y a une influence mutuelle exercée par les uns sur les autres. L'intérêt de la famille du père est encore en jeu pour cette autre raison que si le bâtard qui, en fait, élevé hors du mariage, n'offre pas habituellement les garanties ordinaires de moralité, tombe dans des écarts, il y aura pour les parents porteurs du même nom danger d'assimilation entre eux et l'enfant naturel. Le caractère particulier de sa naissance peut, en effet, être ignoré. Nous invoquons aussi l'intérêt de la société envisagée dans ceux qui ne connaissent pas l'illégitimité de la filiation. L'attribution au bâtard du nom patronymique du père est de nature à tromper l'estime et la confiance des personnes dont nous parlons. Elles savent, grâce à l'identité de nom, que le bâtard touche à telle famille, et d'un autre côté elles ne connaissent point la tache de sa naissance; elles sont donc portées à lui accorder, souvent à tort suivant ce que nous avons dit, la considération dont jouit la famille de son père. Maintenant nous le demandons : en face de ces intérêts, le sacrifice qui consiste pour l'enfant à ne point porter le nom patronymique de son père est-il sérieux ? La négative ne nous paraît pas douteuse. Partant, ce sacrifice est obligatoire ; or, du même coup, la preuve de la prérogative qui nous occupe est faite, car s'il y a une obligation pour le fils, le souverain peut le contraindre à son accomplissement. De plus, s'il y a un devoir pour le bâtard de ne point porter le nom de famille de son père, à plus forte raison y a-t-il obligation pour telle ou telle personne de ne pas lui donner ce titre. Eux aussi les tiers-seront donc arrêtés dans cette attribution, s'il y a moyen, ou punis. Veut-on qu'il y ait exagération quand nous concluons des inconvénients signalés plus haut que le bâtard est tenu de ne point porter le nom patronymique de son auteur ? Soit, mais du moins on devra reconnaître qu'il y a là matière à

appréciation et que, par suite, on est dans un de ces cas où l'acceptation d'une direction commune efficace pour la détermination des devoirs réciproques ne constitue qu'un sacrifice relativement minime.

Telle est notre démonstration. On peut être tenté de croire beaucoup plus simple de dire : le bâtard ne peut pas avoir le nom de famille de son auteur parce que ce titre est l'objet d'un droit de propriété des parents légitimes. Nous ne nions pas cette propriété, nous la reconnaissons. Mais quel autre moyen de la prouver que de la déduire de la considération des inconvénients de l'attribution du nom patronymique au bâtard ? Il ne faut pas oublier qu'après tout pour être illégitime un fils n'en a pas moins le sang des ancêtres de son père.

La prérogative que nous venons de reconnaître au souverain dans l'hypothèse de recherche de la paternité lui appartient aussi en cas de reconnaissance faite par le père. Cette reconnaissance, en effet, ne détruit aucunement la considération des inconvénients décisifs dont il a été parlé. Vainement aussi tous les porteurs du nom du père consentiraient à ce que cette appellation s'étendit au bâtard. Outre que les hommes ne peuvent pas, en général, renoncer à leur bien, il ne s'agit pas seulement de leur intérêt, mais aussi de celui d'autres personnes, comme nous l'avons vu.

Faisons encore remarquer que toutes nos considérations relatives à l'attribution du nom patronymique du père sont également vraies par rapport à celui de la mère. Et l'on ne voit pas, d'ailleurs, pourquoi elles seraient moins concluantes : le sacrifice pour l'enfant est le même, qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre des noms de famille de ses deux auteurs.

Une dernière observation est que notre théorie peut encore se démontrer par le motif qui justifie celles qui vont suivre. Ce motif est que le bien moral de la société demande

que les citoyens voient qu'en dehors du mariage l'homme ne parvient pas à se procurer les avantages d'une postérité.

CONTRAINTES A L'EFFET D'OBTENIR QUE L'ENFANT NATUREL SOIT ÉLEVÉ  
DANS UNE CONDITION INFIME.

211. Ce que nous allons dire concernera de nouveau la mère aussi bien que le père.

Il va de soi que la contrainte en question s'exercera surtout par des pénalités. Est-elle licite ? Nous répondons par l'affirmation du devoir du père et de la mère naturels d'élever leur fils dans le rang qui vient d'être déterminé. A la vérité, cette doctrine a présentement contre elle l'affaiblissement de l'instinct d'horreur du mal. Elle est pourtant simple, et malgré l'opposition qu'elle doit rencontrer il n'y a point à la discuter fort longuement. L'obstacle, en effet, ne vient point de la raison ; ce n'est pas dans des arguments qu'il consiste, mais dans les impressions d'un cœur que l'esprit ne gouverne plus, dans la sentimentalité. Nous raisonnons de la manière suivante.

Lorsqu'un homme s'est permis de se donner une postérité en dehors du mariage, de violer ainsi la loi du contrat préalable, que comporte la réparation du scandale causé et que demande, par conséquent, le bien social ? Évidemment, que l'enfant soit, au point de vue des avantages que peut donner une postérité et, par conséquent au point de vue de la continuation du père, comme s'il n'existait pas. Sans nul doute, la vie ne peut pas lui être ôtée ; la justice distributive ne le permet point, car ce serait confondre le père coupable et son enfant avec des personnes qui ont envers la société une dette de réparation autrement grave. Puis, par suite de son caractère manifestement excessif l'immolation du bâtard serait un exemple de barbarie, elle serait donc funeste à l'État. Nous n'entendons pas non plus qu'il soit bon que les parents délaissent leur enfant : auteurs de ses

jours ils ont certainement le devoir de le faire vivre, et dès lors il est bon à la société qu'ils agissent ainsi afin qu'il n'y ait pas scandale. Mais, cette obligation étant réservée, on ne saurait disconvenir qu'il est conforme au bien moral de la société que le bâtard soit sous le rapport de la continuation du père, comme s'il n'existait pas. Cet effacement dira, en effet, contrairement à la signification qu'autrement aurait l'union libre, qu'en dehors du mariage l'homme ne parvient pas à se créer une postérité qui le continue. Or, si la présente donnée est vraie, il faut nécessairement admettre aussi, car c'est la même idée prise dans sa conséquence principale, que le bien public réclame que le bâtard soit élevé dans une condition infime. La raison, maintenant, juge-t-elle nécessaire qu'il soit satisfait à cette demande? Oui; en face de l'exigence du bien public qui veut cette réparation, l'intérêt de l'enfant à être mis dans un rang plus élevé ne peut pas paraître grave, et quant au point de vue de la privation et de la honte que les parents peuvent ressentir, il n'est que juste qu'ils rétablissent l'ordre moral troublé par eux. Le devoir d'élever le bâtard dans une condition infime incombe donc aux parents. Dès lors, notre doctrine est vraie : le souverain peut user de la contrainte dont il s'agit. Il le peut préventivement si l'occasion se présente, comme dans le cas où l'enfant serait mis en une école qui le préparerait à une situation élevée. Il le peut, plus pratiquement, par la répression. L'attribution au bâtard d'une condition supérieure à celle que nous lui avons assignée étant l'inaccomplissement d'un devoir et, par suite, un scandale, après un fait de ce genre l'acceptation de la peine déterminée par le directeur commun efficace est une obligation, de telle sorte qu'imposer le châtiment c'est empêcher le mal. Bref, il est vrai de dire que le souverain peut user de la contrainte à l'effet d'obtenir que l'enfant naturel soit élevé dans une condition infime.



Nous avons dit « infime » et non pas « obscure », pour marquer que le père qui est lui-même de condition obscure ne peut donner à son enfant naturel qu'un rang encore inférieur s'il n'est absolument au dernier. Autrement le coupable se serait procuré en dehors de l'union légitime une vraie postérité. Faut-il tenir compte de la condition des parents lorsqu'elle est élevée ? Oui, la justice distributive manifestement le veut. D'ailleurs, dans une situation moins humble, l'enfant naturel de personnes de haut rang enseigne aussi bien le bâtard placé plus bas, mais d'origine commune, que l'homme ne peut point en dehors du mariage se créer une postérité qui le continue.

Si l'enfant n'est pas simplement illégitime, s'il est incestueux, adultérin, notre doctrine devra être entendue plus rigoureusement.

212. D'après la preuve que nous avons fournie de celle-ci et d'après ses termes mêmes, on ferait erreur si l'on croyait que c'est seulement pour l'éducation par les parents qu'elle constitue une règle. Elle limite aussi la liberté des tiers, même si exerçant la paternité et la maternité ils sont devenus des parents adoptifs. Nous ne dirons pas : si notre loi n'avait point cette étendue elle n'existerait même pas contre les parents, car ils agiraient par l'intermédiaire d'apparents bienfaiteurs ; la fraude, en d'autres termes, serait possible. Nous ne tiendrons point ce langage parce que nous ne verrions rien à répondre à celui qui ferait cette objection, partielle il est vrai : je repousse l'argument en ce qui concerne les cas où, d'après les faits que le juge appréciera, la fraude ne serait pas supposable. Mais nous rappelons quel est le besoin de la société après la naissance de l'enfant illégitime. Il faut que cet enfant soit comme s'il n'existait point, afin que les citoyens voient, après le scandale qui a une signification contraire, que l'homme ne peut se créer une vraie postérité en dehors du mariage. Or, cette leçon ne

serait pas donnée si des tiers, un adoptant, élevaient le fils naturel dans une condition supérieure à celle que nous avons fixée. L'intervention de ces personnes n'empêcherait que leur protégé ne fût réellement et aux yeux du public l'enfant de ceux qui lui ont donné le jour. Elle n'empêcherait que ces derniers ne s'honorassent de leur enfant et ne pussent compter sur lui. Nous convenons toutefois que, dans une mesure à apprécier suivant les cas, le bâtard appartient pourtant moins pleinement à ses père et mère lorsque des bienfaiteurs par une adoption complète ou même approximative se sont substitués aux parents. Le bien social réclame donc alors moins absolument que le fruit de la faute reste dans une condition infime. Par suite, la règle de l'abaissement de l'enfant illégitime ne doit pas alors être observée et ne peut pas non plus être imposée aussi strictement.

La mort des parents laisse-t-elle subsister la solution que nous venons de donner au sujet de l'éducation par des tiers? Oui, car il faut encore, en cette hypothèse de décès prématuré des parents, que les citoyens voient qu'en dehors du mariage l'homme ne parvient pas à se créer une postérité qui le continue. Autrement le bien social ne serait pas pleinement sauvegardé, puisque l'espoir ne serait point enlevé aux auteurs de projets impurs qu'après eux leur fils pourra être leur honneur. Puis et surtout l'application de la règle de l'abaissement du bâtard est, dans notre hypothèse particulière, demandée par l'intérêt social à titre de maintien et, par suite, de consolidation de l'ordre normal. Toutefois nous reconnaissons que la disparition des parents, comme il n'y a plus de satisfaction illégitime à leur refuser, rend les exigences du bien public moins impérieuses et que, par suite, le souverain ne peut se montrer aussi rigoureux dans l'appréciation de la condition donnée à l'enfant naturel.

Ces explications relatives au cas d'une éducation procurée

par des tiers tranchent la question de savoir si le fils illégitime peut élever par lui-même sa condition. Sauf un adoucissement dans l'application pareil à celui qui vient d'être admis il faut répondre par la négative. C'est pourquoi le souverain a le droit de contraindre le bâtard à ne pas exercer une profession noble ou dans laquelle il acquerrait un avoir considérable, car la fortune est infailliblement, grâce à l'influence qu'elle donne et au prestige qu'elle facilite, un moyen de s'élever.

213. Il y a contre notre enseignement au sujet de la condition du bâtard une objection banale et que nous allons oublier, tant nous y attachons peu d'importance. On dit : ce n'est pas la faute du fils naturel si sa filiation est illégitime, il ne peut donc être puni. Nous ne répondrons point qu'il ne s'agit pas d'une peine, car si l'abaissement du bâtard n'est pas une peine du genre le plus ordinaire, c'en est une cependant : il y a privation infligée par suite d'un acte mauvais. Nous aimons mieux dire : l'absence de faute chez l'enfant naturel n'empêche qu'il puisse être puni de la manière indiquée. Il a été démontré que le bien social veut l'abaissement du bâtard et que l'enfant comme les parents doit satisfaire à cette exigence, parce que le sacrifice que cette satisfaction comporte est minime à côté de l'intérêt en jeu. Cette manière de défendre notre doctrine pourrait nous embarrasser quelque peu si, dans notre chapitre de l'État, nous avions présenté le pouvoir de punir comme un droit pour le souverain de faire expier les fautes. Mais ni ce système, dit de la justice absolue, ni celui de la justice absolue tempérée par l'utilité sociale n'ont été admis par nous. C'est le besoin social de réparation qu'alors comme maintenant nous avons invoqué.

CONTRAINTE A L'EFFET D'EMPÊCHER QUE L'ENFANT NATUREL NE SOIT  
HÉRITIER DE SON PÈRE.

214. Nous allons parler de la succession paternelle, mais nos explications concerneront également l'héritage de la mère. On remarquera que dans l'énoncé qu'on vient de lire nous ne disons point seulement que le bâtard aura une part moins forte ; nous lui refusons tout héritage. Mais, d'un autre côté, nous admettons qu'en cas de détresse il a droit à des aliments lesquels, toutefois, ne peuvent s'élever qu'à ce qui est nécessaire pour subvenir à ses besoins dans sa condition infime. Le droit aux aliments dépend, en outre, de la situation pécuniaire des auteurs du bâtard. Il n'existe qu'autant qu'il n'impose point aux parents un sacrifice excessif eu égard à leur qualité de père et de mère, mais aussi de père et de mère illégitimes, à bon droit moins attachés à leur fils. En plus du droit dont il vient d'être question, nous reconnaissons que, dans les limites fixées par l'étude précédente, le bâtard a, vis-à-vis de l'héritier de son père, droit à son établissement comme vis-à-vis du père lui-même.

En quoi consistera la contrainte qui va nous occuper ? A prêter main forte à la personne qui, de préférence à l'enfant naturel, doit avoir l'héritage. Et cette assistance consistera soit à mettre en possession cette personne, soit à prévenir les attaques dont la propriété du successeur viendrait à être l'objet, soit à les punir.

La contrainte à l'effet d'empêcher que l'enfant naturel ne soit héritier de son père est-elle licite ? Nous répondons ainsi : une autre personne que le bâtard a, selon la loi naturelle, l'héritage du père illégitime ; par conséquent, le souverain qui écarte le bâtard se borne à empêcher la violation du droit du vrai successeur, s'il s'agit de la contrainte préventive, ou bien il empêche la violation du

droit de la société à la réparation du scandale d'une atteinte à la propriété, si c'est de la contrainte répressive qu'il s'agit. Mais est-il vrai qu'une autre personne que le bâtard ait, selon la loi naturelle, l'héritage du père de ce dernier ? Nous disons : une autre personne, parce que d'après nous il n'y a qu'un héritier, suivant ce que nous nous proposons d'établir dans le chapitre de la société paternelle ; mais si l'on veut écarter cette théorie, nous consentons parfaitement à poser la question également pour plusieurs successeurs. Cette question est très simple. Elle revient à savoir si la personne ou les personnes qui, selon l'ordre successoral naturel des enfants et parents légitimes, héritent, abstraction faite du bâtard, peuvent être évincés par lui. Or, après ce que nous avons dit de la condition infime à donner au bâtard il faut adopter la négative sans hésitation. Le point de départ est, en effet, le même que dans l'étude précédente. Lorsqu'un homme s'est permis de se donner une postérité en dehors du mariage, que comporte la réparation du scandale causé et que demande, par conséquent, le bien social ? Que l'enfant soit, sous le rapport des avantages d'une postérité et spécialement au point de vue de la continuation du père, comme s'il n'existait pas. Ainsi les citoyens voient, contrairement à la signification qu'autrement aurait l'union libre, que l'homme ne parvient pas, en dehors du mariage, à se créer une postérité qui le continue. Mais si le bien social demande que l'enfant naturel soit, sous le rapport indiqué, comme s'il n'existait point, il demande aussi, par voie de conséquence, que le bâtard n'hérite pas de son père. Autrement, en effet, ne le continuerait-il point ? Or, cette exigence du bien social emporte la solution. La raison n'hésite point entre un bénéfice à réaliser par l'enfant illégitime et le rétablissement du bien moral de la société. Elle règle la propriété du patrimoine du défunt selon ce que l'intérêt des hommes exige, car il ne s'agit point pour le

bâtard du fruit de son travail ; elle exclut donc l'enfant naturel.

Peu importe la douleur que peuvent éprouver les parents, même la mère, lorsqu'ils voient que leurs biens passeront à des parents éloignés plutôt qu'à leur fils. Il n'est, en effet, que juste qu'ils réparent le trouble moral apporté par eux. Les biens du père et de la mère illégitimes restent ainsi aux successeurs réguliers et, par suite, le souverain peut contraindre le bâtard à ne pas toucher à ces patrimoines.

On proposera peut-être une solution intermédiaire et l'on dira : ne suffit-il point que l'enfant naturel ait une part moindre ? Non, il y aurait continuation partielle de la personne du père illégitime par le bâtard. Rappelons, du reste, qu'il n'y a point pour nous de part dans une succession ; nous croyons à la loi de l'unité de l'héritier. Sans doute, s'il y a plusieurs enfants, chacun peut avoir un droit sur la succession paternelle, mais c'est le droit à son établissement, droit que dans la mesure d'une condition infime nous avons reconnu au bâtard.

L'argument de l'unité de l'héritier ne trouvera sa justification que dans le volume suivant ; mais nous invoquons encore l'intérêt qu'a la société à ce que la famille n'ait point à compter avec le bâtard. C'est là une marque de dignité qui est favorable au respect de l'union conjugale.

215. Peu importerait un testament contraire de l'un ou l'autre des parents. Ils ne peuvent par un acte de leur volonté faire échec à l'intérêt social qui continue, malgré leur disposition, à vouloir que le bâtard n'hérite point ; ils le peuvent d'autant moins que, comme nous venons de le dire, il s'agit pour eux de réparer un scandale. Des libéralités modiques ayant le caractère de souvenir sont cependant licites ; la raison juge qu'il serait excessif que le père et la mère qui ont dû élever leur enfant ne pûssent lui laisser



chacun quelque objet destiné à lui rappeler en même temps que les auteurs de ses jours la dette de reconnaissance qu'il a contractée vis-à-vis d'eux.

Nous venons de parler de l'incapacité successorale du bâtard par rapport à ses parents. Mais il faut la généraliser, et nous appelons l'attention sur ce point aussi important qu'il est simple. C'est relativement à toute personne qu'il est incapable de succéder. Il faut, nous l'avons dit, qu'il reste dans une condition infime.

Disons encore que l'enfant du bâtard ne peut pas plus que son père hériter de l'auteur de celui-ci. Autrement l'homme parviendrait à se procurer en dehors du mariage une postérité continuatrice de sa personne.

CONTRAINTE A L'EFFET D'EMPÊCHER QUE LE PERE DE L'ENFANT NATUREL  
NE REÇOIVE DE CELUI-CI, EN CAS DE DÉTRESSE, PLUS QUE LE  
STRICT NÉCESSAIRE.

216. Qu'on veuille bien le remarquer, nous ne disons pas seulement que le père sera empêché de forcer son fils illégitime à l'assister au delà des limites du strict nécessaire ; nous allons plus loin et nous soutenons que même avec l'agrément du fils le père ne pourra pas avoir de secours plus important. Sans doute, cette contrainte n'est pas d'un effet immanquable : facilement des subsides en argent ou en nature peuvent être passés sans que la force publique soit présente pour arrêter la main qui les donne ; mais cette contrainte n'est pas non plus illusoire. Elle consistera, par exemple, à expulser le père d'une habitation somptueuse dans laquelle son fils illégitime l'aura placé, à séquestrer des meubles luxueux provenant du même donateur, à séquestrer pareillement des sommes fournies par le bâtard au delà du strict nécessaire ; enfin n'est-il pas praticable de punir le fils et le père pour remise par l'un et réception par

l'autre de subventions qui dépassent la mesure ? Il n'y a donc pas à objecter contre la contrainte qui nous occupe qu'elle n'est pas possible en fait. Mais l'est-elle en droit ou selon la raison. Est-elle licite ? Elle l'est parce que la société a le droit que l'auteur d'une paternité illégitime ne reçoive du bâtard que l'assistance dont il s'agit. De même que le bien social demande que l'enfant naturel soit, au point de vue de la continuation du père, comme s'il n'existait pas, de même il demande que cet enfant soit aussi comme s'il n'existait pas sous le rapport d'un autre avantage que son auteur pourrait retirer de la présence du fruit de sa faute. Celui qui doit à ses semblables le rétablissement de l'ordre moral troublé par lui ne peut pas bénéficier de son crime, puisqu'il donnerait ainsi un nouvel encouragement au mal au lieu d'en détourner. La société a donc le droit que nous lui avons attribué. Or, le souverain peut user de la contrainte pour prévenir la violation d'un droit. Et si ce fait s'est cependant produit, il peut user aussi de la contrainte pour empêcher l'inaccomplissement du devoir de réparation.

217. Nous avons réservé l'assistance jusqu'à concurrence du strict nécessaire ; le bien social ne saurait, en effet, demander qu'une personne, quelle qu'elle soit, ne conserve pas la vie à celui de qui elle l'a reçue. Mais le fils aîné légitime, s'il y en a un, celui qui, dans l'ordre normal, est l'associé du père parce qu'il doit être son héritier, est tenu de la dette alimentaire avant le bâtard. Avec celui-ci l'union n'est pas ordinairement, faute de foyer commun, aussi étroite qu'avec l'enfant légitime, et elle ne peut non plus l'être : ce n'est pas avec une postérité irrégulière que l'homme a le droit de se procurer la pleine jouissance de l'affection paternelle. Or, si le fils légitime est plus proche de son père, il est tenu le premier de le secourir. Ajoutons ce motif d'intérêt social qu'il est plus digne pour l'enfant

légitime de n'avoir pas besoin dans l'assistance de son père du concours du bâtard.

Les proches légitimes sont, eux aussi, tenus avant le bâtard. Nous ne dirons pas : c'est de leur côté que restera le patrimoine du père coupable ; or, s'ils ont l'espoir d'hériter de celui-ci, ils doivent réciproquement avoir la charge de l'assister. Nous avouons ne pas voir la force de cet argument qui se base sur une espérance généralement bien improbable puisque la personne sur la succession de laquelle porte cet espoir prétendu est indigente ; en outre, la manière de raisonner dont il s'agit provoquerait aisément cette réplique : s'il faut la réciprocité, il est juste que, le père ayant entretenu son enfant, ce soit à ce dernier de soutenir son auteur. Mais nous mettons les aliments à la charge d'un proche légitime pour une raison corrélative à un des moyens par lesquels nous avons justifié le droit héréditaire des parents légitimes en face du bâtard. Ce motif est l'intérêt qu'a la société à ce que la famille se passe du concours de l'enfant naturel. C'est là, répéterons-nous, une dignité qui est favorable au respect de l'union conjugale. Pour la même raison, nous estimons qu'un bâtard ne peut alimenter son frère naturel qu'à défaut des familles de leurs auteurs. Cette solution sera d'autant plus facilement acceptée dans notre doctrine que nous n'admettons pas les frères naturels à hériter entre eux ; nous avons dit qu'ils étaient frappés d'une incapacité générale de succéder.

Semblablement ce ne serait qu'à défaut de ressources dans les familles des parents du bâtard qu'il devrait et pourrait entretenir un membre de ces groupes. De son côté, l'enfant naturel n'a droit au nécessaire de la part des parents de ses auteurs que si ce secours ne doit pas préjudicier à quelque parent légitime indigent. Le père et la mère eux-mêmes, malgré la situation particulière d'auteurs de l'existence du bâtard, ne peuvent pas alimenter celui-ci

au préjudice d'un enfant légitime ; mais, à cause de leur paternité ou maternité, ils le peuvent et le doivent au préjudice d'un autre parent légitime, et leurs héritiers aussi comme tels.

Ces explications donnent à entendre, malgré leur caractère restrictif en ce qui concerne le fils illégitime, que nous admettons la dette alimentaire d'une manière générale. Elle n'atteint les personnes d'un même sang que suivant un certain ordre, mais elle peut les atteindre toutes. Cette manière de voir est fort différente des solutions du Code civil français (articles 205 à 211). Nous la soutiendrons dans le chapitre de la société paternelle.

Nous venons d'examiner la dernière des mesures de contrainte par l'indication desquelles il a été répondu à cette question déjà lointaine : quelles mesures coercitives sont permises au souverain après la recherche de la paternité ? Il nous reste à compléter notre étude par quatre remarques.

218. Premièrement, les pouvoirs que nous avons reconnus au souverain il a le devoir de les exercer. Ne les avons-nous pas fondés sur des intérêts, soit privés, soit surtout publics, et le souverain n'est-il pas le défenseur obligé des uns et des autres dans la mesure de ses prérogatives ? Notamment il doit maintenir les bâtards dans une condition infime. De là cette conséquence notable mais simple : des fonctions publiques quelque peu honorables ne peuvent leur être confiées.

En second lieu, les quatre mesures de contrainte relatives à la situation d'enfant et de père illégitimes, le souverain doit les prendre approximativement alors même que la filiation est inconnue. Ainsi, le bâtard ne pourra point avoir un des noms patronymiques portés dans la région où il est né. Ainsi encore lorsqu'il sera supposable qu'un homme que le bâtard assiste est le père de ce dernier, l'assistance sera remplacée par celle des parents légitimes, ou bien, s'ils sont

incapables de fournir des aliments, elle sera réduite au strict nécessaire. Le dommage modéré que cette mesure peut faire subir à tort à quelques intérêts privés est peu considérable à côté de l'intérêt moral de la société qui ne doit pas être mise en échec par le silence des coupables.

219. Troisièmement, ne faut-il pas admettre que le souverain ne peut agir lorsque l'union illicite a été suivie du mariage ? Ne faut-il point soustraire à notre théorie le cas où l'enfant, tout en étant vraiment illégitime, puisqu'il a commencé à exister contrairement à la loi du mariage préalable, apparaît pourtant plus ou moins légitime, grâce au mariage postérieur de ses parents contracté soit avant soit même après sa naissance ? C'est ce qu'assez généralement semblent penser les législateurs. Ainsi lorsque le mariage quoique tardif a précédé la naissance, le Code civil français confond en grande partie l'enfant avec les enfants légitimes ; et si l'union survient après la naissance l'enfant est dit légitimé, il est assimilé à l'enfant légitime (1). Comment apprécier ce système ? Des considérations en sens contraire se présentent. D'une

(1) Article 314. « L'enfant né avant le cent-quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari, dans les cas suivants : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer ; 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable ».

Le texte ne dit pas formellement que l'enfant dont il parle sera considéré comme légitime, mais il le donne à entendre par son insertion au milieu de dispositions relatives aux enfants légitimes et par la rubrique sous laquelle il est placé : *De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage.*

Article 331. « Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration ».

part, il y a dans l'attitude dont il s'agit un encouragement au mariage pour les parents illégitimes. Puis la répression et l'application du régime de la filiation irrégulière ne sont plus aussi indispensables après l'union légitime du père et de la mère coupables. En effet, ils reconnaissent alors la loi qu'ils ont violée, et surtout ils couvrent de leur union le souvenir de leur scandale. D'autre part, cependant, on doit convenir que celui-ci ne disparaît point radicalement et que, dès lors, le besoin de la répression et de l'application du régime de la filiation naturelle continue à se faire sentir : si elles sont abandonnées, les citoyens ne sont pas pleinement détournés de l'idée de la violation de la loi du mariage préalable, puisqu'ils voient qu'un moyen de faire cesser les conséquences de leur faute leur est réservé. Bref, si on porte au mariage ceux qui sont déjà coupables, on en détourne quelque peu ceux qui ne le sont pas encore.

Quelle sera donc notre réponse ? Nous croyons qu'il faut distinguer suivant l'état des mœurs. Si elles sont assez mauvaises pour qu'il y ait impossibilité de punir les unions illicites, la légitimation par mariage subséquent de l'enfant conçu ou même déjà né est bonne. Elle tend, par l'attrait qu'elle exerce sur les parents, à faire transformer en union conjugale et légitime des rapports qui bien souvent continueraient quoique illicites. Sans doute, il se peut qu'elle soit cause de relations coupables que la perspective de la possibilité d'une régularisation par mariage encouragera, mais c'est là un effet assez peu appréciable dans notre hypothèse où les mœurs sont déjà très corrompues ; le bien produit par la légitimation est plus important : ce sont des relations illicites plus à prévoir puisqu'elles sont déjà commencées que l'on prévient en portant leurs auteurs au mariage. Que si, au contraire, il y a possibilité, d'après l'état des mœurs, de prévenir par des pénalités la continuation des rapports coupables, la légitimation de l'enfant né ou pareillement de



l'enfant conçu avant l'union perd son avantage et n'a plus que l'inconvénient d'encourager au mal, de compromettre le bien de la pureté dans une société où elle règne encore largement. Seulement nous rappelons que dans le cas où le mariage ne produirait point légitimation il y aurait lieu d'adoucir à cause de lui le régime de la filiation irrégulière.

Telle est la distinction de temps à l'aide de laquelle la légitimation de l'enfant conçu ou né avant le mariage doit être jugée. Mais à côté de la solution qui précède il y en a une autre beaucoup plus simple pour les souverains. C'est que l'Église admet la légitimation par mariage subséquent (1) et qu'aussi longtemps qu'elle l'admettra le pouvoir civil n'aura qu'à agir en conséquence. Le bien moral est en jeu, or l'Église en a été divinement constituée la gardienne. Nous n'entendons point par là, toutefois, méconnaître que l'on soit libre de penser que la légitimation inaugurée, du moins en ce qui concerne les enfants déjà nés, par Constantin dans un temps de grande immoralité, aurait pu depuis être supprimée avantageusement. En Angleterre elle a toujours été repoussée (2).

Historiquement, on connaît encore les légitimations par oblation à la curie, c'est-à-dire au sénat des municipes romains, par rescrit du prince et par rescrit du pape. Il est clair qu'elles n'ont pu être permises que très exceptionnellement, comme à titre de récompense pour d'éminents services rendus à l'État par le père ou par son fils. Si on en a fait quelquefois un moyen de lucre, régulièrement on a eu tort, on a sacrifié à un intérêt pécuniaire le bien moral.

220. Notre quatrième et dernière remarque est que le

---

(1) *Décretales de Grégoire IX*, L. IV, XVII, 1 (décretale d'Alexandre III).

(2) Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, tome I, p. 396.

souverain ne peut ni admettre l'adoption du bâtard par ses parents ni attribuer à celui-ci une situation voisine de la légitimité quand il a été reconnu. Le motif est toujours le même : il ne faut pas que l'homme puisse en dehors du mariage se créer une véritable postérité.

Nos explications sur la recherche de la paternité sont terminées. C'est en même temps la fin du présent paragraphe ou de notre étude sur l'observation forcée de la loi du mariage préalable public, envisagée au point de vue de l'antériorité de la convention.

## § II.

### De l'observation forcée de la loi du mariage préalable public, au point de vue de la publicité.

221. Dans le précédent sujet, la contrainte préventive, quoique ayant un rôle effacé, avait pourtant sa part. Ici, assurément, elle ne serait pas moins légitime; mais comment serait-elle possible? Comment par la force mettre obstacle directement à ce que deux personnes contractent en secret? Empêcher la vie commune entre deux personnes qui vivent maritalement, lorsqu'elles n'ont point contracté mariage, cela est plus ou moins praticable, parce qu'au moins il s'agit d'un état que sa permanence rend susceptible de constatation. Mais saisir un fait fugitif comme un échange de volontés est presque irréalisable. Puis même se trouvant en présence de cet acte, comment le souverain l'empêcherait-il de se consommer? La force est impuissante à arrêter ces volontés qui par leur concours vont produire un contrat.

Mais punir le mariage non public ou, suivant l'expression adoptée, qui est clandestin, le souverain le peut. La clandestinité est, en effet, une faute qui compromet considérablement le bien des enfants à naître en jetant l'incertitude sur

leur filiation. C'est ce que nous avons montré dans la section I. Dès lors il y a un intérêt grave à ce que soit assuré l'accomplissement du devoir de réparation du scandale que le fait de clandestinité constitue.

Le souverain ne peut-il pas aussi refuser les effets civils au mariage clandestin? Ne peut-il pas agir plus radicalement encore et le frapper de nullité ou faire de la clandestinité un empêchement dirimant? Ces questions ne sont point particulières à notre sujet. Notamment elles se présentent aussi à propos des autres cas dans lesquels le mariage est conclu irrégulièrement et auxquels nous viendrons plus tard. Nous renvoyons donc nos questions au moment où elles pourront être considérées dans leur généralité.

Il ne nous reste plus ainsi qu'à faire un rapprochement. C'est qu'en permettant au souverain d'imposer l'observation du principe de la publicité du mariage, nous avons admis du même coup la sanction d'un empêchement prohibitif naturel, celui de l'absence de tout témoin. En punissant le mariage clandestin, la contrainte ne procure-t-elle point ce résultat que l'on évitera de se marier secrètement?

### § III.

#### De l'observation forcée de la loi de la communauté perpétuelle d'existence.

222. Au sujet de l'observation forcée de la loi de la communauté perpétuelle d'existence, il faut se rappeler en même temps que cette règle l'exception qu'elle comporte. Cette exception consiste dans la licéité de la séparation et en même temps, par voie de conséquence, dans la licéité du refus des rapports conjugaux, lorsque la vie commune devient considérablement pénible, eu égard aux intérêts en jeu et à ce que les parents doivent de sacrifices à leurs enfants dont

le bien est menacé, eu égard aussi au caractère plus strict que les lois naturelles du mariage ont acquis par le fait de la législation divine positive des premiers temps. On sait que la séparation qui se produit en pareil cas porte le nom de séparation de corps.

La loi de la communauté perpétuelle d'existence est, d'abord, plus que beaucoup d'autres, susceptible de contrainte préventive. La femme, en effet, peut être ramenée par la force au domicile conjugal. C'est là une coercition qui, en même temps que praticable, est licite. Si on a quelquefois pensé à le nier, la cause ne peut en être que dans un faux sentiment de délicatesse qui aurait fait oublier qu'il faut bien que la morale, l'intérêt des enfants et l'autorité maritale triomphent. Le mari, lui aussi, peut et doit être contraint à recevoir son épouse ; la force publique ouvrira à celle-ci les portes du domicile conjugal. Outre la contrainte préventive, le souverain emploiera-t-il la répression ? Celle-ci a certainement un caractère plus rigoureux, mais nous n'en répondons pas moins affirmativement. Sauf des cas exceptionnels, la femme qui déserte le foyer qu'elle a contribué à fonder, pareillement le mari qui chasse son épouse, donnent un grand scandale. C'est une rupture publique, une sorte d'anéantissement du mariage. Il y a donc un intérêt grave à ce que réparation soit faite ; conséquemment le souverain peut la déterminer et l'imposer.

223. Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse exceptionnelle où la vie commune et conséquemment les rapports conjugaux cessent d'être obligatoires, autrement dit dans le cas de séparation de corps. Non seulement le souverain n'imposera plus alors la communauté d'existence, mais il prêtera main-forte à celui des conjoints qui a le droit d'exiger la séparation. Il aidera le bon conjoint à expulser le mauvais ou à s'éloigner suivant que ce sera soit le bon soit le mauvais époux qui sera le propriétaire ou le titulaire de la jouissance

de l'habitation. Toutefois il s'agira toujours du droit pour le bon conjoint d'expulser l'autre, lorsque au premier reviendra la garde des enfants, hypothèse normale quand le bon conjoint est le père et qui peut aussi se réaliser, par suite d'indignité chez le mari, quand c'est la mère. Pourquoi quand le bon époux est le gardien des enfants a-t-il le droit d'expulser le coupable malgré la qualité en celui-ci de maître du logis ? Supposons d'abord que le mauvais conjoint propriétaire ou titulaire de la jouissance est le mari. Son droit de propriété ou de jouissance ne va pas jusqu'à expulser les enfants ni, par conséquent, leur gardien. Il doit, dès lors, puisqu'il y a lieu à séparation contre lui, se retirer. A l'appui de notre doctrine, nous invoquons le bien des enfants et celui de la société. Une expulsion du bon conjoint que les enfants devraient suivre leur serait nuisible, non pas tant à cause des difficultés d'une nouvelle installation que par l'impression fâcheuse qu'aisément ils auraient d'une défaite subie, malgré tout, par le bon conjoint, et plus encore d'une atteinte à l'immutabilité du foyer, immutabilité qui rentre pourtant dans le bon ordre du monde comme gage de la formation et de l'amour des traditions et qui doit être respectée, pour le maintien et la consolidation de l'ordre normal, alors même que l'habitation n'est que transitoirement à la famille. Prenons-nous maintenant le cas où le mauvais conjoint propriétaire ou titulaire de la jouissance est la femme ? Ici plus directement que les considérations qui viennent d'être faites se présente le motif suivant : si la femme procure l'habitation à son mari et à ses enfants, c'est, d'après le régime pécuniaire naturel des conjoints, parce que l'absence de logement paternel impose à la mère envers sa famille l'obligation de la recevoir ; or, assurément ce n'est point parce que la femme est séparée, que ce devoir à l'égard de ses enfants disparaît. Pour le bon conjoint à qui revient la garde de ceux-ci, il s'agit donc toujours du droit d'expulser le mauvais époux,

jamais du droit de s'éloigner. Mais pareillement si cette garde appartient au mauvais conjoint, comme il peut arriver en faveur du mari, l'autre partie, la femme, alors même que l'habitation est à elle, ne peut que s'éloigner. Le motif dominant de l'immutabilité du foyer le veut ainsi. Bien entendu, nous ne prétendons pas que dans notre hypothèse le mauvais conjoint peut expulser, puisqu'il n'y a pas de cause de séparation à son profit, mais nous disons que si l'autre partie veut la séparation, c'est par son éloignement qu'elle doit l'opérer. Il y a donc ceci de commun au bon et au mauvais conjoint que celui à qui revient la garde des enfants ne peut être expulsé.

En matière de séparation de corps comme dans les autres genres de conflits la contrainte sera précédée d'un jugement, lequel sera rendu lui-même en application d'une loi. Une loi, dès lors, statuera qu'il n'y a lieu à séparation de corps que dans le cas où la cohabitation devient considérablement pénible à l'un des conjoints, eu égard à tous les motifs qui militent en faveur de la communauté d'existence. Le souverain, pris comme législateur, ne devra-t-il pas préciser davantage ? Assurément, car il peut aider ainsi la sagacité des juges sans exprimer, d'ailleurs, autre chose que des solutions vraies. Quelles causes de séparation de corps indiquera-t-il donc ? Les violences et outrages graves et qui se perpétuent dans leurs effets, la dégradation d'un conjoint qui vit dans l'abjection ou même seulement dans une condition extrêmement inférieure à celle qu'il avait lors du mariage et qu'il pourrait conserver, enfin les entraînements au mal lorsqu'ils mettent sérieusement en péril la conscience du conjoint qui les subit.

224. Nous ne croyons point qu'aux causes de séparation qui viennent d'être indiquées il faille ajouter l'adultère considéré en lui-même, mais il est en partie compris dans le tableau qui précède. D'une part, ce crime ne fait point



toujours cesser le devoir de la vie commune. En tant que commis par l'homme, ce serait une exagération de dire qu'il rend nécessairement la cohabitation extrêmement pénible pour la femme, eu égard aux intérêts et aux personnes en jeu, c'est-à-dire à ce bien des enfants auquel il faut tout sacrifier, eu égard aussi, suivant une observation que nous aimons à répéter, au caractère plus strict que les lois naturelles du mariage doivent à la législation divine des premiers temps. Pour ce qui regarde l'adultère de l'épouse, il ne nous paraît pas non plus, tout pesé, qu'inévitablement il rende la cohabitation considérablement pénible au mari, si ce n'est pendant la grossesse et les couches. Plus tard elle peut ne pas l'être si le crime n'a été qu'un fait isolé. Mais d'autre part, nous avons dit aussi que l'adultère est en partie compris dans notre énumération des causes de séparation de corps. Il peut, par la continuité des déportements, étant donnés aussi les caractères et l'éducation, rendre la cohabitation absolument pénible. Il rentrera dans la catégorie des outrages graves et qui se perpétuent dans leurs effets, sinon même dans le cas d'une vie abjecte.

225. Pour qu'il en soit ainsi de l'adultère de l'homme, faut-il que celui-ci ait tenu la concubine dans la maison commune ? C'est ce qu'exigeait le code civil français qui a été modifié à cet égard par la loi du 27 juillet 1884 (Dalloz, 1884, IV<sup>e</sup> partie, p. 97) (1). Cette condition n'est pas requise par le droit naturel. Il est d'autres circonstances qui peuvent faire que l'adultère du mari rende pénible à l'excès la vie

---

(1) Article 230. « La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune ».

Article 306. « Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps ».

commune, et vraiment nous sommes confirmés dans cette manière de voir quand nous voyons des interprètes privés et publics du même recueil admettre que l'adultère du mari peut, indépendamment de la présence de la concubine dans le domicile conjugal, être une cause de séparation de corps à titre d'injure grave (Demolombe, *Traité du mariage*, tome II, n° 377). Aussi bien, alors même que les textes n'auraient pas permis cette atténuation du sens des articles cités, elle se serait imposée cependant. Le devoir de docilité du juge ne va pas jusqu'aux applications d'une loi qui altéreraient manifestement les données rationnelles. Cet asservissement serait contraire à l'intérêt social, car il signifierait que le souverain au lieu de pouvoir seulement déterminer les devoirs réciproques est omnipotent. Nous raisonnerions de même à propos de toute loi exprimant un principe habituellement vrai et que le souverain voudrait faire absolu. On dira peut-être : — Lorsqu'une loi est juste généralement elle l'est toujours. Les citoyens qui se trouvent dans des cas particuliers doivent, en effet, l'accepter. N'est-ce pas finalement l'intérêt de tous qu'il en soit ainsi, afin que l'arbitraire des jugements soit évité ? — Certainement il est de l'intérêt de tous que le juge s'en tienne à la loi, mais il est aussi de l'intérêt de tous que cette pratique ne soit pas poussée jusqu'aux cas d'exagération manifeste, car cette limitation n'expose guère à l'arbitraire des jugements et elle est un allègement précieux. Il reste donc que si le juge doit généralement se borner à l'application des lois il a aussi un pouvoir d'appréciation pour les cas exceptionnels.

226. Dans les lignes qui précèdent, nous avons montré qu'il n'est pas absolument indispensable pour la déclaration judiciaire de séparation de corps contre le mari adultère que celui-ci ait tenu la concubine dans la maison commune. Mais on ne devrait pas conclure de là qu'à notre avis l'adultère de l'homme entraîne aussi facilement que celui de la femme

la séparation. Il est, au contraire, hors de conteste que l'adultère de la femme rend plus aisément trop pénible la cohabitation. L'épouse infidèle porte en elle-même sa souillure, puis elle inspire plutôt la répulsion et la colère, parce que mieux préservée des entraînements par son genre de vie elle a offensé plus grièvement Dieu et son époux. Aussi avons-nous reconnu que pour le temps de la grossesse et des couches l'adultère de la femme est par lui-même une cause de séparation de corps. A nos yeux il y a donc une différence d'énergie entre l'effet de l'adultère du mari et celui de l'adultère de la femme. Mais la différence sera faite, finalement du moins, par le juge et non par le législateur, car le principe à appliquer est le même : il faut que par suite de l'adultère la cohabitation soit devenue pénible à l'excès.

227. La discussion, à laquelle nous nous sommes livré d'une cause de séparation de corps mentionnée par le code civil français nous amène à parler d'un texte dans lequel le même recueil détermine en ces termes une autre cause : « La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre époux un cas de divorce » (Article 232). Nous ne saurions admettre une telle disposition. De ce que l'un des époux a été condamné à une peine infamante, si méritée soit-elle, il ne résulte pas que la cohabitation devienne, tout examiné, considérablement pénible pour le conjoint. Le texte dont il s'agit est donc une violation du droit de l'autre époux à la vie commune, violation que le bien social intéressé, au contraire, à l'union des conjoints, est loin de couvrir. On ne saurait non plus justifier la séparation dans notre hypothèse comme complément de la peine infamante à laquelle le législateur français la rattache. Ce complément serait contraire à la justice distributive, puisqu'il ne concernerait que les personnes mariées ; de plus, s'il est vrai qu'il faut se résigner à ce que les peines aient

leur contre-coup sur la famille, car ce résultat est fatal, il n'est pas malaisé de trouver des châtimens qui atteignent moins profondément la maison du coupable qu'une sentence de séparation de corps. Dès lors, l'article 232 du code civil français est pour nous dépourvu d'autorité.

228. Nous venons de rejeter une cause de séparation de corps. A l'inverse il en est une dont on ne parle pas, que nous-mêmes n'avons pas encore fait connaître, mais qui nous paraît cependant indiscutable. Elle est pareille à une autre que nous avons formulée. Si des entraînemens au mal, lorsqu'ils mettent sérieusement en péril la conscience de l'époux qui les subit, sont une cause de séparation, ils l'autorisent nécessairement aussi quand, le bon conjoint étant ferme dans la vertu, ce sont les enfants qui sont sérieusement menacés. Ceux-ci ont en ce cas le droit indiscutable d'être préservés par la séparation d'avec le corrupteur ; or, d'autre part, le bon époux a le droit de ne pas les quitter : c'est lui nécessairement qui devient leur gardien.

229. Au sujet de toutes les causes de séparation de corps, il est une vérité que le souverain ne saurait perdre de vue, c'est qu'elles ne sont pas, de leur nature, perpétuelles. Il se peut, en effet, que la cohabitation après avoir été trop pénible, promette de ne plus l'être. La continuation des violences, des outrages, peut cesser d'être sérieusement à craindre, l'époux qui s'était dégradé peut s'être relevé, le conjoint corrupteur peut être revenu à de meilleures dispositions. Ces changements seront parfois suffisamment hors de doute quand le coupable aura témoigné du repentir ; en tout cas, une transformation prolongée de la conduite garantira l'avenir. Or, si la cause de séparation vient à disparaître, le rôle du souverain se modifie. Il ne peut plus prêter main-forte à celui des époux qui a voulu légitimement la séparation, il ne peut plus comme législateur appuyer ce conjoint ; son pouvoir et son devoir recommencent à consister dans l'imposi-

tion de la communauté d'existence. Ce n'est donc qu'en leur attribuant un caractère éventuellement temporaire que la législation peut déterminer les causes de séparation de corps et il doit être réservé que la réunion des conjoints sera, le cas échéant, imposée d'office ou sur réclamation. Dans la législation française cette restriction ne paraît même pas être sous-entendue ; la séparation de corps y est regardée comme un état définitif. Une telle mesure nous paraît bien mauvaise. C'est la contrainte mise au service de l'infidélité au devoir de l'union entre époux, c'est le scandale de la méconnaissance de cette obligation, c'est enfin un acheminement vers le système de la licéité d'un second mariage avant la dissolution du précédent par la mort de l'un des conjoints. En d'autres termes, c'est le préliminaire de la théorie du divorce. Si le législateur combat le droit à la vie commune et, conséquemment, aux rapports conjugaux alors que la cause de séparation a disparu, n'est-ce pas, selon la logique, que ce droit a cessé définitivement ? Or, s'il a cessé définitivement, une seconde union est permise à l'époux qui n'a plus rien à attendre de la première, car l'homme a droit à l'état matrimonial. Le rétablissement du divorce en France est venu assez récemment montrer la logique de ces déductions (Loi précitée du 27 juillet 1884 sur le divorce).

230. Au pouvoir du souverain d'imposer, quand il y a lieu, la séparation de corps, faut-il rattacher comme une conséquence celui de tenir la main à ce que la femme demanderesse ou défenderesse au procès en séparation reprenne l'administration de son patrimoine ? On se rappelle, en effet, que dans le régime pécuniaire naturel des conjoints cette administration appartient au mari. Pour parler un langage moins précis mais plus bref, la séparation de corps entraîne-t-elle, dans les lois d'un souverain, la séparation de biens ? La négative ne fait pour nous aucune difficulté.

Au point de vue naturel, en effet, la connexion n'existe pas. Comme nous l'avons dit, le fait que la loi de la communauté de l'existence a cessé d'obliger actuellement les conjoints n'empêche pas l'intérêt des enfants de réclamer l'incapacité d'administrer de la femme, et d'autre part ce n'est point parce qu'il y a une cause de séparation de corps que cette incapacité devient insupportable à la femme. Seulement nous avons reconnu que si la séparation de l'homme et de la femme a pour conséquence que le premier néglige de pourvoir aux besoins de la seconde, celle-ci peut exiger que son conjoint lui restitue, ou elle peut reprendre elle-même, la possession d'une partie du patrimoine dotal suffisante pour permettre à l'épouse de vivre suivant sa condition ; or quand l'hypothèse dont nous venons de parler se réalisera, le souverain devra assurer à la femme l'exercice de son droit et dans cette mesure la séparation de corps entraînera la séparation de biens.

231. Nous nous sommes occupés dans ces dernières pages du pouvoir du souverain de soutenir le droit possible de l'un des conjoints de se séparer de l'autre. Il y a un autre pouvoir qui ne doit pas être confondu avec celui-là. C'est celui de tenir la main à ce que l'un des époux puisse, non pas précisément quitter l'autre, mais abandonner même pour longtemps le domicile conjugal actuel, sauf la faculté de l'autre conjoint de le suivre. Ce droit de déplacement existe, en effet, dans les cas suivants : l'un des époux est atteint d'une maladie qui demande à être soignée dans un autre lieu ; quelque intérêt qui est majeur comparativement aux sacrifices qu'il demande, notamment l'intérêt de l'avenir de la famille, veut que l'un des conjoints change de résidence. Ces exemples suffisent à démontrer que la prérogative attribuée par nous au souverain existe. Il y a lieu de la reconnaître non seulement en faveur de la femme mais aussi relativement à l'homme quoique, par rapport à lui, la



sanction du droit de déplacement se confonde d'ordinaire avec celle du pouvoir du mari de changer la résidence de la famille. Mais le droit de déplacement du mari apparaît seul quand celui-ci ne se fait pas suivre de sa famille. Alors la faculté qui nous occupe sera sanctionnée pour elle-même. Elle ne le sera, d'ailleurs, que dans les hypothèses que nous avons indiquées. Dans les autres, sauf à ne les admettre que difficilement par suite des égards dûs à l'autorité maritale, l'homme sera empêché d'abandonner sa famille ; on appliquera la loi de la communauté perpétuelle d'existence.

#### § IV.

##### De l'observation forcée de la loi de l'autorité maritale.

232. Quand on veut régler la sanction de cette loi par le souverain, il y a deux idées, en quelque sorte opposées. qu'il ne faut pas perdre de vue. Elles ont été exprimées plus haut l'une et l'autre. D'un côté, pour la sauvegarde de la puissance domestique, pour le maintien et la consolidation de l'ordre normal dans un de ses éléments qui a même une importance toute particulière, une épouse est tenue d'obéir alors même que les commandements de son mari n'offrent pas les garanties d'une intelligence et d'une sagesse supérieures à celle de la femme. Le souverain doit se le rappeler et pareillement il doit considérer qu'en intervenant en faveur de la femme toutes les fois qu'elle est dispensée d'obéir, il discréditerait par cette opposition la puissance maritale. Mais, d'autre part, quand le souverain se demande, selon son devoir, s'il y a intérêt grave à ce qu'il prête main-forte au mari, il doit ne pas perdre de vue qu'une sanction fréquente nuirait à la paix domestique et à l'éducation des enfants. L'autorité du chef de famille se trouverait, en effet,

compromise, soit qu'elle devînt odieuse à cause de l'appareil de violence qui la suivrait, soit qu'une assistance fréquente fût un signe de faiblesse chez le mari.

233. Nous n'indiquerons pas toutes les applications que le souverain peut et doit faire de la loi de l'autorité maritale ; ce serait recommencer l'étude de ce principe qui a été faite dans un article spécial de la première section, Il suffira de reproduire une énumération qui se trouve au paragraphe II de cet article et de la commenter au point de vue actuel.

« C'est l'homme, avons-nous dit, qui détermine le lieu d'habitation et choisit la demeure des conjoints. S'il prend une nationalité nouvelle, il peut étendre à sa femme les effets de ce changement. Il a la faculté de lui assigner ou de lui interdire une profession, le commerce, par exemple, et un droit semblable lui appartient relativement au choix des relations. Le mari peut également exiger que la correspondance de son épouse lui soit montrée ; le caractère secret des lettres adressées à sa femme n'autorise point nécessairement celle-ci à en refuser communication. Quels ordres, quels conseils, quels exemples, quels enseignements donnera la maîtresse du foyer, c'est l'homme qui le décide. Il peut aussi obliger sa femme à retirer un commandement. Il peut lui prescrire ou lui défendre d'ester en justice. En ce qui concerne la religion, le mari n'a pas seulement le pouvoir d'exiger que sa compagne remplisse ses devoirs positifs et négatifs envers Dieu ; il peut lui imposer ou lui interdire des pratiques facultatives de dévotion, il peut déterminer les actes par lesquels la société conjugale rendra au Souverain-Maître le culte qu'elle lui doit ».

D'une manière générale, mais non absolue, quand des ordres ont été donnés conformément aux pouvoirs que nous venons d'admettre, l'infraction peut certainement se trouver assez considérable pour qu'un intérêt grave soit en jeu ; alors il y aura lieu à intervention. C'est ainsi que le

nouveau souverain du mari, si l'homme a abandonné sa première nationalité pour une autre et imposé ce changement à sa femme, tiendra la main à ce que celle-ci remplisse ses devoirs de membre de l'État adopté. C'est ainsi encore que le souverain sanctionnera, sauf les tempéraments indiqués dans l'étude qui vient d'être rappelée, la volonté de l'homme qui interdit à son épouse le commerce ou telle profession. Pareillement, la femme ne sera pas admise à ester en justice si elle n'est point autorisée de son mari. Le souverain imposera la communication de la correspondance de la femme, lorsque l'homme exigera cette communication et que, d'ailleurs, un motif grave de contrôle justifiera l'intervention du pouvoir. Le droit de l'époux de régler les relations de sa femme sera semblablement sauvegardé. La détermination par le mari des actes religieux que sa femme devra faire sera sanctionnée en tant qu'ils se borneront à un culte simple; seulement que l'on veuille bien, au sujet de cette application, ne pas oublier que nous faisons ici abstraction de l'ordre chrétien.

Comment, dans toutes ces hypothèses, le souverain fera-t-il prévaloir la volonté du mari? Par la contrainte préventive, s'il y a lieu, en fermant, par exemple, une maison de vente que tiendrait la femme non autorisée à faire le commerce; mais le plus souvent la contrainte répressive sera la seule possible. Comment se traduira-t-elle? Sera-ce par une peine que l'on infligera après simple constatation de la désobéissance, sans détermination du devoir de la soumission dans une première sentence qui serait un avertissement? Sera-ce par une peine que l'on ne prononcera que si cette détermination vient à être méconnue?

Nous croyons qu'en la matière actuelle comme dans une autre quelconque, c'est le premier système qui est le vrai. Le bien de la société est que le scandale de la désobéissance, quand elle est grave, soit arrêté immédiatement. Sans

doute, la seconde combinaison a l'avantage de témoigner d'égards particuliers envers la femme dont la dignité doit être ménagée pour le bien de ses enfants et pour le bien de son mari lui-même, sur lequel elle a, dans l'ordre de la nature, une influence considérable à exercer. Mais à l'opposé de cette réflexion il y en a une autre plus décisive; le tempérament dont il s'agit permettrait à la femme de braver, même en matière grave, l'autorité maritale et de forcer l'homme à deux procédures pour obtenir une répression.

234. Quelle sera la peine? Dans la législation française, il n'y en a pas d'autre que des dommages-intérêts. Cette sorte de répression est-elle satisfaisante? Non. Elle est déshonorante pour le mari qu'elle montre comme toujours guidé dans sa direction maritale par un motif d'intérêt. Elle est encore déshonorante pour le mari parce qu'il est contraire au prestige d'un chef de s'enrichir aux dépens de la personne protégée. Une incarcération mitigée dans un lieu d'édification serait une pénalité plus judicieuse.

Nous venons de nous occuper d'un rôle bien délicat de l'autorité civile; mais on verra plus tard que s'il s'agit d'une femme ou même d'un mari chrétiens elle ne l'a pas. C'est à l'Église que revient, en pareille hypothèse, la mission de sanctionner la loi de l'autorité maritale.

## § V.

### De l'observation forcée de la loi de l'unité.

235. Le souverain punira la polygamie et la polyandrie. Ce sont, en règle générale, des fautes graves, car elles nuisent grandement au bien des enfants; et à raison de cette gravité il y a un intérêt considérable à ce que le souverain intervienne pour la réparation du scandale. Aussi voit-on des législateurs modernes peu sévères en matière de mœurs

punir rigoureusement la pluralité des épouses ou, à plus forte raison, des maris (1).

Nous devons rappeler que selon la loi naturelle, à laquelle le droit divin positif des premiers temps ne nous paraît avoir rien ajouté sous le rapport du principe qui nous occupe, le second mariage du mari ou de l'épouse n'est pas nul, bien qu'il soit illicite et punissable et que ses effets doivent être différés; un premier mariage n'est qu'un empêchement prohibitif à la formation d'un second pacte conjugal. Mais le souverain ne peut-il pas refuser à cette seconde union les effets civils? Ne peut-il même pas faire de la première un empêchement dirimant? Suivant ce qui a déjà été dit à propos de la clandestinité, ces questions seront examinées ultérieurement. Nous ferons aussi remarquer, pareillement à une observation déjà formulée, que punir la polygamie ou la polyandrie c'est sanctionner l'empêchement prohibitif qu'un premier mariage constitue.

236. L'adultère seul ou le commerce auquel une personne mariée se livre avec une autre à laquelle on ne promet pas de reconnaître le droit conjugal sera aussi réprimé. Le sera-t-il également chez l'homme et chez la femme? La question est assez souvent posée en France à cause de la différence que la loi pénale de ce pays fait en notre matière suivant qu'il s'agit du mari ou de l'épouse. Le mari adultère n'est déclaré punissable, de même qu'il n'y a lieu contre lui à séparation de corps, que s'il a entretenu une concubine dans la maison conjugale, et, de plus,

---

(1) *Code pénal français*, article 340. « Quiconque étant engagé dans les liens du mariage en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent sera puni de la peine des travaux forcés à temps. — L'officier public qui aura prêté son ministère à ce mariage, connaissant l'existence du précédent, sera condamné à la même peine ».

alors même il est beaucoup moins sévèrement frappé (1). Ces différences sont-elles permises? Après l'adultère du mari la société n'a pas, abstraction faite de telle ou telle circonstance aggravante, autant besoin d'une réparation qu'après l'adultère de la femme. Il est vrai, cependant, qu'en sens contraire il y a cette considération : l'homme est le chef de la femme et de la famille, et en cette qualité il doit l'exemple. Aussi ne voudrions-nous pas dire qu'à un certain point de vue, mais qui ne nous paraît pas être dominant, l'adultère de l'homme ne doit pas être le plus sévèrement puni (2). Somme toute le besoin de réparation est moindre parce que la faute pareille à prévenir chez d'autres hommes n'est pas de nature à apporter dans la famille le même trouble que l'adultère de la femme. Celle-là ne tend pas comme celui-ci à l'introduction d'un enfant étranger parmi les fils légitimes. Abstraction faite de circonstance aggravante, il faut donc reconnaître qu'après l'adultère du mari la société a moins besoin d'une réparation que si le coupable était la femme. Partant, la peine doit, dans l'hypothèse d'adultère non qualifié du mari, être plus douce. Mais nous n'allons point jusqu'à dire comme le législateur français, que l'adultère non

(1) Article 337. « La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus. Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme ».

Article 339. « Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs ».

(2) Dans cet ordre d'idées nous citerons l'extrait suivant du *Corpus juris canonici* :

« Indignantur mariti si audiant adulteros viros pendere similes adulteris foeminis poenas; cum tanto gravius eos puniri oportuerit quanto magis ad eos pertinet et virtute vincere et exemplo regere foemina » (*Decreti secunda pars, causa XXXII. q. VI, can. IV*).



qualifié de l'homme ne doit pas être réprimé ; il y a, en effet, un intérêt grave à ce qu'il le soit. Cette faute est toujours un grand mal au point de vue des mœurs et de la famille. Puis c'est dans le cas d'absence de circonstance aggravante que nous venons de nous placer. Supposons qu'au contraire l'adultère du mari est habituel, ou bien qu'il est particulièrement honteux à raison d'une impudicité éhontée dont il témoigne : notamment la concubine a été opposée publiquement à l'épouse, même sans introduction de la complice dans la maison commune. Alors il ne nous paraît plus que le besoin social de réparation soit moindre qu'après l'adultère de la femme commis sans circonstance qui l'aggrave. Nous reprochons donc finalement au législateur français de ne pas toujours punir l'adultère du mari et de le punir toujours moins que celui de la femme. Mais comment remplacerions-nous l'article 337 cité plus haut, puisque nous voulons cependant, en règle générale, une différence de pénalité ? Nous édicterions contre l'homme et la femme la même peine entre le maximum et le minimum de laquelle le juge choisirait en tenant compte du principe qu'à moins de circonstance aggravante l'adultère du mari est réprimé moins sévèrement.

237. Le souverain ne punira-t-il l'adultère de l'un des conjoints que sur la demande de l'autre ? Bien qu'on adopte assez facilement l'affirmative qui est écrite dans notre code pénal (1), il nous paraît impossible de ne pas repousser cette opinion. Nous croyons non seulement que le souverain ne

---

(1) Article 336. « L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari ; cette faculté même cessera s'il est dans le cas prévu par l'article 339 ».

Article 339. « Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs ».

doit point mais qu'il ne peut pas subordonner la répression de l'époux coupable à la volonté de l'autre partie. L'adultère est un grand péril pour la société domestique profondément menacée dans son union, et c'est un triomphe monstrueux des sens sur l'esprit. Il constitue donc un grave scandale. Par conséquent, la société a besoin qu'un châtiment soit infligé alors même que l'époux de l'auteur de l'adultère ne réclame pas ; et s'il en est ainsi le souverain doit intervenir malgré ce silence, car il est tenu de procurer le bien de ses sujets. Nous savons parfaitement que l'on peut objecter que c'est l'intérêt du ménage dans lequel il y a un adultère que la faute ne soit pas ébruitée ou rendue plus notoire par une condamnation ; mais l'adultère est le plus souvent connu, puis une considération particulière au groupe domestique est moins forte que celle de la nécessité sociale d'un châtiment. On doit logiquement l'avouer. Si la première, en effet, était déterminante, l'époux adultère ne pourrait être puni même sur la demande de l'autre partie ; le souverain devrait sauvegarder l'intérêt de la famille alors même que le conjoint de la personne coupable serait disposé à le sacrifier par une poursuite. Il ne pourrait, du moins, s'en rapporter, au sujet de l'innocuité de celle-ci, au jugement d'un époux facilement entraîné par la colère à demander une répression. Une autre allégation possible est que notre système enlève une chance de réconciliation entre les époux : l'espoir pour le coupable d'échapper à une peine le déterminerait assez facilement à témoigner ses regrets à son conjoint maître de la condamnation. Nous ne contestons point que cette éventualité soit possible, mais à l'avantage d'une chance de réconciliation nous préférons celui de prévenir l'adultère par l'exemple d'une répression immanquable. Quant à opposer que l'adultère est uniquement ou principalement puni à titre d'offense au conjoint, nous croyons qu'on ne le fera pas, car il y a dans ce crime d'impureté une atteinte grave aux mœurs et à

la famille. Nous repoussons donc les articles 336 et 339 du code pénal français en tant que ces dispositions subordonnent la poursuite contre l'un des époux à une plainte de l'autre. Nous repoussons encore le premier de ces textes lorsque dans une seconde partie il rend non punissable l'adultère de la femme dont l'époux lui-même a été infidèle. Il est vrai, mais peu importe, que la réciprocité de l'adultère lui enlève son efficacité au point de vue de la séparation de corps.

Non seulement le souverain peut et doit réprimer l'adultère, mais il est tenu, sauf les tempéraments que l'état des esprits peut commander, d'admettre la poursuite par un particulier quelconque. En cela, nous restons simplement fidèle à un système que nous avons déjà adopté en termes généraux dans le tome I (p. 683), en même temps que nous approuvions l'institution du ministère public. Nous croyons qu'ici encore l'action en répression doit être ouverte à tout citoyen honnête. Le motif qui nous a déterminé nous paraît toujours concluant. Le souverain ne peut pas, sans manquer au devoir de vigilance dont il est tenu dans la répression des infractions, réserver exclusivement à ses agents l'action en répression ; il le peut d'autant moins que ce privilège favorise les acceptions de personnes. À cette raison on peut, il est vrai, opposer en toute matière et spécialement dans celles du genre de la nôtre, le danger plus grand d'accusations fausses ; mais ce péril ne doit pas être considéré, car il n'a rien d'inévitable. Ne disparaît-il pas si les calomniateurs sont menacés d'une peine rigoureuse ?

De même que nous n'admettons point que la répression de l'adultère soit subordonnée à la volonté du conjoint, nous ne croyons pas non plus qu'il puisse dépendre de la volonté de celui-ci d'arrêter le châtiment en se réconciliant avec le coupable. Nous repoussons l'article 337 du code pénal français en tant qu'il adopte la règle contraire.

Les solutions qui viennent d'être données au sujet de la

répression de l'infidélité conjugale paraîtront, sans doute, à beaucoup trop sévères et il se peut, en effet, que dans telles circonstances elles le soient ; mais qu'en elles-mêmes elles aient quelque chose d'excessif, nous ne le pensons pas. Nous le croyons d'autant moins que Dieu, quand il donna à son peuple des lois, punit de mort l'adultère (1).

## § VI.

### De l'observation forcée de la loi de l'indissolubilité.

238. Il s'agit de la règle qui prescrit à chacun des époux de toujours se prêter aux rapports sexuels sur la demande de l'autre conjoint. La loi de l'indissolubilité n'est pas celle qui interdit la formation d'un second mariage avant la dissolution du premier ; c'est la loi de l'unité qui fait cette défense. Mais indirectement le principe de l'indissolubilité est pourtant un obstacle à un second contrat matrimonial ; il l'est, puisqu'il maintient à perpétuité le mariage et que, d'autre part, une seconde union est prohibée tant que dure la première. Une autre parenté entre les lois de l'unité et de l'indissolubilité est que, si l'une quelconque des deux est violée, l'autre l'est aussi très facilement. Si un conjoint se choisit un second époux il est fort exposé à abandonner le premier, et réciproquement si une personne délaisse son conjoint elle est très portée à s'en choisir un autre.

Dans nos explications sur la séparation de corps nous avons admis le droit de la puissance publique de sanctionner

---

(1) « Si dormierit vir cum uxore alterius uterque morietur, id est, adulter et adultera : et auferes malum de Israël : Si un homme dort avec la femme d'un autre, tous les deux mourront, l'adultère et la femme adultère, et vous ôterez le mal du milieu d'Israël » (Deutéronome, XXII, 22).

l'indissolubilité quand nous avons reconnu au souverain le droit habituel de contraindre à la cohabitation soit d'une manière préventive soit par voie de châtement. C'est là le moyen principal par lequel l'observation de la loi de l'indissolubilité peut être imposée. Il ne saurait être question de contraindre préventivement à l'union sexuelle elle-même, et la répression pour le fait même de s'être refusé à cet acte n'est guère pratique. En somme l'application du principe de l'indissolubilité par le souverain se réduit donc à la sanction de la loi de la communauté perpétuelle d'existence.

239. Indubitablement le souverain a, en même temps que le pouvoir, l'obligation d'assurer autant qu'il est en lui le respect perpétuel du droit conjugal. Il le doit à la société qui bénéficie du bien des familles, il le doit aux enfants, il le doit au conjoint dont le droit est méconnu. Par conséquent, il ne peut pas agir en sens opposé et garantir, sauf dans les cas de séparation de corps, la suppression du droit conjugal en mettant sa force au service du conjoint qui refuse la vie commune. Il peut encore moins garantir cette suppression et en même temps accorder l'impunité à une seconde union ; en d'autres termes, il ne peut pas admettre le divorce qui est la séparation des époux avec licéité d'un second mariage par suite de la dissolution du précédent. Cette affirmation ne saurait pourtant être absolue, dans l'ordre où nous nous tenons maintenant, celui de la loi naturelle et du droit divin positif des premiers temps. Prise comme loi naturelle, la règle de l'indissolubilité n'est pas absolue ; nous l'avons dit dans la section I. Elle disparaît dans l'hypothèse d'une personne à laquelle il est réellement trop pénible, malgré toutes les considérations qui le lui demandent, de continuer ses rapports conjugaux avec son conjoint, et à qui en même temps l'absence de relations sexuelles est aussi trop pénible. Alors, en effet, un second mariage sera licite, et partant, comme la concomitance des unions sexuelles avec divers conjoints doit

surtout être évitée, le droit du premier époux sera supprimé. Quant au droit divin positif des premiers temps, la manière approximative dont il a confirmé le principe de l'indissolubilité ne permet pas de dire qu'il l'ait fait absolu. Jésus-Christ, il est vrai, rappelant la volonté de son Père, a témoigné que « dans le commencement il ne fut pas permis de répudier son épouse » ; mais cette attestation en termes généraux n'exclut pas toute exception. Il y a plus. D'après l'interprétation du pouvoir ecclésiastique qui sera exposée dans la section VI, Notre-Seigneur lui-même n'a pas établi la loi de l'indissolubilité de manière à ne permettre aucune dérogation.

Nous avons déjà mentionné que le droit français admet depuis peu le divorce, et nous avons expliqué comment le caractère perpétuel attribué par le Code civil à la séparation de corps a pu contribuer à cette innovation. Se justifie-t-elle par les tempéraments que nous venons d'indiquer ? Nullement. D'un côté, en ce qui concerne le mariage de chrétiens, ce serait plutôt l'Église qui aurait compétence pour établir des dérogations à la loi de l'indissolubilité, mais elle-même ne le peut point : elle doit maintenir la loi de l'indissolubilité telle que Dieu l'a décrétée. D'autre part, veut-on considérer le mariage entre Français infidèles, genre d'union bien rare ? Alors nous ne disons point que la législation française devrait ne jamais admettre le divorce ; mais nous réproouvons sa substitution générale, en partie facultative, il est vrai, à la séparation de corps. Le divorce ne devrait être admis que pour les infidèles qui exceptionnellement paraîtraient ne pouvoir point dans l'état de séparation, pratiquer la continence. Cette hypothèse est difficilement réalisable dans une société chrétienne.



## § VII.

De l'observation forcée de l'empêchement  
dirimant d'impuissance.

240. Nous devons rappeler que c'est seulement l'impuissance perpétuelle et antérieure au mariage qui met obstacle à la formation de ce contrat. Une impuissance temporaire ne fait point que la collation du droit à l'acte de la génération soit impossible, puisque cet acte ne l'est pas. Une impuissance postérieure à la convention n'a pu, pareillement, empêcher que le contrat ne fût valide, ou n'établît le droit à l'union des sexes; celle-ci, en effet, était alors réalisable.

Le souverain a le pouvoir de contraindre à l'observation de l'empêchement dirimant d'impuissance. Nous entendons par là principalement que le souverain peut tenir la main, soit d'une manière préventive, soit par voie de répression, à ce que l'une des parties ne soit pas forcée par l'autre de pratiquer la vie commune ou encore, s'il s'agit de la femme, la soumission au mari. Nous entendons encore que le souverain peut user de la force contre l'une et l'autre des parties pour s'opposer à ce qu'elles vivent ensemble.

Arrêtons-nous d'abord à la première de ces deux affirmations. En soi, il est tout simple que le souverain emploie la contrainte en faveur de celle des parties à qui l'autre voudrait imposer les lois de la vie commune et de l'autorité maritale. Ces lois, en effet, n'obligent pas les auteurs de l'apparence de contrat qui s'est produite. Il n'est pas nul en ce sens seulement que l'acte de la génération étant impossible ne peut pas être exigé; du moment où il n'y a pas mariage les devoirs conjugaux n'ont pas de raison d'être, ainsi que nous l'avons expliqué dans la section I. Et pourtant notre affirmation se heurte aujourd'hui dans beaucoup

d'esprits à une difficulté. Avant de tenir un mariage pour nul à raison d'impuissance, il faut que le souverain constate cette incapacité, qu'il se rende compte, par l'examen du corps, de l'obstacle absolu qu'une difformité ou la faiblesse d'un organe de la génération chez l'une des parties apporte à l'union physique ; or, une telle instruction est traitée d'offense à la pudeur et déclarée immorale. Cette manière d'apprécier serait peut-être exacte s'il ne s'agissait point de sauvegarder une règle de chasteté. Cette règle qui va être presque inévitablement méconnue, si l'empêchement d'impuissance n'est pas appliqué, consiste en ce que les rapprochements charnels ne sont permis que comme accessoires de l'acte de la génération. Or, étant donné le but de prévenir l'impureté, est-ce que l'instruction que l'on réprovoque ne perd pas le caractère immoral qu'elle pourrait avoir ? A tout le moins, elle est aussi morale qu'immorale, et partant il demeure permis et prescrit au souverain de se rendre compte de l'impuissance et de défendre ensuite le droit de l'une ou de l'autre des parties de ne point pratiquer, soit la vie commune, soit, en outre, s'il s'agit de la femme, l'obéissance au mari apparent. Aussi bien, les tribunaux de l'Église appliquent l'empêchement d'impuissance et il ne nous est pas possible de ne pas regarder comme excessif un scrupule de pudeur que n'a point l'incomparable gardienne de la pureté. Demolombe le juge aussi de cette manière (*Traité du mariage*, tome I, n° 254).

La seconde de nos affirmations a été que le souverain peut user de la force pour s'opposer à ce que, dans l'hypothèse d'empêchement dirimant d'impuissance, les parties vivent ensemble. Plus haut il s'agissait de venir au secours de l'un des apparents conjoints contre l'autre, ici c'est d'une action contre les deux que nous affirmons la légitimité. Suivant une considération qui vient d'être faite, si les parties pratiquent la vie commune, la règle que les rapprochements charnels sont

permis seulement comme accessoires de l'acte de la génération sera presque inévitablement méconnue. Dès lors, la communauté d'existence entre un homme et une femme qui ont consenti au mariage et que l'impuissance seule empêche d'être unis porte la marque de l'immoralité ; c'est un scandale. Ce scandale est, d'ailleurs, grave puisque c'est un état de vie contraire aux mœurs ; il y a, dès lors, un intérêt considérable à ce que le souverain intervienne.

Au sujet de l'instruction destinée à constater l'existence de l'empêchement dont il s'agit, nous ferons une remarque dont personne ne contestera la justesse. Pour que le souverain puisse statuer qu'il y a impuissance, il ne suffit pas que des probabilités sérieuses se manifestent en faveur de cette solution lorsqu'il y en a aussi en sens contraire. Sans doute la loi des engagements pris n'oblige point par elle-même lorsque des probabilités sérieuses la combattent et nous restons toujours fidèle à la théorie du probabilisme exposée dans le tome I. Mais on ne doit pas oublier qu'il y a aussi cette règle incontestée, fondée sur l'intérêt moral de la société, que les mariages doivent être favorisés, et par conséquent, que leur validité doit être admise plutôt que leur inexistence.

## § VIII.

### De l'observation forcée de l'empêchement dirimant de défaut de consentement.

241. Pareillement à ce que nous disions au début de l'étude précédente, dans le pouvoir de sanctionner l'empêchement dirimant de défaut de consentement nous distinguons deux droits. Premièrement et surtout, le souverain peut tenir la main, d'une manière préventive ou par voie de répression, à ce que l'une des parties ne soit point forcée par l'autre de

pratiquer la vie commune ou encore, s'il s'agit de la femme, la soumission au mari. Secondement, il est permis au souverain d'user de la force contre l'une et l'autre des parties pour s'opposer à ce qu'elles vivent ensemble.

Traisons d'abord du premier de ces pouvoirs ; raisonnons, par conséquent, dans l'hypothèse où, le consentement ayant fait défaut, l'une des parties se refuse à la communauté d'existence. Le souverain peut-il venir au secours de cette personne ? Évidemment oui. Elle est demeurée libre de vivre seule ; or, il est permis d'user de la contrainte pour empêcher la violation d'un droit. Aussi le pouvoir dont il s'agit ne peut-il être mis en doute, mais au sujet de son étendue une question complexe se pose. Elle consiste à se demander si les tribunaux, sans une décision préalable desquels la contrainte ne peut pas être exercée, seront toujours autorisés par le souverain agissant comme législateur à admettre la preuve de faits allégués dans le sens du défaut de consentement.

Nous avons distingué onze cas dans lesquels ce défaut se produit. Ce sont les hypothèses : 1<sup>o</sup> de faux, 2<sup>o</sup> de consentement donné par un tiers ou par deux étrangers au lieu de l'une des personnes que l'on prétend unies ou à la place de ces deux personnes, 3<sup>o</sup> de volonté émise par un enfant qui n'est pas encore arrivé à l'âge de raison, 4<sup>o</sup> de promesse faite par un insensé, sauf dans un intervalle lucide, 5<sup>o</sup> d'engagement pris par une personne en état d'ivresse complète, 6<sup>o</sup> d'une formule de consentement écrite sous une contrainte matérielle, 7<sup>o</sup> d'une promesse faite par crainte et sans volonté de conférer le droit conjugal, 8<sup>o</sup> d'erreur sur l'identité physique ou même, mais exceptionnellement, d'erreur sur les qualités, 9<sup>o</sup> de consentement exprimé par plaisanterie, 10<sup>o</sup> de consentement exprimé par mensonge, 11<sup>o</sup> d'adjonction d'une clause dont la présence dans le pacte matrimonial fait qu'il n'y a point volonté d'échanger le droit à l'union des

sexes. Au sujet de la plupart des cas qui viennent d'être rappelés, il n'y a pas de doute que le législateur ne doive toujours permettre la preuve de leur réalisation. De même et à l'inverse il est bien évident que le juge ne peut pas croire, sauf des circonstances particulières, que c'est par plaisanterie ou par mensonge que l'on a paru consentir, et, par suite, le législateur doit interdire généralement la preuve des faits qui seraient cités à l'appui d'une allégation de ce genre. Mais dans les deux hypothèses de crainte et d'erreur en est-il de même ? Une telle question ne se présenterait pas si le consentement était chose palpable, mais, au lieu de cela, il ne se révèle que par des signes, dont le juge est exposé à exagérer et aussi à méconnaître la valeur. Dans nos explications sur l'empêchement de défaut de consentement, nous avons déjà résolu la question dans le sens de la prohibition habituelle de la preuve ; hormis des cas extrêmes celle-ci manquerait évidemment de vraisemblance. Nous avons été obligés à cette anticipation, parce qu'il nous fallait montrer qu'on pouvait sans préoccupation dire toute la vérité en matière de défaut de consentement, et qu'on ne devait pas nier que ce défaut existe dans certaines hypothèses envisagées théoriquement de peur d'ouvrir la porte à la preuve judiciaire de ce fait. Non, malgré la possibilité du manque de consentement par suite d'une crainte ou d'une erreur quelconques, le souverain doit, pour préserver les tribunaux d'essais de démonstration d'un fait non impossible mais conjectural, n'autoriser la preuve que dans les cas où l'absence de l'idée de s'engager sera très vraisemblable, des faits extérieurs étant une fois établis. Cette nécessité s'impose assez manifestement pour que nous ne nous arrêtions plus à ces objections réfutées antérieurement : est-il permis de forcer à la vie commune un homme et une femme lorsqu'il y a quelque apparence qu'il ne sont peut-être pas mariés ; est-il permis de les exposer ainsi à l'incontinence ? Nous avons, du reste, discuté ce double argument.

Quand est-ce, au juste, que la preuve des faits allégués dans le sens du défaut de consentement par suite de crainte ou d'erreur peut être permise ? Incidemment, nous nous sommes déjà occupé de cette détermination, mais nous allons la refaire.

242. En ce qui concerne l'hypothèse de crainte la preuve ne peut être permise que si c'est de violences graves ou de menaces graves et illégitimes que la preuve est offerte. S'il ne s'agit que de violences légères, ce ne serait que grâce à une impression irréfléchie que le juge pourrait conclure de leur existence au défaut de consentement. Autoriser la preuve serait donc de la part du magistrat une imprudence, le législateur ne peut pas la permettre. Nous en disons autant au sujet des menaces. Mais pourquoi la preuve ne sera-t-elle admissible que si les menaces sont illégitimes ? Est-ce que le défaut de consentement est plus conjectural quand elles ne le sont pas ? Certainement. La volonté regimbe naturellement contre des menaces injustes, tandis que si elles sont méritées, elle est portée par le sentiment de la justice à accepter la situation qui lui est imposée comme moyen d'échapper au péril. Ainsi un homme est menacé d'une poursuite déshonorante ou bien d'une disgrâce et de la misère, s'il n'épouse une fille qu'il a séduite. Sans doute, on ne peut assurer alors, s'il paraît consentir, qu'intérieurement et vraiment il le fasse, mais pourtant la vraisemblance est qu'il se détermine en ce sens, parce que tel est son devoir, ou du moins il y a des probabilités sérieuses qui portent à le penser, s'il se trouve qu'il y en ait aussi d'opposées. Dès lors, la preuve du défaut de consentement n'est pas recevable. S'agit-il, au contraire, d'une menace grave illégitime, la seule induction qui soit alors sérieusement vraisemblable, c'est qu'en soi-même, tout en donnant une marque de consentement, on a protesté. On s'indigne, en pareil cas, contre la situation que l'on doit subir, au lieu de se rendre compte qu'il faut céder.



Nous avons supposé jusqu'à présent une crainte grave qui résulte de violences ou de menaces, mais elle peut aussi être produite par un péril qui naît de lui-même. C'est ce que l'on voit dans des hypothèses comme la suivante : une personne aurait préféré le célibat au mariage ou un autre parti à celui qui s'offrait à elle, mais elle était exposée à déchoir si elle ne donnait sa main au mari qui se présentait. Dans ces cas de crainte inspirée par un péril spontané, le législateur doit de nouveau, même si elle est grave, interdire au juge de recevoir la preuve. Pourquoi ? Pour un motif semblable à celui que nous venons de donner à propos des menaces légitimes. C'est qu'on se rend compte que l'on doit accepter la situation que les circonstances imposent.

243. En ce qui concerne le cas où c'est l'erreur qui est alléguée comme cause de défaut de consentement, tranchons la question de l'admission de la preuve par le souverain et le juge en distinguant suivant qu'il s'agit d'erreur sur l'identité physique ou d'erreur sur les qualités. Dans le premier cas la preuve de l'erreur est toujours recevable, mais dans la seconde hypothèse elle ne l'est que si l'on offre d'établir soit qu'il y a eu réserve expresse pour le cas où une certaine qualité ferait défaut, soit que l'on cherchait telle qualité dans une personne inconnue physiquement. En dehors de ces circonstances, l'erreur même une fois établie n'autorise que des conjectures quant au défaut de consentement; le législateur ne peut donc permettre de la démontrer.

244. C'est pourquoi nous critiquons l'article 180 du Code civil en ce qu'il permet sans restriction la déclaration de nullité du mariage « pour cause d'erreur dans la personne ». Assurément, cette disposition ne serait pas trop large si elle ne se rapportait qu'à l'erreur sur la personne physique; mais il en est autrement. Telle est, du moins, la pensée de presque tous les juristes, bien qu'ils diffèrent entre eux sur l'interprétation du texte attaqué (Demolombe, *Traité*

*du mariage*, tome I, n° 251, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, tome V, § 462). Ils admettent, beaucoup sans le dire, il est vrai, que l'article 180 permet la preuve de l'erreur sur les qualités; or, cette erreur laisse problématique le défaut de consentements'il n'y a pas eu stipulation expresse de la qualité qui manque ou si la personne n'était pas inconnue corporellement. La disposition qui nous occupe est donc mauvaise. C'est vainement que certains auteurs, notamment Aubry et Rau, allèguent que dans cet article il ne s'agit, avec l'erreur sur la personne physique, que de l'erreur sur la personne civile, c'est-à-dire sur l'ensemble des qualités qui distinguent un individu d'un autre. Pratiquement, à quoi se réduit cette erreur? A se tromper sur le nom et sur l'état. Ce que les jurisconsultes qui viennent d'être cités demandent, pour que le contrat soit attaqué conformément à l'article 180, c'est, en effet, « qu'un homme en se mariant se soit faussement attribué le nom et l'état d'une autre personne déterminée ou qu'il se soit donné un nom et un état purement imaginaires » (§ 462, note 9). Eh bien! concédons que cette interprétation soit vraie; l'article 180 n'en demeure pas moins une règle imprudente. De ce que l'on s'est trompé sur le nom et sur ce que l'on appelle assez vaguement « l'état » est-ce qu'il est raisonnablement permis au juge de conclure que la volonté d'épouser la personne présente a fait défaut? Il faut bien répondre par la négative, car le plus souvent ce n'est pas le nom, ce n'est pas l'état qui sont l'objectif du consentement, c'est la personne corporelle que l'on connaît et que l'on aime. Dès lors, nous persistons à croire que la preuve de l'erreur sur les qualités ne peut être permise que si l'on offre d'établir soit qu'il y a eu réserve expresse du cas où telle qualité manquerait soit que la personne était inconnue physiquement.

245. Le législateur pourra-t-il se montrer plus large dans le

cas de dol déterminant, lorsque, en d'autres termes, ce sera par suite d'une tromperie que l'on aura contracté? Cette question elle aussi a été rencontrée dans la section I. Nous l'avons tranchée négativement. Le fait qu'il y a eu dol ne rend pas plus vraisemblable le défaut de consentement. Il ne porte, en effet, nullement à croire ni que l'on a implicitement réservé le cas où l'on se tromperait sur la qualité prétendue, ni que l'on a considéré celle-ci à l'exclusion de la personne elle-même. N'y a-t-il pas, au contraire, tout particulièrement lieu de croire que l'imposeur a su rendre sa personne agréable?

246. Est maintenant résolue l'importante question que nous avons posée : dans les hypothèses de crainte et d'erreur, la preuve des faits allégués dans le sens du défaut de consentement peut-elle toujours être permise par le législateur? Nous appliquerions aussi, mais sans distinguer, une solution négative au cas où l'on invoquerait contre le consentement une condition suspensive tacite insérée dans le mariage et non remplie. Même ne proposera-t-on pas que le législateur interdise au juge d'avoir égard à une condition suspensive expresse et lui commande de tenir le contrat pour pur et simple? Mais suivant ce que nous avons dit sur ce point dans la section I, nous croyons que le souverain ne peut pas prendre cette attitude, excepté pourtant le cas où les termes employés rendraient sérieusement probable que la clause additionnelle a été seulement un pacte accessoire ajouté à un consentement immédiatement définitif. En dehors de là supprimer la condition suspensive ce serait introduire un principe faux et funeste, à savoir qu'un homme et une femme peuvent être légitimement unis sans convention matrimoniale. La situation n'est plus la même que dans les hypothèses soit de crainte, soit d'erreur où la preuve nous a paru inadmissible. Alors de l'interdiction de la preuve par le législateur ne résultait pas l'affirmation

publique, contre laquelle maintenant nous mettons en garde, car le consentement était probable. Le législateur ne peut donc pas statuer que la condition suspensive insérée dans le mariage sera réputée non avenue. Peu importe si elle est immorale. Ce caractère, en effet, n'empêche que ne pas tenir compte de la condition serait formellement unir un homme et une femme sans leur volonté.

De même que de la condition suspensive le législateur doit tenir compte de la condition résolutoire alléguée contre la formation du mariage lorsque la clause est expresse et que non limitée aux dérogations que comporte la loi de l'indissolubilité elle subordonne ainsi le consentement à l'acquisition d'un droit impossible. Il faut bien reconnaître alors qu'il n'y a pas eu volonté de contracter.

Enfin pareillement le législateur ne peut réputer non venus ni le terme suspensif ni le terme résolutoire.

247. Toutefois, et il nous tarde de le déclarer, la doctrine qui précède ne va pas sans un correctif très considérable. Nous avons raisonné abstraction faite d'une donnée qui, si l'on en tient compte, écarte, contrairement à ce que nous venons de dire, la preuve de la condition ou du terme. Seulement, elle l'écarte non pas en rendant pur et simple le contrat qui renfermerait ces clauses, mais en l'annulant. Le résultat est donc l'inverse de celui que produirait la théorie qui vient d'être repoussée. Cette donnée est que dans l'ordre du droit naturel et aussi du droit divin positif des premiers temps, le souverain peut exiger, sous peine de nullité, que le mariage soit contracté devant un représentant de la puissance civile et s'opposer à l'adjonction d'une condition ou d'un terme. Est-il vrai que le souverain ait ce pouvoir? Cette question est une forme de celle de savoir s'il existe des empêchements dirimants civils; elle sera donc examinée plus tard. Nous nous bornons maintenant à une remarque. Si le souverain a le pouvoir en question, l'admissibilité de la

preuve du défaut de consentement par suite d'erreur sur une qualité se trouve, par analogie, encore restreinte. Pratiquement, en effet, dans l'hypothèse où le souverain a usé du pouvoir dont il s'agit il ne peut plus être question de la preuve de l'erreur en cas de réserve expresse d'une qualité : si cette stipulation a eu lieu le mariage est nul par le fait même, sans examen du consentement.

Aux cas de crainte ou d'erreur dans lesquels la preuve du défaut de consentement doit être interdite par le législateur il faut ajouter toutes les autres hypothèses de manque de consentement lorsque depuis les faits desquels se déduit cette absence il s'en est produit d'autres qui témoignent du consentement au mariage, comme une cohabitation prolongée affectant la forme d'union légitime et non de concubinage, ou comme une conception ; nous supposons d'ailleurs, que les violences graves ou les menaces graves et illégitimes ont cessé, ou bien que l'erreur sur l'identité de la personne physique, l'erreur sur une qualité formellement stipulée, sur une qualité du contractant inconnu physiquement, ont disparu, ou bien encore nous supposons que la folie a pris fin, que l'âge du discernement nécessaire pour consentir au mariage est venu.

248. Dans les explications qui précèdent nous nous sommes demandé si en certaines hypothèses le législateur ne doit pas interdire au juge d'accepter l'allégation du défaut de consentement. La question inverse peut aussi se présenter : n'y a-t-il point tel cas où la loi devra défendre aux tribunaux d'avoir égard au consentement réellement donné ? La difficulté, pour autant qu'elle existe, se présente relativement à un insensé qui a passé une convention de mariage dans un intervalle lucide. Mais nous avouons que probablement il ne nous viendrait pas à l'esprit de signaler même ce point s'il ne se rattachait à une difficulté considérable d'interprétation

de l'article 502 du Code civil (1). Nos jurisconsultes se demandent si ce texte ne va pas jusqu'à annuler le mariage contracté dans un moment de raison par une personne placée sous le régime de l'interdiction pour cause de folie (Demolombe, *Traité du mariage*, tome I, n° 127; Aubry et Rau, tome V, § 464). De là pour nous la question de savoir si le souverain doit prohiber, dans l'hypothèse de démence, la preuve de la réalité du consentement par suite d'un intervalle lucide. Mais la négative nous semble évidente car on ne peut pas nier, croyons-nous, l'existence de folies intermittentes et dans lesquelles les périodes de raison soient d'une constatation parfois certaine, parfois sérieusement probable. Il n'y a pas de motif, dès lors, pour que le législateur doive défendre au juge de laisser prouver que le mariage de l'insensé a eu lieu dans un moment de repos intellectuel. Non seulement le législateur ne doit pas, il ne peut point interdire la preuve. Cette prohibition, en effet, a pour résultat la violation de droits, de ceux que le fou et l'autre partie ayant véritablement contracté ont acquis. La preuve étant rejetée, le souverain considérera chacune de ces personnes comme n'étant pas soumise aux obligations conjugales et empêchera l'une ou l'autre d'en exiger l'accomplissement. Or, il n'y a certainement qu'un motif, dans notre hypothèse de démence, qui pourrait justifier cette conduite; ce serait le caractère conjectural de la preuve d'un intervalle lucide. Partant, puisque cette preuve est, au contraire, susceptible de donner la certitude ou une probabilité sérieuse, le souverain ne peut la rejeter.

249. Lorsque le consentement fait défaut, c'est ordinaire

---

(1) Article 502. « L'Interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit ».



ment du côté d'une seule des parties. De là naît la question de savoir par qui l'empêchement dirimant peut être invoqué. La nullité est, sans conteste, proposable par la personne qui n'a pas consenti, mais l'est-elle également par l'autre partie? Nous n'hésitons pas à dire qu'il faut répondre affirmativement. Puisque le contrat ne s'est point formé, la partie qui a voulu peut, elle aussi, repousser les obligations conjugales. Aussi bien, elle n'a pas seulement le droit, elle a le devoir d'opposer la nullité en tant qu'il s'agit pour elle d'éviter une union physique qui, non précédée du contrat, serait coupable.

Le tiers dont un droit se trouve atteint par le mariage doit-il également pouvoir invoquer le défaut de consentement? Par exemple, une personne veut écarter les effets que le régime pécuniaire naturel des époux va produire sur le patrimoine du défunt dont elle hérite, et elle allègue que du côté de celui-ci ou bien du côté du conjoint apparent survivant il n'y a pas eu consentement au mariage, dont ce conjoint veut maintenant se prévaloir. Un cas semblable est celui d'un tiers qui a traité avec une femme et auquel on oppose la loi de l'administration maritale, tandis que, de son côté, il offre d'établir que l'union objectée n'existait pas, faute de consentement. Notre solution est que les tiers doivent être admis à invoquer la nullité. Si, en effet, le législateur les déclarait non recevables, il s'exposerait à violer les droits pour la défense desquels ils attaquent le mariage et on ne voit point, d'ailleurs, pourquoi il lui serait permis de courir ce risque. Que l'on ne dise point, en effet, que les tiers ne peuvent pas savoir s'il y a eu ou non consentement, qu'ils ne peuvent pas lire dans l'âme des conjoints. Si cette raison était bonne, la partie elle-même qui dit n'avoir pas consenti ne pourrait pas demander la nullité, car ce n'est point sur cette parole, assurément, que des juges peuvent fonder leur conviction. Ils l'établissent

sur des faits, sur celui de violences graves, par exemple; or, apparemment, ces faits restent concluants lorsque c'est un tiers qui les invoque. Mais, dira-t-on, le consentement qui manquait d'abord a pu survenir depuis. Sans nul doute; aussi admettons-nous parfaitement que le tiers ne pourra soutenir que le mariage n'existe pas quand des faits postérieurs à ceux qu'il invoque prouveront le consentement, et pareillement il ne pourra prétendre que le mariage n'a point existé à tel moment, à celui, par exemple, où il a traité avec la femme, si des faits placent avant ce moment la ratification du pacte nuptial d'abord non réellement consenti.

A la vérité, l'article 180 du Code civil que nous avons déjà critiqué au sujet de l'admissibilité de la preuve de l'erreur renferme une règle contraire à ce que nous venons de dire. Ce texte réserve à la partie qui n'a pas été libre ou du côté de laquelle il y a eu erreur le droit d'attaquer le mariage; mais nous ne saurions l'approuver (1).

250. D'une manière plus générale, nous n'admettons point, en matière de mariage, le système des nullités relatives, c'est-à-dire des nullités que l'une des parties seulement peut invoquer. Nous ne l'admettons point en ce qui concerne les deux empêchements dirimants naturels, car nous ne saurions nous exprimer au sujet de l'impuissance autrement que nous ne l'avons fait touchant le défaut de consentement. Nous ne l'admettons point, non plus, en matière d'empêchements civils, à supposer que ceux-ci soient possibles. Il y en a d'abord cette raison : les empêchements civils véritables ne

---

(1). Article 180. « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre. — Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur. »

sont autre chose, comme nous le verrons, que des empêchements naturels qui se produisent dans l'ordre social, et par suite il n'y a pas de lien, point d'obligations conjugales. Mais veut-on écarter ce motif, et considérer comme purement civil, non suscités par le droit naturel, des empêchements que le souverain déterminera. Assez peu nous importe. Que fait le législateur qui fixant un empêchement de mariage lui donne le caractère de nullité relative ? Il institue une cause de divorce. Il veut, en effet, qu'une convention matrimoniale soit d'abord valide, puisqu'il lui fait produire des obligations pour l'une des parties, et qu'ensuite elle perde sa force. Il veut, pour prendre un exemple dans le Code civil, que le mariage conclu par un mineur sans l'autorisation de son père soit valide, jusqu'à ce que ce mineur ou son père l'attaque, mais qu'alors il soit rompu (1). Dirait-on : Le mariage sera ensuite réputé n'avoir jamais existé ? Mais précisément réputer comme n'ayant jamais existé un mariage qui a existé cependant, c'est établir une cause de divorce. Or, le souverain ne peut pas créer de cause de divorce ; il doit, au contraire, faire observer la loi de l'indissolubilité. Il le doit pour le bien des enfants s'il en existe, et s'il n'en existe pas, pour le maintien de l'ordre normal, pour la sauvegarde du principe. Sans doute, d'après ce que nous avons reconnu, le souverain pourra dans l'ordre de la nature et du droit divin positif des premiers temps, avoir le droit de sanctionner un divorce ; mais quand cela arrivera-t-il ? Quand la perpétuité de l'obligation de se prêter à l'union sexuelle avec le conjoint et, d'autre part, la

---

(1) Article 182. « Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement ».

pratique de la continence après la séparation se trouveront être trop pénibles. Or, quand il est question d'empêchements dirimants, ce n'est pas, d'après le sens de ce terme et les cas que nous avons étudiés, d'une circonstance de ce genre qu'il s'agit; il s'agit, au contraire, d'un fait contemporain de l'échange des consentements et qui va à l'encontre de leur efficacité.

Nous venons d'invoquer deux arguments contre le système des nullités relatives. Il y en a un troisième. C'est que la partie à laquelle on veut imposer les obligations conjugales subordonne son consentement à être liée au cas où l'autre partie le serait aussi. Cette clause n'a pas été formulée, sans doute, mais elle est évidente et même l'on peut dire que le contrat matrimonial la stipule, sans qu'il soit besoin de termes, grâce à sa nature : la réciprocité est de l'essence du mariage.

251. Après avoir lu cette appréciation des nullités relatives, quelqu'un qui ne connaîtrait point le langage des juristes français se croirait à l'abri de toute inexactitude en concluant que les seules nullités que nous admettions en matière de mariage sont les nullités absolues, celles, dirait-il, qui sont proposées par les deux parties. Oui, telle est la signification naturelle du terme de nullité absolue et, à la prendre ainsi, la conclusion précédente serait nécessairement irréprochable; mais si les interprètes des lois françaises donnent ce sens à l'expression de nullité absolue de mariage ce n'est qu'en le spécialisant d'une façon qui le rend, à nos yeux, inadmissible.

Ces auteurs, en effet, entendent par le terme dont il s'agit une nullité proposée, il est vrai, par toute personne, au moins en principe, mais qui n'empêche cependant, prétend-on, que le contrat se soit formé. Bref, par nullité absolue on entend encore, malgré la généralité de l'action contre le mariage, une cause d'annulabilité comme dans le cas des null-

tés relatives (Demolombe, *Traité du mariage*, tome I, N° 243) « Le mariage, même entaché d'une nullité absolue, dit notre illustre maître, n'en existe pas moins légalement tant qu'il n'a pas été annulé..... » (Tome cité, N° 240). Il est vrai que plus loin on lit : « Le mariage est nul, il n'y a pas mariage... » et qu'au traité *Des contrats*, tome I, N° 76, l'auteur adopte un autre langage : « Le contrat, dit-il, que nous appelons nul est celui qui n'a pas pu se former ; il est même plus que nul, il est inexistant : c'est un pur fait ». Mais les nullités absolues du mariage n'en restent pas moins, dans la pensée des jurisconsultes français, ce que nous avons dit. Indiquons un cas dans lequel ils voient une nullité ainsi comprise : c'est celui de l'inaccomplissement de la célébration du mariage, telle qu'elle est organisée par la loi française et qui, notamment, doit avoir lieu devant l'officier d'état civil. Mais le texte qui déclare que le mariage est nul en cette hypothèse ne dit point que la nullité doit être entendue à la manière que les commentateurs ont adoptée (1). Quoi qu'il en soit, de l'exactitude de leur interprétation sous le rapport littéral, nous la repoussons. Nous n'admettons point les nullités absolues telles qu'ils les conçoivent. Elles ne nous paraissent possibles ni au point de vue moral ni même au point de vue simplement logique. D'une part, si elles laissent le mariage valide pendant un temps, elles sont des causes de divorce comme les nullités relatives. D'autre part, la notion des nullités absolues comprises à la façon des jurisconsultes français implique contradiction. Si chacune des parties, en effet, peut demander la nullité, il n'y en a aucune qui soit

---

(1) Article 191 du Code civil. « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants, et par tous ceux qui y ont un intérêt ne et actuel, ainsi que par le ministère public »

tenue des obligations conjugales, et par conséquent il est impossible de reconnaître au mariage apparent un seul instant de validité. Il y a donc contradiction entre ces deux caractères attribués à une convention nuptiale de pouvoir être attaquée par les deux parties et d'avoir néanmoins un temps de validité. Prises avec l'idée que l'on s'en fait, les nullités absolues sont ainsi deux fois inadmissibles.

252. A parler le langage des jurisconsultes français nous n'admettons donc ni les nullités relatives ni les nullités absolues ; ce que nous admettons, pour emprunter un autre terme au langage de ces auteurs, ce sont les inexistences, c'est-à-dire des cas dans lesquels le contrat matrimonial ne se forme point, dans lesquels, par conséquent, la nullité est proposable par toute personne et ne laisse à la convention aucun instant de validité. En d'autres termes, notre manière d'entendre la nullité d'un mariage c'est celle que nous avons adoptée à propos de l'empêchement dirimant naturel d'impuissance et de celui de défaut de consentement auquel se rattachent nos présentes explications, c'est la nullité dans le sens plein de cette expression. Seulement, on raisonnerait mal si on concluait de là que contre un mariage nul le souverain peut user de la contrainte sans jugement préalable. Il faut d'abord qu'une instruction fasse la lumière ; mais, en attendant, les parties ne peuvent pas se considérer comme mariées. Nous supposons qu'elles se rendent compte de la nullité.

253. On se souvient que dans le pouvoir du souverain d'imposer l'observation de l'empêchement dirimant de défaut de consentement, nous avons distingué ces deux prérogatives : premièrement, tenir la main, d'une manière préventive ou par voie de répression, à ce que l'une des parties ne soit point forcée par l'autre de pratiquer la vie commune ou encore, s'il s'agit de la femme, la soumission au mari ; secondement, user de la force contre l'une et l'autre des parties



pour s'opposer à ce qu'elles vivent ensemble. Nous venons de traiter du premier de ces pouvoirs. Disons maintenant un mot du second.

Existe-t-il ? Nous répondons par une distinction. Le souverain ne peut contraindre les parties à se séparer quand elles ont donné, après l'apparence de convention, une marque de leur mutuel consentement au mariage ; mais il a ce droit dans le cas contraire. La première solution ne sera contestée par personne. La seconde nous la fondons, comme une autre toute pareille donnée à propos de l'impuissance, sur le caractère d'immoralité présumable que peut prendre, même après une convention matrimoniale, si elle est nulle pour défaut de consentement, la communauté d'existence des parties. Probablement on dira : — Vous raisonnez sur un cas irréalisable. Puisque les parties vivent ensemble, il est impossible de supposer qu'elle ne témoignent pas de l'accord de leurs volontés à l'effet de contracter mariage. — Non, cela n'est point impossible. Deux exemples le prouvent. Un homme et une femme ont eu la volonté de se marier, mais ils ont subordonné cette intention à l'acquisition de la faculté de délaissement ; ils ont stipulé la condition résolutoire. Est-ce que la cohabitation prouve que leurs dispositions sont changées ? Évidemment non. Ou bien, l'un des auteurs de la convention apparente est fou ; la vie commune prouvera-t-elle que la raison est revenue à l'insensé et qu'alors il a consenti ? Il y a donc encore lieu d'empêcher le scandale que donne la partie saine d'esprit en vivant avec le malheureux dont elle a osé accepter le consentement.

Outre le droit de contraindre les parties à se séparer, lorsque le défaut de consentement ne cesse pas, le souverain peut leur infliger la peine du concubinage, et il en est de même en cas de nullité pour cause d'impuissance. Réserve est faite de l'impunité de l'époux au sujet duquel il serait moralement certain qu'il ne s'est pas rendu compte de l'invalidité du contrat.

## § IX.

De l'observation forcée des empêchements  
prohibitifs naturels.

254. Nous avons rappelé ceux-ci au début de la présente section IV, et nous prions le lecteur de vouloir bien se reporter à l'énumération, trop longue pour être répétée, qui a été faite alors.

En cette nouvelle matière comme dans celle des empêchements dirimants, le souverain a indubitablement un pouvoir de sanction. Il a, en général, le droit de forcer à l'observation des empêchements prohibitifs naturels. Cette action, en effet, consiste à faire respecter une défense que la raison lit dans la volonté divine au sujet de telle et telle union. Elle consiste, dès lors, à empêcher le mal ou, au moins, si l'intention n'est pas mauvaise, la violation du droit de Dieu. Même, en ce qui concerne deux des empêchements qui nous occupent, la légitimité de la sanction a déjà été incidemment admise. Ce sont l'absence de publicité et un premier mariage existant ; nous rappelons, en effet, qu'en dehors du droit chrétien ce dernier ne nous a point paru être, malgré la loi de l'indissolubilité, un empêchement dirimant. De la sanction de ces deux empêchements, nous en avons traité, quand nous avons parlé de celle des lois de la publicité et de l'unité.

Il est un certain nombre d'empêchements prohibitifs naturels que le souverain n'a qu'exceptionnellement le droit de sanctionner. Ce sont ceux qui ne peuvent être appliqués sans une appréciation, souvent très sujette à inexactitude, des situations personnelles ou des relations de famille. A cause du péril d'erreur, joint au danger de rendre l'autorité odieuse par une immixtion trop fréquente, l'avantage à

réaliser par la sanction perd ici son importance. Ce n'est pas qu'en lui-même l'intérêt ne soit considérable ; les mariages convenablement assortis sont un grand bien, car ils garantissent la bonne formation de l'homme physique et moral. Les empêchements que nous avons ici en vue sont les suivants : la vocation du célibat, l'état maladif du futur, un choix contraire à la vocation de la personne qui le fait ou funeste à sa vertu, au soin de sa vie, à sa considération, à la condition qu'elle a, un choix portant sur une personne qui par elle-même ou par les siens mettra probablement la division entre le conjoint et la famille de celui-ci ou entre les proches du conjoint ou encore entre les deux familles intéressées, un choix nuisible au bien des enfants d'un premier lit, la détresse des parents, la pauvreté des deux futurs.

255. Cette énonciation suffit pour mettre le lecteur de notre avis quand nous disons que le souverain n'a qu'exceptionnellement le pouvoir de faire observer de tels empêchements. Même on sera très porté à nier absolument cette prérogative. Il y aurait là une exagération, selon nous. Des hypothèses peuvent se présenter dans lesquelles les inconvénients d'une intervention officielle ne sont plus rien en comparaison de l'avantage de celle-ci, à cause du caractère plus manifeste de l'empêchement. Pour justifier par des exemples cette affirmation, nous allons supposer, quoique le droit en question ne dépende pas absolument de là, que les mariages se concluent devant un agent du souverain. La situation étant telle, nous signalons différents cas où l'obstacle au mariage pourra apparaître nettement et où le souverain arrivera facilement à le faire respecter, moyennant le refus de son représentant d'assister au contrat. Que ces cas ne soient point très pratiques, ce n'est pas une objection, puisque nous parlons seulement d'un pouvoir exceptionnel. Les voici : — vocation du célibat constatée chez un ministre

du culte par un supérieur apte à connaître les dispositions de cet homme, — état maladif consistant dans une débilitation irrémédiable qui rendra certainement le mariage funeste à la personne atteinte et vicierait la santé des enfants, le mariage ne se présentant pas, d'ailleurs, comme la réparation de rapports illicites, — union entre une personne vertueuse ou de noble condition et une autre de mauvaises mœurs ou de condition vile, — mariage qui, dans des mœurs non purement hypothétiques, va allumer une guerre de famille à famille par suite de la colère de l'une qui sera privée malgré elle d'un de ses membres par l'autre, ou bien, mariage politique entre deux chefs de provinces dont l'une, destinée par une suite de cet acte à subir le joug de l'autre, se révoltera, — union d'une personne dans le veuvage avec une autre qui, par des faits caractérisés, a témoigné sa malveillance pour les enfants que l'autre partie a eus du premier lit, — union constituant un abandon complet et certain de parents qui sont notoirement dans la détresse, — mariage de personnes notoirement sans ressources et incapables l'une et l'autre de gagner, même approximativement, le nécessaire d'une famille. Dans toutes ces hypothèses l'empêchement prohibitif naturel apparaît avec assez de netteté, quoiqu'il y ait lieu de subordonner la solution à l'examen des faits, pour que l'intervention du souverain soit facile. Or, il y a, d'autre part, grave intérêt à ce que les lois qui tendent à assurer la constitution des familles dans de bonnes conditions soient, autant que possible, sauvegardées : la sollicitude du souverain sur le mariage, en même temps qu'elle prévient par la contrainte des unions condamnables et funestes, rehausse le prestige de ce contrat fondamental et enseigne le soin qui doit être apporté dans sa formation.

Ce qui nous confirme encore dans notre doctrine, c'est la législation de l'Église, de la plus sage et de la plus discrète

des autorités. Certes, nous reconnaissons qu'il n'y a point parité de situation entre cette puissance et le souverain, même pris dans l'ordre où il a la garde des intérêts moraux, dans l'ordre de la nature et du droit divin positif des premiers temps. Comme le mariage est devenu dans le christianisme un sacrement, il importe davantage qu'il ne soit contracté au mépris d'aucun empêchement prohibitif naturel ; ne faut-il pas avec plus de nécessité qu'un contrat qui procure la grâce ne soit mélangé d'aucune faute ? Mais pourtant il reste que si l'Église s'oppose en tel ou tel cas au mariage, cette attitude ne saurait être qualifiée d'immixtion en elle-même intolérable. Or précisément elle se réserve cette faculté d'opposition pour des hypothèses qui rappellent les nôtres. Dans la législation canonique, en effet, l'un des empêchements est une défense spéciale de l'Église, *Ecclesiae vetitum*, et les interprètes distinguant trois causes qui légitiment cette interdiction citent celle-ci qui paraîtra assez vaste pour embrasser tous les cas que nous avons réservés : « la nécessité d'éviter un scandale, de prévenir des rixes et des discordes » (Carrière, *De matrimonio*, tome II n° 916).

L'étendue du pouvoir de contraindre à l'observation des empêchements prohibitifs naturels a été examinée dans ce qui précède au point de vue des cas auxquels ce droit s'applique ; mais il y a lieu de considérer aussi de quelles manières il peut s'exercer. Indépendamment de la contrainte préventive et de la contrainte répressive, le souverain peut-il refuser les effets civils au mariage contracté au mépris d'un empêchement prohibitif naturel, peut-il aller jusqu'à annuler cette union ou transformer un empêchement prohibitif naturel en empêchement dirimant civil ? Nous avons déjà annoncé ces deux questions dans notre second paragraphe où nous parlions de la sanction de la loi de la publicité et traitions ainsi indirectement de l'empêchement

prohibitif naturel de l'absence de publicité. Mais maintenant le moment est venu où elles doivent être traitées puisque à présent nous considérons l'ensemble des empêchements prohibitifs naturels.

Toutefois ce n'est pas absolument dans les termes en lesquels elles viennent d'être formulées que nous les posons définitivement. Deux difficultés semblables, en effet, surgissent à propos des unions qui naturellement ne sont pas illicites. Au sujet de certaines, on peut se demander si le souverain n'a pas le pouvoir de leur refuser les effets civils, s'il ne peut pas créer, pour y mettre obstacle, un empêchement dirimant; d'un autre côté, à l'inverse, il y a à se préoccuper, comme on le verra, du refus des effets civils à un mariage qui est nul par suite d'un empêchement dirimant naturel.

Nous adoptons donc des termes généraux et nous demandons, premièrement, si le souverain peut refuser les effets civils au mariage; secondement s'il peut établir des empêchements dirimants.

Tel sera l'objet des deux paragraphes suivants.

## § X.

### **Le souverain peut-il refuser les effets civils au mariage ?**

256. Notre premier soin doit être de fixer le sens de ces deux expressions : effets civils du mariage, refus des effets civils du mariage.

Qu'entend-on par effets civils du mariage ? Ce terme est susceptible de deux significations. Dans la première, les effets civils du mariage sont les faveurs sociales, distinctions, exemptions, que tel ou tel souverain attache régulièrement à la qualité soit d'époux soit de parents ou d'enfants



légitimes. Ce sont, par exemple, une remise d'impôts, un allègement du service militaire accordés aux parents et enfants légitimes. Ainsi entendus les effets civils sont, certes, loin de n'avoir rien de naturel ou de conforme à la raison, mais, ce sont pourtant des effets qui n'existeraient point indépendamment de la volonté du souverain. Ce sont, en outre, d'après la notion même qui vient d'en être donnée, des effets accessoires. La seconde acception est beaucoup plus vaste et plus importante. Par effets civils du mariage on entend, en deuxième lieu, les droits des époux et les droits des enfants légitimes par rapport à leurs auteurs et entre eux, en tant que ces droits sont reconnus de la puissance publique. Il y a entre les deux espèces d'effets civils cette différence considérable que les droits des époux et ceux des enfants existent indépendamment de la volonté du souverain. Ils ne sont pas seulement entrevus par la raison opérant seule, ils sont dégagés et imposés par elle. La volonté du souverain est utile parfois à la réalisation de ces effets, mais ils ne lui doivent point leur établissement. Nous croyons l'avoir prouvé, en ce qui concerne les droits des époux, par notre section où les rapports personnels et pécuniaires des conjoints ont été déterminés par la raison seule. Quant aux droits des enfants nous avons déjà donné à entendre que le droit successoral, celui pour la formation duquel on est le plus porté à regarder comme indispensable l'intervention de l'autorité, existe indépendamment de la volonté du souverain.

257. Qu'est-ce maintenant que le refus des effets civils du mariage ? Il consiste d'abord à ne pas octroyer à un certain mariage les faveurs qui seraient attachées aux autres ; il consiste, secondement, à ne pas admettre relativement à certains époux et à leurs enfants les droits qui régulièrement reviennent aux conjoints et à leur postérité. Mais cette non-admission peut se présenter sous deux

formes, de telle sorte que nous arrivons à trois sens pour la locution de refus des effets civils. La première des deux formes, dont il vient d'être parlé consistera dans cette attitude : simplement ne pas prêter main-forte à la personne qui veut exercer un des droits garantis à d'autres individus en conséquence du mariage, et venir au secours de la partie contre laquelle on tenterait d'exercer ces droits par la force privée. Dans la seconde manière, le souverain sera plus agissant : non seulement il ne protégera pas les droits dérivant du mariage, non seulement il prendra, à l'inverse, la défense de celui auquel on voudrait en imposer le respect, mais il ne laissera même pas ces droits s'exercer du consentement des personnes qu'ils mettent en rapport. Par exemple, non seulement il n'aidera pas un mari à ramener sa femme au domicile conjugal et soutiendra celle-ci dans le cas où son époux voudrait la contraindre lui-même, mais il empêchera que ces deux personnes volontairement ne vivent ensemble.

Sous le premier des deux aspects que nous venons de séparer, le refus des effets civils sera l'abstention, sauf le concours prêté à celui qui veut repousser le droit que l'on essaie d'exercer contre lui en conséquence du mariage ; sous le second aspect le refus des effets civils sera l'opposition à ces effets faite spontanément par le souverain. D'un côté il y a le refus principalement passif, de l'autre le refus actif. Nous disons : principalement passif, de même que nous venons d'éviter de présenter le refus ainsi qualifié comme étant une pure abstention. On ne peut point, en effet, supposer un refus des effets civils qui consiste uniquement à ne pas prêter main-forte à la personne qui veut exercer un des droits garantis à d'autres individus en conséquences du mariage ; nécessairement cette abstention entraîne l'intervention en faveur de la partie contre laquelle on tenterait d'exercer ces droits par

la force privée. Si le souverain n'est pas pour l'une des parties il faut bien qu'il soit pour l'autre dans le cas où celle-ci résisterait serait violente par la première prétendant imposer par elle-même son droit. Autrement il y aurait guerre entre les parties ; or manifestement ce résultat est inacceptable. Plutôt que d'y aboutir mieux vaudrait sanctionner en tous cas les droits conjugaux, si fâcheux qu'ils pussent être.

La signification de nos termes une fois arrêtée, examinons la question qui fait l'objet du présent paragraphe : le souverain peut-il refuser les effets civils au mariage ? Nous répondrons d'abord en ce qui concerne les unions qui ne sont qu'illicites naturellement ou certains mariages qui n'ont pas même ce caractère ; puis, quoique ce soin doive, au premier coup d'œil, paraître plus que superflu, nous nous occuperons du droit de refuser les effets civils aux mariages frappés d'un empêchement dirimant naturel.

DU REFUS DES EFFETS CIVILS AUX MARIAGES QUI NE SONT QU'ILLICITES  
NATURELLEMENT OU A CERTAINS MARIAGES QUI N'ONT PAS  
MÊME CE CARACTÈRE.

258. Prenons-nous le refus des effets civils dans le sens seulement de non-octroi des faveurs accordés aux autres mariages ? Alors il est clair que le souverain a même le devoir de refuser les effets civils aux mariages illicites naturellement et à ceux qui n'ont pas ce caractère mais que pour le bien social il importe cependant d'empêcher. Les exemples d'unions de ce dernier genre ne sauraient être nombreux : il nous paraît, du moins, que les empêchements prohibitifs naturels atteignent à peu près tous les mariages qu'au point de vue de l'intérêt public il y a lieu de prévenir. Néanmoins nous citerons, en prévision principalement de l'hypothèse où l'autorité n'ayant pas établi de célébration civile on ne

pourrait le prévenir, le mariage du soldat, notamment lorsque celui-ci n'est pas pourvu d'une installation assez vaste pour recevoir une femme et des enfants; nous indiquerons, pour la même hypothèse, les mariages de fonctionnaires qui ne justifient pas de ressources suffisantes à donner le rang convenable aux familles qu'ils voudraient fonder.

Que décider, maintenant, si nous envisageons les refus des effets civils avec ces deux autres sens, avec le caractère, d'abord, d'absence de garantie des droits d'époux ou d'enfants, puis avec le caractère d'opposition spontanée à ces droits? Dans la première de ces acceptions le refus des effets civils, ne paraîtra point exorbitant, du moins si l'on ne considère que les cas les plus graves, mais dans le second sens il sera jugé intolérable. Effectivement, il prive les parties des satisfactions et des secours qu'il auraient pu trouver dans leur mariage et cependant il les laisse liées l'une à l'autre; finalement il les oblige donc à un état de vie qui, sauf quelques situations très rares, ne saurait être imposé indéfiniment. Aussi bien, il n'y a guère lieu d'insister sur le droit de refus des effets civils aux mariages qui ne sont qu'illicites naturellement ou à certains mariages qui n'ont pas même ce caractère. Ce pouvoir, en effet, n'a point une grande importance.

D'un côté, les souverains en possèdent, suivant nous, un plus radical, celui d'établir des empêchements dirimants et ils l'exercent plutôt. En fait d'exemples de mariages auxquels soit appliqué le simple pouvoir de refus des effets civils nous ne voyons que les mariages morganatiques.

259. D'autre part, l'ordre non chrétien qui est celui dans lequel nous nous tenons ici, selon l'idée générale de la section présente, n'est pas le plus souvent l'ordre réel. Or, si l'on se place dans le christianisme, on ne peut plus admettre comme nous venons de le faire le refus des effets civils.

La vie conjugale constitue, par suite de la grâce que le mariage procure, l'emploi d'un moyen direct de salut ; dès lors le souverain ne peut la contrarier, à moins que ce ne soit avec le consentement de l'Église qui a la garde du bien moral. Par conséquent, sauf cette permission, le souverain ne peut pas relativement à un chrétien pratiquer le refus des effets civils en tant qu'il contrarierait la vie conjugale, c'est-à-dire qu'il ne peut plus empêcher un conjoint d'user de son droit à la vie commune ni le mari d'imposer l'obéissance à sa femme. Quant au refus des effets civils qui ne contrarie pas la vie conjugale, c'est-à-dire à l'opposition aux droits pécuniaires des époux et aux droits des enfants, c'est-à-dire encore à la non-attribution à certains conjoints ou à leurs enfants de faveurs accordées régulièrement aux autres familles légitimes, le souverain devrait éviter cette attitude, si l'Église le lui demandait, car dans la recherche du bien spirituel dont elle est juge, le pouvoir civil est subordonné à la puissance religieuse.

DU REFUS DES EFFETS CIVILS AUX MARIAGES NULS NATURELLEMENT  
ET DU MARIAGE PUTATIF.

260. Cette dernière locution ajoutée au présent titre tel que nous l'avons d'abord formulé va se trouver expliquée.

Il semble vrai sans restriction que le refus des effets civils, même entendu dans le sens d'opposition spontanée aux droits résultants du mariage, est permis au souverain quand il s'agit d'une union qui naturellement n'est pas seulement illicite mais nulle. Une question assez délicate se présente cependant ; c'est à elle que nous avons pour but de répondre dans la présente étude. Lorsqu'une convention matrimoniale est naturellement nulle, mais que les parties ou l'une d'elles ont été de bonne foi, lorsqu'il y a, suivant

un terme reçu, mariage putatif, le souverain ne doit-il pas, alors même que l'inexistence du mariage vient d'être déclarée par jugement, considérer l'union comme ayant été valide et lui reconnaître, en ce qui regarde le passé, les effets civils ? Ou bien, en d'autres termes, dans l'hypothèse que nous venons de faire le souverain peut-il refuser les effets civils au point de vue du passé ?

Ce serait se méprendre beaucoup que de dire : est-ce que la question se pose, est-ce que le refus des effets civils au point de vue du temps passé, avant la sentence de nullité, répond à une réalité quelconque ? Il ne serait pas difficile d'écartier par des exemples cette difficulté préalable. Le refus rétrospectif dont il s'agit consisterait à punir les parties pour avoir vécu maritalement ensemble pendant le temps même où la nullité n'était pas encore prononcée ; ce serait ainsi une sorte d'opposition sous forme de flétrissure, à l'usage des droits conjugaux par les parties. Ce serait aussi l'opposition aux droits pécuniaires de l'un des époux par rapport à l'autre ou à une tierce personne qui ont été exercés avant le jugement ou qui se rapportent à des actes faits alors. Enfin, le refus rétrospectif des effets civils, ce serait l'opposition à la revendication des droits de postérité légitime par les enfants, quoiqu'ils aient été conçus avant le jugement de nullité. Le refus rétrospectif des effets civils à un mariage déclaré nul se traduit donc bien par des faits ; il est pratiquement possible. Mais l'est-il juridiquement ou est-il licite dans le cas que nous avons proposé, celui de la bonne foi apportée dans le contrat matrimonial nul naturellement ?

On ne nous demandera sans doute point comment cette bonne foi pourrait exister. La croyance fautive à la validité du pacte matrimonial est évidemment possible et même des deux côtés si la nullité est causée par l'empêchement d'impuissance. Dérive-t-elle du défaut de consentement ?



Alors l'ignorance de ce vice peut exister chez l'une des parties, par exemple quand c'est par suite de menaces provenant d'une tierce personne que l'autre partie a paru contracter, ou bien si le consentement a été formulé par écrit sous une contrainte matérielle. La bonne foi peut même exister des deux côtés dans le cas d'erreur, l'une des parties ne sachant pas que l'autre se trompe, ou encore dans l'hypothèse où le manque de consentement tient à la présence de certaine clause : par exemple, une condition ou un terme résolutoires qui excluent la volonté de passer le contrat dont on repousse, mais en l'ignorant, l'indissolubilité.

Par les explications qui précèdent, nous avons montré l'intérêt de notre question ; il s'accroît encore de ce qu'elle peut aussi se présenter dans le cas d'empêchements dirimants civils. Disons maintenant comment il faut la résoudre.

261. Le refus rétrospectif des effets civils aux mariages nuls mais contractés de bonne foi consisterait, d'après ce que nous avons dit, premièrement dans la répression de la vie conjugale que les parties ont menée ensemble, secondement dans l'opposition aux droits pécuniaires de l'un des époux par rapport à l'autre ou à une tierce personne qui ont été exercés avant le jugement de nullité ou qui se rapportent à des actes faits alors, troisièmement dans l'opposition à l'exercice des droits de postérité légitime par les enfants conçus avant la sentence.

Or, il est clair que l'application de la peine du concubinage à une union nulle contractée de bonne foi serait injuste ; elle ne répondrait point à un besoin social de réparation, sauf dans l'hypothèse bien peu réalisable d'une erreur générale obstinée au sujet des empêchements dirimants (Voir notre tome I, p. 456). Cette solution a déjà été donnée à la fin de notre étude sur la sanction de l'empêchement dirimant de défaut de consentement. Mais nous avons en même temps stipulé que la bonne foi fût moralement

certaine. Si, moyennant une bonne foi simplement probable, des rapports conjugaux fondés sur un contrat nul restent impunis, comme l'intention criminelle se couvre aisément de semblants de droiture, les époux apparents de mauvaise foi échapperont eux-mêmes aisément à la répression ; il y aura donc un encouragement aux rapports illicites et il sera donné non seulement à ces conjoints, mais aussi aux autres personnes, car elles se diront que la faute n'est pas plus grande s'il n'y a pas eu apparence de contrat que si cette dernière a existé. L'impunité à laquelle donne droit la bonne foi quand elle est certaine, a un corrélatif qui mérite d'être signalé. Si les époux apparents échappent, parce qu'ils se croyaient mariés, à la peine du concubinage, pour la même raison ils encourent les peines infligées aux époux qui manquent à leurs obligations, si eux-mêmes viennent à les oublier. Notamment, ils seront passibles, le cas échéant, de la peine de l'adultère. Ne donnent-ils pas le mauvais exemple de l'infidélité aux devoirs conjugaux ? Il est à peine besoin d'ajouter que si l'un seulement des époux apparents a été de bonne foi, lui seul échappe à la peine du concubinage. Nous faisons remarquer que les époux apparents de mauvaise foi ne sont pas à l'abri des peines contre les manquements aux obligations conjugales : s'il y ont manqué, ils ont donné, par le fait de la situation qu'ils avaient prise, l'exemple de l'inaccomplissement de devoirs importants.

Reste à se demander si le souverain peut faire opposition, en notre hypothèse de bonne foi, aux droits pécuniaires de l'un des époux par rapport à l'autre ou à une tierce personne qui ont été exercés avant le jugement de nullité ou qui se rapportent à des actes faits alors ; reste aussi à voir si le souverain peut contrarier l'exercice des droits de postérité légitime par les enfants conçus avant la sentence. C'est sous ces deux aspects que la question de la licéité du refus des effets civils au mariage nul conclu de bonne foi est

envisagée par les jurisconsultes. C'est donc ici, à proprement parler, la question du mariage putatif.

262. Nous répondons d'abord en ce qui concerne les droits des enfants. Il importe, en effet, au point de vue des solutions ultérieures, de voir préalablement si l'on ne doit pas reconnaître aux enfants nés du mariage putatif la même situation que si le pacte matrimonial était valide. De quoi, au juste, s'agit-il ? De savoir si le souverain peut faire opposition à ce que les enfants conçus avant le jugement de nullité soient élevés et établis selon la condition de leurs parents et à ce que l'aîné hérite ou un autre enfant, s'il y a lieu, conformément au droit successoral naturel. Nous répondons qu'il ne le peut pas. Ces faits constituent des devoirs pour les parents et il n'y a pas de motif pour que le souverain s'oppose à leur accomplissement. D'une part, en effet, dans notre hypothèse les obligations de père et de mère ne subissent pas d'altération. S'il en était autrement, la cause de cette modification serait assurément la suivante : les enfants issus du mariage nul conclu de bonne foi ne doivent pas être traités comme des continuateurs du père et de la mère, afin que les époux apparents de mauvaise foi et les concubinaires ne soient point portés à se dire qu'eux aussi pourront se perpétuer en dehors de l'union légitime. Mais cette cause d'altération des obligations paternelles et maternelles n'existe pas dans notre hypothèse telle que nous l'avons antérieurement précisée : celle d'une bonne foi certaine. En traitant leurs enfants comme légitimes, les parents qui sont dans notre cas ne portent point les autres personnes à s'assimiler à eux : elles ne peuvent penser à se considérer dans la même situation. Ainsi, d'un côté, les devoirs des parents que nous supposons ne subissent pas d'altération. D'autre part, il n'y a aucun motif pour que le souverain s'oppose à l'accomplissement de ces obligations. Ce point est connexe au précédent. S'il y avait un motif d'opposition, ce serait l'intérêt

social ; or, comme l'immoralité ne peut tirer aucun encouragement de la conduite des auteurs du mariage nul qui est certainement sincère, il reste que le bien public, dans cette hypothèse, ne demande pas que l'accomplissement des obligations ordinaires des parents soit combattu. Les enfants pourront donc être élevés et établis selon la condition de leurs parents, et l'aîné ou un autre, s'il y a lieu, héritera conformément au droit successoral naturel.

On démontrerait aisément, en se servant de notre argumentation, que les auteurs du mariage putatif tel que nous l'entendons, ont vis-à-vis de leurs enfants les droits de parents légitimes, le droit successoral notamment.

Nous avons supposé la bonne foi chez le père et chez la mère. Si elle n'a existé que d'un côté, celui des parents en qui elle a fait défaut est tenu, comme dans le cas habituel de filiation illégitime, de traiter son enfant, au point de vue de la continuation d'un homme par sa postérité, comme si cet enfant n'existait pas. Dès lors, le souverain peut faire opposition à ce que cet auteur coupable élève et établisse suivant sa condition les enfants du mariage putatif et à ce qu'il ait l'aîné ou un autre d'entre eux pour successeur. A la vérité, les interprètes du Code civil enseignent une doctrine contraire (Demolombe, *Traité du mariage*, tome I, N<sup>o</sup> 362) et il faut convenir qu'elle paraît conforme à l'article 202 du recueil que nous venons de nommer (1).

Nous avons supposé aussi la bonne foi à partir de la convention. L'hypothèse où la croyance à la validité ne viendrait que plus tard est plus difficilement réalisable, mais peut cependant se produire. Il est clair que, dans ce cas, les

---

(1) Article 202. « Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage ».

enfants conçus avant l'ignorance de la nullité ne devraient pas être traités comme légitimes. Il peut arriver également que la bonne foi cesse et surtout cesse d'être certaine avant le jugement sur l'inexistence du contrat matrimonial. Ce serait à bon droit qu'aux enfants conçus alors le souverain refuserait les avantages de la légitimité.

263. Nous arrivons aux droits pécuniaires de l'un des époux par rapport à l'autre ou à une tierce personne qui ont été exercés avant le jugement de nullité du mariage contracté de bonne foi ou qui se rapportent à des actes faits alors, comme le droit pour la femme d'invoquer la nullité d'une aliénation passée par elle sans l'autorisation maritale.

En ce qui concerne les donations qui auraient reçu un effet immédiat, nous croyons que celles-là même doivent être rapportées si l'objet existe encore. D'une part, le donateur n'a voulu avantager qu'un conjoint véritable, et d'un autre côté, ces libéralités n'étant pas réclamées par l'intérêt des enfants, il ne peut être question de les maintenir en dehors du consentement de leur auteur. Nous n'ignorons pas que nos jurisconsultes donnent une solution contraire (Demolombe, *Traité du mariage*, tome I, N<sup>os</sup> 367 et 368). À la vérité, nous admettrions le maintien de donations faites par un tiers aux enfants, à l'occasion du mariage apparent ; mais pourquoi ? Parce qu'ici la validité du mariage n'a vraisemblablement pas été une condition de l'acte. Tout ce que l'on a voulu, ça été que les enfants fussent légitimes. Seulement, on a vraisemblablement voulu que la légitimité fût complète ; la validité des donations faites par des tiers aux enfants requiert donc la bonne foi des deux époux. Nous réservons le cas d'intention contraire du donateur, pour autant que sa libéralité n'irait pas jusqu'à élever l'enfant au-dessus de la condition de l'époux de bonne foi.

Nous venons de parler des droits résultant de donations faites par l'un des époux à l'autre et nous avons dit : ces

libéralités doivent être rapportées. Mais, relativement à l'ensemble des droits pécuniaires quelconques des conjoints, c'est la solution contraire qu'il faut admettre. Le régime pécuniaire des époux comme celui qui concerne leurs propres personnes est fondé sur les exigences du bien des enfants ou du moins celui-ci en réclame l'accomplissement ; or, de même qu'il n'y a point de motif dans notre hypothèse de bonne foi certaine pour que les devoirs ordinaires des parents subissent une altération, de même il n'y a pas de raison pour que le bien des enfants ne soit pas sauvegardé par l'application du régime pécuniaire comme s'il y avait réellement mariage.

Cette sauvegarde, étant donnée la bonne foi que nous supposons, ne sera pas un encouragement aux rapports illicites.

264. Nous irons plus loin, quoique notre idée puisse paraître assez étrange. Nous estimons qu'après le jugement de nullité le régime pécuniaire naturel des époux continue à être en vigueur. Il faut seulement réserver la différence de fait que peut entraîner l'absence de cohabitation, pareillement à ce qui arrive dans le cas de séparation de corps. Le bien des enfants continue à demander l'application de ce régime et partant la raison juge que Dieu continue à l'imposer. D'où il suit que les droits dérivant de ce régime se perpétuent, et notamment que la femme, après avoir continué à recevoir son entretien, jouira du douaire si elle devient veuve. Nous objecterait-on que dans cette théorie logiquement les droits mutuels des époux sur leurs personnes devraient être reconnus, malgré la nullité de l'union, aux auteurs du mariage putatif ? Nous répondrions : la raison perçoit comme une conséquence de la possession que l'homme a de lui-même qu'il ne peut être tenu à la vie conjugale qu'en vertu de son consentement et d'un consentement qui le lie. La thèse que nous venons de soutenir ne saurait cependant être mau-



venue intégralement dans le cas où les époux apparents deviendraient, l'un ou l'autre, des conjoints véritables. Les règles que nous avons données au sujet de la veuve qui invoque devraient alors être appliquées par analogie.

265. Au sujet des droits pécuniaires conjugaux envisagés, soit pour le temps qui a précédé la sentence de nullité, soit pour le temps postérieur, que déciderons-nous si l'un des époux apparents est de bonne foi et l'autre pas ? Chacun sera traité suivant sa situation. Le premier sera maintenu dans les droits qu'il a exercés ou qui se rapportent à des actes faits avant le jugement de nullité. C'est demandé par le bien des enfants, et comme il s'agit d'une personne qui était de bonne foi certaine, il n'y a pas d'encouragement au mal dans le fait qu'elle a les droits d'un époux. Mais l'autre auteur de l'union nulle doit être traité de la façon contraire. Il n'a pas les droits pécuniaires de conjoint, car l'intérêt social serait en souffrance s'il les possédait. Dieu, dès lors, de qui provient tout pouvoir, ne les lui donne pas. Les relations illicites seraient encouragées chez les époux apparents de mauvaise foi puisque la vie conjugale offrirait pour eux des avantages. Vainement on objecterait le bien des enfants ; celui de la société l'emporte, et d'ailleurs, comme ils apparaissent avec un caractère d'illégitimité du côté de la partie qui n'est pas de bonne foi, il faut que de ce côté leur bien ne soit point procuré comme celui d'une postérité légitime. Ainsi, la personne qui nous occupe subira le régime pécuniaire naturel des conjoints et ne pourra l'invoquer. Nous ne nous enons de prouver que l'intérêt social le veut ; mais indépendamment de cette considération on admettra aisément, comme une conséquence de son attitude fautive, que l'époux apparent de mauvaise foi ait des obligations sans les droits correspondants.

266. Nous exceptons de ce qui vient d'être dit sur l'absence de droits chez le conjoint ou chez les époux apparents

non de bonne foi certaine le cas où les tiers, sans manquer de vigilance, se seraient laissé tromper au sujet des droits d'un conjoint. L'inexistence de ces droits, du pouvoir marital d'administration, par exemple, ne pourrait leur être opposée.

## § XI.

### Le souverain peut-il établir des empêchements dirimants ?

267. La question du refus des effets civils commandait d'assez nombreuses distinctions. Le point, au contraire auquel nous arrivons est simple. Il s'agit de savoir si le souverain peut faire que le droit d'exiger l'acte de la génération ou le droit conjugal, ce que l'on appelle le lien, n'existe pas dans des hypothèses où sans son intervention il se formerait.

Cette question a donné lieu à de grandes controverses. Ce sont les théologiens qui l'ont discutée et, effectivement, elle ne pouvait échapper à leur vigilance. Ils avaient à démontrer, suivant la vérité, que dans l'ordre chrétien le souverain ne peut pas établir d'empêchements dirimants de là l'idée de se demander s'il n'y avait pas lieu de renforcer cette thèse en contestant à l'autorité civile, même en dehors de l'ordre chrétien, la prérogative en discussion. Un autre intérêt d'ailleurs, appelait sur notre question l'attention des maîtres de la théologie. Suivant une remarque faite dès le début de la section présente, l'Église n'a pas de juridiction sur les mariages entre infidèles, de sorte que les pouvoirs qu'il faut attribuer au souverain sur les unions entre personnes non baptisées sont les pouvoirs qui lui appartiendraient régulièrement, abstraction faite de l'ordre chrétien. Au point de vue de la direction à donner à des infidèles devenus chrétiens après avoir conclu un mariage déclaré nul par leurs lois civiles, les théologiens ont donc

en à rechercher si, en dehors de l'ordre chrétien, le souverain pourrait établir des empêchements dirimants. Bref, il y a dans l'étude de notre question un intérêt d'argumentation et un intérêt de direction pratique. Mais nous devons signaler un fait qui entraîne la disparition du second et amoindrit le premier. Le pouvoir ecclésiastique a plusieurs fois reconnu la possibilité des empêchements dirimants civils en dehors de l'ordre chrétien ; trois documents le prouvent.

Le premier est une décision du 26 juin 1820 par laquelle la Propagande a admis la nullité d'un mariage contracté entre infidèles au Tonkin en violation de lois irritantes du pays. Le second est une instruction qui, l'année suivante, fut envoyé par la même autorité au sujet du même cas au directeur du séminaire des missions étrangères à Paris. Cette instruction est ainsi conçue :

« Quoique parmi les infidèles le mariage existe véritablement, il n'y est qu'une institution naturelle et sociale, et par suite c'est au droit naturel et au droit civil qu'il appartient absolument de le régler. Il suit de là que les princes séculiers, soit fidèles soit infidèles, conservent le pouvoir le plus entier sur le mariage des sujets infidèles, de telle sorte que s'ils établissent des empêchements qui ne sont contraires ni au droit naturel ni au droit divin, ils rescindent tout à fait ces unions non seulement quant aux effets civils mais même quant au lien conjugal » (1).

---

(1) « Licet inter infideles verum sit matrimonium, illud tamen ad naturæ et communitatis officium tantummodo referri potest, ac proinde a jure naturali et civili plane est moderandum. Sequitur hinc principes sæculares, sive fideles sive infideles, plenissimam potestatem retinere in matrimoniis subditorum infidelium, ut scilicet, appositis impedimentis quæ juri naturali ac divino adversa non sunt, eadem non solum quoad effectus civiles sed etiam quoad conjugale vinculum penitus rescindant ».

Le troisième document est une réponse du Saint-Office au vicaire-apostolique du Yun-Nam en Chine. Elle est du 20 septembre 1854. Elle suppose que le mariage d'un infidèle, avec la femme, infidèle aussi, du frère défunt de cet homme est invalide s'il est contracté dans un pays où la loi défend sous peine de mort cette union (Pour plus de détails sur les actes que nous venons de faire connaître, consulter le travail intitulé : *De competentia civili in vinculum conjugale infidelium*, auctore Adr. Resemans, Romæ, 1887. Voir aussi les *Études religieuses*, février, mai et août 1888).

Sans doute, les décisions qui précèdent n'ont point le caractère de l'infaillibilité, mais personne cependant ne supposera qu'elles seront désavouées un jour. Dès lors, l'intérêt pratique de notre question de la possibilité des empêchements dirimants civils disparaît. Et l'autre intérêt lui-même ne se trouve-t-il pas diminué? A la thèse, d'ailleurs si simple et si incontestable, de l'inadmissibilité des empêchements dirimants civils dans l'ordre chrétien, quel secours apporterait la même négation transportée dans l'hypothèse de l'abstraction de cet ordre, quand de hautes juridictions ecclésiastiques ont, au contraire, reconnu aux souverains le pouvoir de rompre le lien conjugal entre infidèles? Une satisfaction pour l'esprit, une vue complète des pouvoirs du souverain en matière de mariage en dehors du christianisme, tel est donc à peu près tout l'avantage de l'étude de la question posée. Mais il suffit, avec l'importance que celle-ci tient de son passé, pour que nous devions brièvement la résoudre.

268. Selon nous, on peut dire que le souverain a, en dehors de l'ordre chrétien, le droit d'établir des empêchements dirimants. On n'entend point par là, en effet, un pouvoir absolu, mais une prérogative réservée aux cas de mariage particulièrement nuisible. Le respect dont il faut, pour le

bien social, que le mariage soit entouré ne permet certainement pas une action plus large. Or, en ces hypothèses, à la volonté souveraine dont il s'agit correspond en Dieu, d'après le jugement de la raison, l'absence de sanction du pacte matrimonial, parce que Dieu le rejette comme contraire au bien des hommes. On nous objectera : pourquoi alors n'avez-vous admis précédemment que deux empêchements dirimants naturels, l'impuissance et le défaut de consentement, et avez-vous reconnu valides d'autres unions pourtant fâcheuses ? C'est que nous ne supposons pas la présence d'un souverain, c'est que nous nous plaçons au point de vue individuel. Nous l'avons déclaré. Sur ce dernier terrain, la raison juge que Dieu sanctionne même les unions fâcheuses, parce que, faute d'un pouvoir qui puisse combattre les appréciations capricieuses, l'incertitude planerait sur un très grand nombre de mariages, de sorte que l'absence de sanction tournerait au détriment des hommes. Mais dans l'ordre social et lorsque le souverain intervient ce motif disparaît, et l'avantage de rendre impossible les unions fâcheuses reste, pour ainsi dire, seul. Que l'on n'allègue point que si le souverain peut créer des causes de nullité parce qu'on sortira, par ses déterminations, des appréciations capricieuses, des particuliers auront le même pouvoir s'ils formulent des déterminations du même genre, et qu'ainsi on arrivera à la confusion. Il nous suffirait de rappeler que pour que les hommes soient tenus d'accepter une direction commune dans la détermination de leurs devoirs réciproques, il faut qu'elle soit efficace. Il reste donc vrai que Dieu refuse sa sanction à un pacte matrimonial que le souverain veut traiter comme nul. On peut affirmer, par conséquent, que celui-ci a le pouvoir d'établir des empêchements dirimants.

269. Toutefois n'y a-t-il pas une autre manière de parler qui est plus exacte ? Rigoureusement, le droit que nous venons

d'admettre n'est-il pas un simple pouvoir de détermination des empêchements dirimants naturels ? Nous répondons affirmativement, sous le bénéfice, toutefois, de l'explication restrictive qui va être donnée de cette doctrine. Dans l'ordre social, selon nous, les pactes matrimoniaux particulièrement nuisibles sont d'eux-mêmes nuls ; le fait de leur nocuité est un empêchement dirimant naturel. Dieu s'abstient, même avant l'intervention du souverain, de les sanctionner, par exemple, le mariage entre le père et la fille, le mariage de l'impubère, un second contrat matrimonial passé avant la dissolution du premier. Au jugement de la raison, le Créateur rejette, dans notre hypothèse de présence d'un souverain, les unions spécialement nuisibles, parce qu'elles sont telles et parce qu'il y a alors, même si elle n'agit point actuellement, une autorité pour prévenir les appréciations capricieuses au sujet de la nullité. Ou du moins, dans les cas qui ne sont pas les plus graves, comme celui de la clandestinité, Dieu ne sanctionne plus absolument la convention matrimoniale ; il ne la sanctionne que pour autant que le souverain ne la frapperait point, de telle sorte que ce n'est point de la volonté de celui-ci que vient l'initiative de la nullité. L'empêchement dirimant naturel existe déjà éventuellement. La volonté du souverain en est seulement l'occasion et, en ce sens, elle le détermine, de même que dans les cas les plus graves, elle se borne à déterminer l'empêchement en cet autre sens qu'elle ne fait qu'en fixer l'étendue. Il est donc vrai de dire que quand le souverain établit, suivant le langage ordinaire, des empêchements dirimants, c'est plutôt un pouvoir de détermination des empêchements dirimants naturels qui est exercé par lui.

270. Quoiqu'il en soit, après la double justification qui précède du pouvoir du souverain d'établir ou de déterminer des empêchements dirimants, peu importe que l'on reproduise ces anciennes objections : le souverain n'a pas comme Dieu



le pouvoir d'infirmier les volontés, — les contrats n'ont pas besoin de sa sanction pour se former, — il n'est pas le maître des corps. Nous ne nous appuyons point, en effet, sur des propositions contraires à celles-là, mais nous disons : Dieu ne sanctionne point le pacte. Nous ne sommes pas non plus arrêtés par cette considération que le mariage est, même en dehors de l'ordre chrétien, un acte religieux. Certes le caractère de chose sacrée qui appartient à l'union conjugale depuis le commencement est incontestable et nous-même l'avons mis en lumière, mais comment pourrions-nous y voir un obstacle à la prérogative en question lorsque les autorités ecclésiastiques, par des actes que nous avons cités, formellement reconnaissent ce droit ? D'ailleurs, réduit à notre propre jugement nous croirions encore que dans l'ordre de la nature et du droit divin positif des premiers temps, la qualité d'acte religieux que possède le contrat matrimonial ne rend point impossible les empêchements dirimants civils. Dans cet ordre, il n'y a pas d'autorité spéciale chargée de régler les institutions religieuses ; par conséquent, on ne voit point pourquoi Dieu, à cause du caractère sacré du mariage non chrétien, ne rejetterait pas aussi bien que si ce caractère faisait défaut et comme le demande le bien des hommes, le pacte matrimonial nuisible que le souverain veut traiter comme nul. Cependant on dira peut-être : — Il y a, même abstraction faite du christianisme, la sphère des choses temporelles et la sphère des choses spirituelles ; la puissance civile commande dans la première et non dans la seconde. Or, le mariage rentre dans l'ordre spirituel ; donc le souverain ne peut détruire ce contrat. — Oui, même dans l'ordre non chrétien, il y a la sphère des choses temporelles et la sphère des choses spirituelles, et le mariage rentre parmi ces dernières ; nous le reconnaissons, quoique l'instruction précitée de 1821 dise qu'entre infidèles le mariage n'est

qu'une institution naturelle et sociale. Mais nous nions que de ce fait dérive vraiment la conséquence que l'on en tire. L'existence des deux sphères ne peut tromper qu'un esprit plus symétrique que réfléchi. De ce qu'elles sont distinctes, il n'est pas logique de conclure que dans l'ordre non chrétien l'autorité civile qui commande dans l'une n'ait pas aussi, quand il s'agit de la détermination des devoirs réciproques, compétence dans l'autre. C'est bien plutôt le contraire qui se produit : faute d'une autorité spéciale, la distinction de sphères n'empêche que Dieu rejette, comme le demande le bien des hommes, le mariage particulièrement nuisible que le souverain veut traiter comme nul.

Nous maintenons donc que sur le terrain où nous sommes et dans la mesure indiquée le souverain a le pouvoir d'établir ou de déterminer des empêchements dirimants. En d'autres termes, il a un pouvoir de statuer sur la validité de la convention conjugale qui n'est pas limité à la constatation des deux empêchements dirimants d'impuissance et de défaut de consentement.

## § XII.

### De l'observation forcée du régime pécuniaire naturel des conjoints.

271. On sait ce que nous entendons par ce régime ; les règles dans lesquelles nous le faisons consister ont été étudiées. Le souverain a-t-il le droit d'en imposer l'application ? Oui, sans aucun doute. Devant l'accomplissement forcé d'obligations qui ont pour objet l'être humain lui-même, comme le devoir de la vie commune entre époux ou l'obéissance de la femme, on peut être porté à reculer, soit en considération des égards dus aux personnes, soit à cause de l'incertitude qui en raison même de ces égards peut naître

au sujet de l'étendue du devoir. La sanction des règles du mariage en tant qu'elle doit être défendue à l'aide de châti-ments est, elle aussi, délicate, par suite de la question de mesure qui est inévitable. Mais quand il s'agit de l'accomplissement d'obligations relatives aux biens, ces difficultés ne se présentent pas ou n'existent guère. La personne tenue n'est pas en elle-même assujettie, et si le devoir est méconnu il suffit ordinairement au bien social que sans pénalités on assure l'accomplissement de l'obligation par la mise de la force publique au service du droit. Le souverain a donc certainement le pouvoir de contraindre à l'observa-tion du régime pécuniaire naturel des conjoints, mais il se gardera bien de faire les lois dont ce dernier se compose plus absolues qu'elles ne le sont, notamment le principe de l'ontretion de la femme. Ceux-là même admettront assez notre solution qui ne croient pas à l'existence de règles imposées aux époux par la raison au sujet de leurs biens ; ils reconnaîtront que le souverain peut adopter notre régime non moins que tel ou tel autre. Mais pour nous c'est ce régime seul que le souverain peut sanctionner, sauf les ménagements que nécessiterait une disposition hostile des esprits. Le système dont il s'agit est, en effet, celui que réclame le bien des enfants, l'avenir de la famille ; or, manifestement l'autorité doit sauvegarder ces intérêts.

Comment le fera-t-elle ? Par un jugement et ensuite au moyen de la force réclamés par l'ayant-droit. Mais l'intervention de celui-ci est-elle nécessaire ? Au besoin, le souverain ne pourra-t-il, ne devra-t-il pas agir d'office ? Le plus souvent non, mais en cas de violations considérables, l'intervention du souverain par un de ses délégués, par le ministère public notamment, sera un droit et un devoir. Alors, en effet, un intérêt grave est en jeu malgré l'absence de conflit entre les parties ; le bien des enfants qui est en même temps celui des générations futures, aussi le

bien des autres familles à cause de la puissance du mauvais exemple, sont mis sensiblement en péril. Le consentement du conjoint lésé ou celui des fils déjà grands importent peu, outre que l'homme qui laisse méconnaître sérieusement ses droits enseigne l'oubli du devoir de chacun de défendre une situation qu'il a de par Dieu et dont il doit compte au Créateur, les consentements du conjoint et des enfants ne sauraient dispenser de sauvegarder le bien des générations suivantes, celui de toutes les familles compromis par la force d'un précédent et enfin l'intérêt de la société qui trouve dans la prospérité des familles son appui matériel.

272. Nous ne parlerons point séparément de l'application de chacune des règles dont le régime pécuniaire naturel des époux se compose ; mais nous devons faire remarquer une particularité qui se produira au sujet des exceptions aux lois de l'inaliénabilité et du non-engagement des biens. Lorsque, suivant ces dérogations, un conjoint voudra traiter avec un tiers, l'une ou l'autre de ces personnes ou toutes les deux tiendront très justement à s'assurer tout d'abord que l'opération ne sera point ensuite jugée nulle par l'autorité. Ils désireront donc que la question de validité soit préalablement tranchée par la justice, et le souverain ne pourra se refuser à cette anticipation. La décision qu'il rendra dans le sens affirmatif sera obligatoire pour l'époux si l'acte vient ensuite à être passé : donnée à l'avance elle n'en constituera pas moins une détermination des devoirs réciproques. De son côté, la justice, une fois rendu en dernier ressort le jugement préalable, ne pourra le retirer après que l'opération aura eu lieu. Il faut bien que les exceptions aux lois de l'inaliénabilité et du non-engagement aient leur réalité pratique, car elles tendent elles-mêmes, comme les principes qu'elles limitent, au bien des familles ; or, très difficilement des tiers se trouveraient pour acheter des époux un bien ou pour accepter d'eux un engagement si la question de

validité de l'aliénation ou de l'engagement ne pouvait être au préalable définitivement réglée.

273. Nul ne soutiendra que le jugement sur ces exceptions puisse être refusé par le souverain avant l'opération pour être rendu après ; mais certains se demanderont peut-être si ces exceptions sont telles que la justice puisse à un moment quelconque statuer à leur sujet ; leur bien-fondé, diront-ils, est-il susceptible de discernement par le juge ? Et ils en viendront ainsi à poser cette question : est-ce que les lois de l'inaliénabilité et du non-engagement, en admettant que théoriquement elles existent, ne doivent pas être laissées sans sanction par le souverain, un système intermédiaire entre une application et une inapplication absolues étant impossible ? Constater qu'il y a dans telles ou telles circonstances dérogation aux deux lois qui nous occupent est, nous le reconnaissons, un peu délicat. Ce n'est point que théoriquement les cas d'exception ne soient précis. Ce sont les faits suivants : impossibilité de pourvoir autrement que par une aliénation ou un engagement à l'existence des époux et des enfants, détresse d'un parent ou allié que l'époux propriétaire ou promettant a l'obligation de secourir, nécessité d'une aliénation ou d'un engagement pour l'établissement des enfants, avantage pécuniaire considérable devant résulter de l'aliénation ou de l'engagement, impossibilité pour les époux de tirer sérieusement parti, autrement qu'en l'aliénant ou en s'engageant à son sujet, d'un bien destiné à servir, minime importance des objets aliénés ou de l'engagement pris. Les exceptions sont donc nettement déterminées ; mais un tribunal, pour savoir si, dans le cas qu'il doit juger, celle que l'on allègue s'est produite, doit connaître, du moins presque toujours, la situation d'ensemble de la famille, son manque de ressources suffisantes. Or, c'est là une donnée qui apparaît comme peu saisissable.

274. Seulement, cette difficulté n'existe guère qu'en

théorie ; dans l'ordre réel, elle s'évanouit. Les faits donnent le plus souvent la certitude morale au sujet des moyens de la famille. D'ailleurs, il y a pour le juge un mode complémentaire de preuve : c'est le serment de l'époux qui veut aliéner ou s'engager, surtout si l'autre conjoint corrobore cette attestation. Nous n'avons pas admis que la volonté d'un époux de renoncer à un droit que lui donne le régime pécuniaire naturel des conjoints pût arrêter toujours l'action du souverain, mais que celui-ci doive encore sanctionner les lois de l'inaliénabilité et du non-engagement lorsque l'époux aliénateur ou promettant vient, en des circonstances qui rendent sa déclaration vraisemblable, jurer qu'il est dans un des cas d'exception, certes nous pouvons sans nous contredire ne pas l'enseigner. Il ne s'agit plus ici seulement d'une renonciation à un droit, mais d'une déclaration qu'on ne l'a point et d'une déclaration garantie par l'appel à Dieu qui punit le mensonge et venge l'outrage fait à son nom.

Le législateur français a reconnu par l'article 1558 du Code civil la possibilité de statuer sur l'existence d'exceptions à la loi de l'inaliénabilité qui ne sont pas sans une grande analogie avec les nôtres. Les dérogations au principe de l'inaliénabilité dotale qui sont admises par le texte que nous venons d'indiquer ne peuvent, en effet, sauf la dernière, être jugées réelles que si l'état financier de la famille est connu (1).

---

(1) Article 1558 du Code civil. « L'immeuble dotal peut encore être aliéné avec permission de justice, et aux enchères, après trois affiches, — Pour tirer de prison le mari ou la femme ; — Pour fournir des aliments à la famille dans les cas prévus par les articles 203, 205 et 206, au titre *du Mariage* ; Pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage ; — Pour faire de grosses réparations indispensables pour la conservation de l'immeuble dotal ; — Enfin lorsque cet immeuble se trouve indivis avec des tiers et qu'il est reconnu impartageable — Dans tous ces cas, l'excédent du prix de la vente au-dessus des besoins reconnus restera dotal, et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme »



## ARTICLE II.

**Du pouvoir de contraindre les tiers en vue  
du bien de la société conjugale.**

275. Par tiers nous entendons toute personne qui n'est point considérée en tant qu'elle a à observer les règles du mariage.

La division actuelle et la suivante sont fort loin d'avoir l'importance de la précédente. Mais trois motifs nous ont déterminé à les adopter, malgré le peu de développements qu'elles appellent. Il y a lieu de placer dans la première quelques solutions qui lui sont spéciales; la seconde est utile parce qu'elle renforce en les montrant sous un nouveau jour certaines conclusions de la doctrine du premier article, et enfin ces divisions en annoncent deux autres pareilles qui dans les chapitres suivants de la société paternelle et de la société de services seront inévitables et dont alors un esprit attentif chercherait l'équivalent dans la matière plus ou moins analogue du mariage.

L'idée générale qui se présente ici est que le souverain a le pouvoir de contraindre les tiers à ne pas nuire au bien de la société conjugale et celui de les contraindre à des sacrifices en vue de ce même bien.

Comme application du premier de ces deux pouvoirs il faut mentionner la répression des excitations publiques, notamment par la presse et les discours, au mépris des

règles du mariage : les attaques, par exemple, à son indissolubilité, les complicités diverses à l'impureté des personnes qui sont mariées et de celles qui ne le sont point. Certaines tolérances peuvent, sans doute, s'imposer au souverain ; il y aura lieu de faire la part du vice, de lui laisser un réduit, si on obtient par là un plus grand bien qu'à l'aide d'une lutte absolue contre l'incontinence. Mais le souverain qui laisse à celle-ci des libertés doit être attentif à voir si les exigences qui ont peut-être été réelles le sont encore, et il doit d'autant plus énergiquement poursuivre les atteintes à la chasteté lorsque c'est en dehors du terrain qui leur est concédé qu'elles se produisent. Nous n'insistons pas davantage sur le pouvoir qui vient de nous occuper. Il a, certes, une grande importance sociale et c'est pourquoi nous n'avons pu le passer sous silence, mais nous ne voyons point qu'à son sujet s'élèvent des difficultés théoriques.

Nous en venons donc au droit de contraindre à des sacrifices en vue du bien de la société conjugale. Ce droit, en principe, est indiscutable ; il dérive du devoir des citoyens de faire des sacrifices à l'intérêt commun et d'accepter pour la détermination de leur devoir de contribution au bien public une direction commune efficace. Même il a, si on examine de près, une conséquence multiple très importante qui nous est déjà connue. Ce sont les droits contre les enfants naturels. Les mesures que le souverain prend contre eux quand il les empêche de recevoir ou de prendre le nom de famille du père, d'être élevés dans une condition plus qu'infime, de recueillir l'héritage paternel, toutes ces incapacités qui frappent des tiers, dans le sens que nous avons attribué à ce terme, sont légitimes, parce que les bâtards doivent à la société d'accepter la situation que nous leur avons assignée. Ils doivent faire ce sacrifice pour que la loi du contrat préalable soit respectée, ou, dans le même sens, pour le bien de la société conjugale, pour qu'elle soit en

honneur. Mais nous ne revenons pas sur les droits contre les enfants naturels; ils ont été examinés dans notre étude sur la recherche de la paternité.

D'autres applications moins importantes et moins inévitables du pouvoir de contraindre les tiers à des sacrifices en vue du bien du mariage peuvent être indiquées : contraindre à aider, au moyen d'encouragements fournis par une contribution publique, à ce que les personnes pauvres vivant ou non dans l'inconduite se marient, faire participer aux frais d'une propagande qu'il y aurait lieu d'organiser en faveur des règles du mariage, pareillement forcer à contribuer à des récompenses destinées à encourager les familles nombreuses et à détourner ainsi des pratiques frauduleuses de la stérilité volontaire. A notre prérogative se rattache encore le droit de contraindre les citoyens à procurer avec les deniers publics l'assistance aux époux pauvres. Mais l'étude de ce pouvoir ou la question de l'assistance légale ne peut que gagner à être renvoyée au chapitre de la société paternelle. Cette question, en effet, ne prend toute son importance que lorsqu'on se met en face de la société domestique complète.

---

## ARTICLE III.

**Du pouvoir de contraindre la société conjugale  
en vue du bien de l'État.**

---

276. Cette nouvelle prérogative apparaît à l'esprit comme une compensation pour les tiers obligés de subir la précédente ; mais, à vrai dire, ceux-ci sont souvent des époux que l'on ne considère point en tant qu'ils ont à observer les règles du mariage. Dès lors, le pouvoir dont il s'agit maintenant pèse en grande partie sur des personnes déjà atteintes par celui qui vient de nous occuper. Plutôt que réciprocité entre ces deux droits, il y a changement de but, les personnes obligées restant sensiblement les mêmes. Et encore, en définitive, le but, l'intérêt à satisfaire était déjà dans l'article précédent le bien de l'État, car celui de la société conjugale doit son importance à ce qu'il est compris dans l'intérêt public.

Quelles sont les applications du droit de contraindre la société conjugale en vue du bien de l'État ? Nous indiquons la suivante : si la société conjugale est propriétaire elle peut être imposée au profit des intérêts publics ; mais nous devons ajouter que suivant la doctrine que nous avons établie à la section XVI du chapitre de l'État, une association propriétaire n'est jamais autre chose que les associés propriétaires eux-mêmes suivant des règles particulières relatives à la faculté de partage et aux dettes. Deux autres

exemples sont, d'une part, celui de la nécessité imposée de publications préalables au mariage destinées à provoquer la révélation d'empêchements, et d'autre part celui d'un veuvage prolongé imposé au conjoint survivant. A ces applications doivent être ajoutés accessoirement tous les droits relatifs à la sanction des règles naturelles du mariage, car sans nul doute l'observation de ces lois importe extrêmement à l'État.

---

## SECTION V.

EXAMEN DE LA LÉGISLATION MATRIMONIALE FRANÇAISE  
AU POINT DE VUE DE L'ORDRE NON CHRÉTIEN.

---

277. Dans la section précédente souvent nous avons exposé et apprécié cette législation, à propos de tel ou tel pouvoir que nous attribuions ou refusions au souverain. Ici c'est à un examen d'ensemble que nous devons procéder.

Nous avons distingué trois prérogatives générales qui appartiennent au souverain en matière de mariage : contraindre à l'observation des règles du mariage, contraindre les tiers en vue du bien de la société conjugale et contraindre celle-ci en vue du bien de l'État; mais on ne s'étonnera nullement que nous ne nous arrêtions point à rechercher quel est dans notre législation l'exercice de ce dernier droit, assez peu important comme on l'a vu à la page précédente, et quant à celui qui existe contre les tiers nous pouvons nous borner à mentionner ici que la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, dans son article 28, punit l'outrage aux bonnes mœurs (Dalloz, 1881, IV<sup>e</sup> partie, page 65.) Elle frappe donc, mais actuellement ce n'est guère qu'une menace, les écrits où les lois matrimoniales sont attaquées.

Qu'est la législation française au point de vue de la sanction des règles du mariage, telle est la question qui va seule nous occuper. Les textes dont nous allons parler appartiennent tous au Code civil, sauf quelques exceptions



qui seront indiquées. Les attentats à la pudeur commis avec violence ou même sans violence, mais seulement, en ce dernier cas, si la victime a moins de treize ans, l'excitation habituelle de mineurs à la débauche, sont punis par les articles 331, 332 et 334 du Code pénal; au contraire, ni le concubinage ni la séduction ne sont réprimés (1). Les articles 340 et 342 du Code civil défendent la recherche de la paternité, et l'article 341 qui permet, en général, la recherche de la maternité gêne à tort cette action en exigeant un commencement de preuve par écrit (2). La loi française permet

---

(1) Article 331 du Code pénal. « Tout attentat à la pudeur consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de treize ans, sera puni de la réclusion. — Sera puni de la même peine l'attentat à la pudeur commis par tout ascendant sur la personne d'un mineur, même âgé de plus de treize ans, mais non émancipé par mariage ».

Art. 332. « Quiconque aura commis le crime de viol sera puni des travaux forcés à temps. — Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira le maximum de la peine des travaux forcés à temps. — Quiconque aura commis un attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou l'autre sexe, sera puni de la réclusion. — Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira la peine des travaux forcés à temps ».

Art. 334. « Quiconque aura attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt-un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs. — Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de deux à cinq ans d'emprisonnement, et de trois cents francs à mille francs d'amende ».

(2) Art. 340 du Code civil. « La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant ».

Art. 341. « La recherche de la maternité est admise. L'enfant qui

au père qui a reconnu son enfant naturel de donner à celui-ci son nom de famille, elle lui laisse aussi toute liberté d'élever le bâtard au-dessus d'une condition infime. En vertu des articles 757 et 758, les enfants illégitimes recueillent une portion même notable, de la succession des père et mère qui les ont reconnus ; il est vrai qu'ils ont simplement droit au nécessaire en cas de détresse. Meilleurs sont les articles 762 et 763 d'après lesquels l'enfant adultérin ou incestueux ne reçoit que des aliments, lesquels ne peuvent être réclamés, c'est là du moins une interprétation autorisée, que si l'ayant droit est dans le besoin (Demolombe, *Traité des successions*, tome II, n° 127 (1). Nous critiquons et l'article 765 qui fait des parents naturels les héritiers de leur enfant mort sans postérité et pareillement l'article 766 qui appelle les

réclamera sa mère, sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. — Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit ».

Art. 342. « Un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, dans le cas où, suivant l'article 335 (relatif à la filiation incestueuse ou adultérine), la reconnaissance n'est pas admise ».

(1) Article 757. « Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés est réglé ainsi qu'il suit : — Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime ; il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères ou sœurs, il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères, ni sœurs ».

Art. 758. « L'enfant naturel a droit à la totalité des biens, lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parents au degré successible ».

Art. 762. « Les dispositions des articles 757 et 758 ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux. — La loi ne leur accorde que des aliments ».

Art. 763. « Ces aliments sont réglés, eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes ».

enfants illégitimes d'une même personne à la succession les uns des autres. C'est faciliter l'élévation du bâtard au-dessus de la condition infime qui doit être la sienne; c'est aussi, par là même, donner un certain encouragement à la procréation d'enfants en dehors du mariage (1).

Les articles 229 à 232 combinés avec l'article 306 sont trop larges dans la détermination des causes de séparation de corps (2). Celles-ci ont, en outre, dans le système du Code civil, un effet perpétuel qui est excessif. Nous regrettons qu'un texte ne maintienne pas le bon conjoint dans la maison de l'autre quand c'est le premier qui a la garde des enfants. L'article 311 qui veut que la séparation de biens

(1) Article 765. « La succession de l'enfant naturel décédé sans postérité est dévolue au père ou à la mère qui l'a reconnu; ou par moitié à tous les deux s'il a été reconnu par l'un et par l'autre ».

Article 766. « En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus passent aux frères ou sœurs légitimes, s'ils se retrouvent en nature dans la succession; les actions en reprise, s'il en existe, ou le prix de ces biens aliénés, s'il est encore dû, retournent également aux frères et sœurs légitimes. Tous les autres biens passent aux frères et sœurs naturels, ou à leurs descendants ».

(2) Article 229. « Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme ».

Art. 230. « La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune ». On sait que depuis la loi du 27 juillet 1884, le législateur français n'exige plus que l'on puisse reprocher au mari infidèle cette circonstance aggravante.

Art. 231. « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un d'eux envers l'autre ».

Art. 232. « La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce ».

Art. 306. « Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps ».

résulte toujours de la séparation de corps est une exagération (1). Même quand il n'est pas accompagné de circonstance aggravante l'adultère du mari devrait être réprimé, sauf à l'être alors moins que celui de la femme. L'article 339 du Code pénal qui ne punit l'époux infidèle que si la concubine a été entretenue dans la maison conjugale est trop facile. Le même article 339 et pareillement les articles 336 et 337 du recueil que nous venons de citer réservent exclusivement la poursuite au conjoint de l'adultère et ils donnent au mari de l'épouse coupable le droit « d'arrêter l'effet de la condamnation en consentant à reprendre sa femme ». Nous critiquons ces restrictions à un châtement que le bien public réclame. Nous repoussons la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce (Dalloz, 1884, IV<sup>e</sup> partie, p. 97).

Le législateur devrait avoir un autre moyen que les dommages-intérêts, notamment la retraite momentanée dans un lieu moralisant, pour punir et prévenir les atteintes graves à l'autorité maritale.

Nous ne comprenons point que le Code civil ne voie pas dans l'impuissance un empêchement dirimant. Nous critiquons l'article 180 (2) en tant qu'il autorise le juge à admettre le défaut de consentement par suite d'erreur sur la personne civile, peut-être même sur des qualités non constitutives de cette dernière, en dehors des deux cas suivants : il y a eu réserve expresse du consentement au cas d'absence d'er-

---

(1) Art. 311. « La séparation de corps emportera toujours séparation de biens ».

(2) Article 180. « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux ne peut être attaqué que par les époux ou par celui des époux dont le consentement n'a pas été libre. — Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur ».

neur, — la personne que l'on déclarait vouloir épouser était inconnue physiquement. L'article 180 est mauvais aussi en ce qu'il admet le système des nullités relatives. L'article 182 a le même tort (1). D'après les interprètes, les articles 184 et 191 consacrent le système des nullités dites absolues; à ce titre, ces dispositions doivent également être repoussées (2). Mais nous ne reprochons pas à l'article 182, dans l'ordre non chrétien, de faire de l'absence du consentement des parents un empêchement dirimant. Nous approuvons aussi que l'article 184 établisse en se référant aux articles 144, 147, 161, 162 et 163 les empêchements dirimants d'impuberté, d'existence d'un premier mariage et de parenté en ligne directe à l'infini et en ligne collatérale jusqu'au troisième degré qui est même une limite trop rapprochée (3). Il

(1) Article 182. « Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, dans le cas où le consentement était nécessaire ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement ».

(2) Article 184. « Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont un intérêt soit par le ministère public ».

Article 191. « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement et qui n'a point été contracté devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public.

(3) Article 144. « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ».

Art. 147. « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

Art. 161. « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels et les alliés dans la même ligne ».

Art. 162. « En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels et les alliés au même degré ».

Art. 163. « Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, l'aïeule et le neveu ».

est admissible aussi sur le terrain où nous sommes présentement que l'article 191 fasse du manque de la cérémonie civile organisée par la législation française une autre cause de nullité.

Cette législation fait bien de sanctionner par les articles 173, 174 et 175 l'empêchement naturel prohibitif de défaut de consentement des parents même lorsqu'elle n'attribue point à ce défaut un effet irritant. L'article 228 qui impose à femme un veuvage de dix mois est en partie la sanction d'un empêchement prohibitif naturel et en partie l'imposition d'une convenance sociale (1). Des lois spéciales édictent encore licitement des empêchements prohibitifs au sujet du mariage des soldats sous les drapeaux et de certains fonctionnaires. C'est justement que l'article 192 du Code civil oblige les futurs à deux publications préalables de leur projet de mariage (2). Mais cet ensemble de dispositions au sujet des empêchements prohibitifs est incomplet, même si l'on admet, comme quelques arrêts l'ont jugé autrefois, que l'opposition des ascendants peut être maintenue par la justice en dehors des causes d'opposition légalement déterminées c'est-à-dire des cas d'infraction à la loi civile (Demolombe, *Traité du mariage*, tome I, n° 140). Les autres personnes, en effet, que le Code autorise à faire opposition ne peuvent agir ainsi que dans le cas de polygamie

(1) Article 228. « La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent ».

(2) Article 192. « Si le mariage n'a point été précédé des deux publications requises, ou s'il n'a point été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits dans les publications et célébrations n'ont point été observés, le procureur de la République fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder trois cents francs, et contre les parties contractantes ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnelle à leur fortune ».



s'il s'agit d'un conjoint abandonné, et dans les cas soit de défaut de consentement de la famille soit de démence du futur, s'il s'agit du frère ou de la sœur, de l'oncle ou de la tante, du cousin ou de la cousine germains, du tuteur ou du curateur. Un droit général d'opposition devrait être reconnu à ces personnes et même à toutes autres, sous la réserve du châtement dû au téméraire plaideur, pour tous les cas d'empêchement prohibitif naturel ou civil (1).

L'article 202 a tort d'attribuer une légitimité complète à l'enfant né d'un mariage nul qu'une seule des parties a conclu de bonne foi. Nous critiquons aussi l'article 201 en tant qu'il prescrit implicitement le maintien des donations entre les époux apparents (2).

(1) Article 192. « Le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes ».

Art. 173. « Le père et, à défaut du père, la mère, et, à défaut de père et de mère, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis ».

Art. 174. « A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains majeurs, ne peuvent former aucune opposition que dans les deux cas suivants : — 1° Lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'article 160, n'a pas été obtenu ; — 2° Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux ; cette opposition, dont le tribunal pourra prononcer mainlevée pure et simple, ne sera jamais reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement ».

Art. 175. « Dans les deux cas prévus par le précédent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition qu'autant qu'il y aura été autorisé par un conseil de famille qu'il pourra convoquer ».

(2) Article 201. « Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi ».

Art. 202. « Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage ».

Il nous resterait à parler des lois françaises relatives aux rapports pécuniaires des époux, mais nous l'avons déjà fait. C'était immédiatement après l'exposé compliqué du régime pécuniaire naturel des conjoints qu'il fallait rapprocher de celui-ci le titre du Code civil qui traite « *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux* ».

En résumé, notre législation n'applique que mollement et parfois elle viole, gravement même, les règles du mariage.

Il faut aussi regretter qu'elle ne sanctionne point le contrat de fiançailles. Ce serait un moyen de prévenir les fréquentations déloyales et d'assurer le respect de la femme.

## SECTION VI.

## DES POUVOIRS DE L'ÉGLISE EN MATIÈRE DE MARIAGE.

---

278. Dans un chapitre spécial du tome I nous avons exposé en termes généraux, sans nous attacher à une matière déterminée, les prérogatives de la puissance religieuse. Ici nous n'avons qu'à faire application de cette théorie au sujet actuel. Indiquer les formes que prennent par rapport au mariage les droits de l'autorité ecclésiastique, telle est notre tâche.

Nous avons reconnu à l'Église le pouvoir de déléguée générale de Dieu pour procurer le bien des âmes. Elle a donc tout pouvoir pour faire servir le mariage au salut des hommes. A ce pouvoir, il n'y a rien à ajouter ; l'Église, en effet, n'a pas la garde des intérêts moindres du temps. Mais le droit dont il s'agit en comprend beaucoup d'autres, de même que dans la prérogative à laquelle il se rattache nous en avons distingué sept sans cesser de nous tenir au point de vue général. Nous allons les retrouver tous ici avec des applications d'inégale importance.

279. Nous avons dit en premier lieu : l'Église a le pouvoir d'offrir le saint sacrifice et d'administrer les sacrements. Cette manière de parler qui est exacte quand il s'agit des sacrements en général, l'est-elle pour le mariage ? Nous ne le pensons pas, puisque d'après l'enseignement le plus sûr, ainsi que nous l'avons vu, c'est le contrat matrimonial lui-

même qui est signe de la grâce ou sacrement ; de telle sorte que, ce sont les époux eux-mêmes qui sont les ministres du sacrement de mariage. Mais l'autorité religieuse contribue cependant à cet acte : elle offre habituellement le lieu où il s'opère et y assiste. Or, en ce sens, l'Église a le pouvoir d'administrer le sacrement de mariage, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être empêchée d'agir ainsi. La conclusion du pacte nuptial dans la maison de Dieu et la présence d'un prêtre qui bénit au nom du Tout-Puissant les nouveaux époux ne sont-ce pas des garanties de fidèle observation des lois conjugales, ne sont-ce pas, dès lors, des gages de salut ?

280. Secondement, comme l'Église a le pouvoir d'enseigner les vérités dont la connaissance importe à notre sanctification, elle a le droit d'enseigner que le contrat matrimonial est un sacrement, d'affirmer et de rappeler les règles du mariage, de faire connaître les pouvoirs qui lui appartiennent sur cette institution, soit ceux dont il vient d'être parlé, soit les autres, en beaucoup plus grand nombre, qui doivent encore être indiqués.

281. Nous arrivons, en effet, en troisième lieu, à ce pouvoir très complexe de prendre en toute matière et en toute occasion les décisions ou autres mesures réclamées par le bien des âmes. De ce droit découlent, dans l'ordre législatif et en notre matière, plusieurs prérogatives que nous devons dégager.

L'Église peut établir des empêchements dirimants en tant que leur but est de servir le bien moral soit par la pureté conservée aux affections de famille, soit par l'impossibilité de certaines unions qui seraient contraires au devoir des parties, qui favoriseraient le vice ou qui en seraient la récompense. A titre d'exemples nous signalerons les empêchements de parenté, de vœu solennel, de clandestinité, de crime d'adultère. Et la question de savoir si un empêche-

ment dirimant que la puissance religieuse a établi importe vraiment au bien moral, le chrétien doit par une présomption la trancher affirmativement. Toutefois cette présomption à laquelle l'Église créant une cause de nullité a droit n'est pas absolue. En cas d'absence manifeste d'utilité d'un certain empêchement dirimant au point de vue du bien moral, le chrétien pourrait tenir pour non-venue la décision qui établirait cet empêchement. Mais c'est là une réserve que la sagesse de l'Église assistée de Dieu réduit à une existence purement théorique. Nous la faisons seulement pour ne pas permettre de dire que dans notre exposé des pouvoirs de l'Église en matière de mariage nous dépassons la mesure de ce qui est raisonnable.

282. Nous avons justifié la prérogative qui nous occupe en la rattachant au pouvoir général de la puissance religieuse de prendre toute décision que le bien spirituel réclame ; et ce dernier droit lui-même, outre qu'il est fondé sur les paroles par lesquelles Notre-Seigneur donna à ses Apôtres le pouvoir de lier et de délier, dérive de la délégation générale donnée à l'Église quand il lui a été dit : « Comme mon Père m'a envoyé je vous envoie » (St-Jean, XX, 21). Ces points de départ une fois admis, la conclusion doit paraître indiscutable. Il y a cependant une difficulté que, malgré notre incompétence dans les questions théologiques, nous devons prévoir. Sans doute l'Église est l'héritière des pouvoirs de Jésus-Christ, mais à l'effet de continuer son œuvre et non d'y porter atteinte. En particulier, elle ne peut point infirmer un sacrement ; à un acte dont le Sauveur a fait un signe de la grâce elle ne peut enlever ce caractère. Or, le contrat matrimonial est devenu un signe de la grâce, et, d'autre part, l'Église en l'annulant lui enlève son efficacité : il cesse de conférer la grâce puisqu'il n'existe plus. La réponse est assez aisée. L'idée très vraie que l'Église ne peut infirmer un sacrement n'est nullement en opposition

avec le droit de cette puissance d'établir des empêchements dirimants. En effet, de l'idée que l'Église ne peut infirmer un sacrement que résulte-t-il ? Que cette autorité ne peut faire que tout à la fois le contrat de mariage existe et ne confère point la grâce. Or, créer une cause de nullité du pacte nuptial, c'est faire que dans l'hypothèse où l'on intervient il n'y a pas contrat ; ce n'est donc point enlever au contrat de mariage sa vertu surnaturelle. Que l'on ne dise pas : Il n'est au pouvoir de personne de faire qu'un contrat ne se forme point, du moment qu'il y a volontés échangées, car le contrat n'est pas autre chose que cet échange de consentement ? Non ; le contrat se compose d'une autre partie essentielle : la sanction divine. Or, Dieu refuse cette sanction quand pour le bien moral et d'après une décision de l'Église il faut que le contrat ne se forme point. Dieu veut, en effet, le bien moral, et quand c'est l'Église qui empêche radicalement un mariage pour la sauvegarde de cet intérêt, Dieu refuse la sanction des volontés échangées parce que c'est l'autorité déléguée par lui en matière de salut qui a décidé. Cette manière de raisonner est analogue à ce que nous avons dit du pouvoir du souverain, dans l'ordre non chrétien, d'établir des empêchements dirimants. Mais indépendamment de l'analogie dans les arguments, il y en a une autre dans les situations ; aussi, sans plus d'examen, beaucoup se diront-ils justement qu'un pouvoir sur le lien matrimonial qui appartient au souverain dans l'ordre non chrétien, l'Église, dans l'ordre chrétien, ne peut pas ne pas l'avoir.

Pour répondre à l'objection tirée de l'impossibilité où est l'Église de priver le contrat nuptial de son effet surnaturel on dit encore : L'autorité religieuse ne peut point, il est vrai, toucher au contrat, mais il lui appartient de rendre les parties incapables de le passer.

Au surplus, l'existence du droit de l'Église d'établir des



empêchements dirimants est certaine pour cette raison supérieure qu'elle a été affirmée par la même puissance agissant comme autorité infaillible. Dans les actes du concile de Trente, le canon IV de la session XXIV est ainsi conçu :

« Si quelqu'un dit que l'Église n'a pu établir des empêchements dirimants de mariage ou qu'elle a erré dans leur établissement, qu'il soit anathème » (1).

Dans l'encyclique *Arcanum* déjà fort souvent citée, nous lisons :

« C'est donc à bien bon droit que dans le concile de Trente il a été défini que l'Église a le pouvoir d'établir des empêchements dirimants et que les causes matrimoniales concernent les juges ecclésiastiques » (2).

Pareillement, la soixante-huitième des propositions condamnées du *Syllabus* est la suivante : « L'Église n'a pas le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage, mais ce pouvoir appartient à l'autorité civile par qui les empêchements existants peuvent être levés (3).

Ainsi, le fait que le mariage est devenu un sacrement n'est point un obstacle au droit qui nous occupe. Il y a plus. Dès lors que ce fait n'est point un obstacle à la prérogative du pouvoir religieux en matière d'empêchements dirimants,

(1) Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia vel in iis constituendis errasse, anathema sit».

(2) « Igitur jure optimo in concilio Tridentino definitum est in Ecclesiæ potestate esse impedimenta matrimonium dirimentia constituere, et causas matrimoniales ad iudices ecclesiasticos spectare » (*Sanctissimi Domini nostri Leonis Papæ XIII allocutiones. etc.*, 1<sup>er</sup> vol. p. 127).

(3) « Ecclesia non habet potestatem impedimenta matrimonium dirimentia inducendi, sed ea potestas civili auctoritati competit, a qua impedimenta existentia tollenda sunt ».

il est, au contraire, pour elle une cause de justification. Le contrat nuptial étant devenu un sacrement, quand il nuit à l'intérêt moral il l'atteint d'une manière plus grave. Il est, en effet, de nature à diminuer, à cause des conditions défectueuses dans lesquelles il se présente, le respect et l'attachement pour une institution qui fondée par Jésus-Christ commande davantage le respect et l'amour.

Mais, d'autre part, ce serait une erreur de croire que le pouvoir de l'Église d'établir des empêchements dirimants, et également les prérogatives qui nous restent à étudier, tiennent au caractère sacramentel du mariage. Il serait faux de prétendre que l'Église ne peut sauvegarder, au sujet d'un certain contrat, le bien moral, que si ce contrat est un sacrement. Il n'est même pas nécessaire qu'il soit, comme l'a été le mariage dès le commencement, un acte religieux. C'est en toute matière, en effet, et avec présomption de compétence que l'Église peut procurer le bien moral. Elle est, dans l'œuvre du salut, la déléguée du Fils de Dieu qui a dit : « Tout pouvoir m'a été donné. Comme mon Père m'a envoyé, je vous envoie ».

283. Nous passons maintenant à d'autres conséquences du droit de l'Église de prendre en matière de mariage les mesures que l'intérêt spirituel réclame. Il y a le pouvoir de créer en vue de cette fin des empêchements simplement prohibitifs, par exemple celui de l'absence de bans. Ces empêchements l'autorité religieuse peut en garantir l'observation par l'indiction de peines contre les contrevenants et aussi, puisqu'elle peut établir des empêchements dirimants, par la nécessité, imposée à peine de nullité, de la présence du curé au mariage et en même temps par l'obligation faite à ce ministre du culte de refuser son intervention s'il constate qu'un empêchement prohibitif s'oppose au mariage auquel il est appelé.

284. L'Église a le pouvoir de décider par des lois ou actes

analogues, notamment par les réponses et instructions des congrégations romaines, que le mariage est valide dans telle ou telle hypothèse, ou pareillement qu'il est frappé de nullité naturelle. Le bien moral, en effet, demande que le mariage soit respecté lorsqu'il existe réellement, et de même, s'il est nul, que les parties le sachent afin qu'elles ne pratiquent point un genre de vie qui serait facilement un scandale ; or l'Église est la gardienne du bien des âmes. Nous ferons encore remarquer ici que le caractère sacramentel du mariage vient corroborer notre démonstration. Le mariage étant une cause de la grâce, il importe davantage au salut que l'existence de ce contrat soit proclamée quand il est réel, afin que l'on profite du secours divin, et pareillement que la nullité ne reste pas sans être déclarée afin que le sacrement ne soit pas déprécié par la confusion qui autrement en serait faite avec un acte nul. Mais aussi, d'autre part, nous renouvelons cette observation que même si le mariage n'était pas un sacrement, l'autorité religieuse serait compétente pour le déclarer soit valide soit nul, quand elle estime qu'il l'est, parce que le bien moral peut demander que la réalité ou la nullité d'un certain mariage soit mise hors de doute, et que l'Église a mission pour sauvegarder ce bien. Déjà nous avons fait connaître un cas d'exercice du pouvoir qui vient de nous occuper, quand nous avons cité trois actes de congrégations romaines relatifs à des mariages contractés au Tonkin et en Chine en violation des lois en même temps naturelles et civiles.

285. Pareillement, l'Église a le pouvoir de formuler, appliquer et sanctionner toutes les règles du mariage, en tant qu'elles intéressent le bien moral. Elle agit, en effet, ainsi en gardienne de l'intérêt spirituel. Le concile de Trente a fait usage de ce pouvoir, quand il a, dans les décisions que nous allons citer, prononcé anathème contre les contempteurs des lois de l'unité et de l'indissolubilité.

Le canon II de la session vingt-quatrième du concile de Trente est ainsi conçu :

« Si quelqu'un dit qu'il est permis aux chrétiens d'avoir ensemble plusieurs épouses et qu'aucune loi divine ne le défend, qu'il soit anathème » (1).

Les canons V et VII de la même session s'expriment en ces termes :

« Si quelqu'un dit que par suite de l'hérésie, de la cohabitation difficile à supporter, de l'absence obstinée du conjoint, le lien du mariage peut être dissous, qu'il soit anathème » ;

« Si quelqu'un dit que l'Eglise se trompe lorsqu'elle enseigne, comme elle a enseigné, selon la doctrine de l'Évangile et des Apôtres, que l'adultère de l'un des conjoints ne permet pas de dissoudre le lien du mariage, que ni l'un ni l'autre, même l'époux innocent qui n'a pas donné de prétexte à l'adultère, ne peut, du vivant du conjoint, contracter un autre mariage, et qu'il y a fornication de la part soit de l'homme qui après avoir répudié sa femme adultère en épouse une autre, soit de la femme qui ayant répudié son conjoint adultère se marie à un autre ; qu'il soit anathème » (2).

On voit également le chapitre VIII du décret du concile de Trente sur la réforme du mariage édicter ou maintenir

(1) « Si quis dixerit licere Christianis plures simul habere uxores et hoc nulla lege divina esse prohibitum, anathema sit ».

(2) « Si quis dixerit, propter heresim, aut molestam cohabitationem, aut affectatam absentiam a conjuge, dissolvi posse matrimonii vinculum, anathema sit ».

« Si quis dixerit Ecclesiam errare cum docuit et docet, juxta Evangelicam et Apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum matrimonii vinculum non posse dissolvi, et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere, mœcharique eum qui, dimissa adultera, aliam duxerit, et eam quæ, dimisso adultero, alii nupserit, anathema sit ».

des peines même temporelles contre l'adultère de l'homme et de la femme :

« Il y a péché grave si des hommes non mariés ont des concubines ; mais très grave est la faute et elle tourne en mépris singulier du grand sacrement de mariage, si les hommes mariés eux aussi vivent dans cet état de damnation et osent, comme il arrive parfois, nourrir et garder chez eux leurs concubines avec leurs épouses. C'est pourquoi la sainte assemblée, afin d'apporter à un si grand mal un remède efficace a pris la décision suivante : Les concubinaires tant non mariés que mariés, quels que soient leurs état, dignité et condition, si après avoir été avertis trois fois par l'Ordinaire, même d'office, ils ne renvoient pas leurs concubines et ne mettent pas fin à leurs relations avec elles, devront être frappés d'excommunication, et ils n'en seront absous qu'autant que réellement ils auront obéi à l'injonction qui leur aura été faite. Que si, au mépris des censures, ils demeurent dans le concubinage pendant une année, il sera procédé contre eux par l'Ordinaire avec sévérité, en considération de la gravité du crime. Les femmes, soit mariées, soit non mariées, qui vivent publiquement avec des adultères ou des concubinaires, seront averties trois fois ; si elles n'obéissent pas, les Ordinaires compétents, même non requis à cet effet, d'office leur infligeront des peines graves proportionnées à la faute. Elles seront en outre, si les mêmes Ordinaires le jugent bon, expulsées de la ville ou du diocèse, après appel fait, s'il en est besoin, au bras séculier. Les autres pénalités contre les adultères et les concubinaires restent en vigueur » (1).

---

(1) « Grave peccatum est homines solutos concubinas habere : gravissimum vero et in hujus magni sacramenti singularem contemptum admissum uxoratos quoque in hoc damnationis statu vivere ac audere eas quandoque domi etiam cum uxoribus alere et retinere. Quare, ut

Que la répression ecclésiastique puisse frapper l'homme autrement que dans sa vie spirituelle il n'y a, d'ailleurs, point lieu d'en douter puisque, dans l'ordre dont elle a la garde, l'Église a la puissance de Dieu, et que, d'autre part, les peines temporaires sont susceptibles d'être utiles au bien moral, à cause de la crainte particulière que généralement elles inspirent (1). Aussi lisons-nous dans l'encyclique *Quanta cura* de Pie IX : « Ils n'éprouvent pas la moindre honte à affirmer... que l'Église n'a pas le droit de faire subir aux violateurs de ses lois des peines temporelles » (2).

Au *Corpus juris canonici*, nous voyons que la législation religieuse paraît avoir admis la peine capitale contre le ravisseur. Ce recueil, en effet, dans l'interprétation du canon *Lex illa præteritorum* (Décret de Gratien, II<sup>m</sup>e partie, cause XXXVI, quest. I) dit en parlant du ravisseur qu'« il encourt la peine de mort ». A la vérité il ajoute, mais c'est

huic tanto malo sancta Synodus opportunis remediis provideat, statuit hujusmodi concubinarios, tam solutos quam uxoratos, cujuscumque status, dignitatis et conditionis existant, si, postquam ab Ordinario, etiam ex officio, ter admoniti de re fuerint, concubinas non ejecerint, seque ab earum consuetudine non sejunxerint, excommunicatione feriendos esse, qua non absolvantur, donec re ipsâ admonitioni factæ paruerint. Quod si in concubinato per annum, censuris neglectis, permanserint, contra eos ab Ordinario severe pro qualitate criminis procedatur. Mulieres, sive conjugatæ, sive solutæ, quæ cum adulteris seu concubinariis publice vivunt, si ter admonitæ non paruerint, ab Ordinariis locorum, nullo etiam requirente, ex officio graviter pro modo culpæ puniantur, et extra oppidum vel diœcesim, si id eisdem Ordinariis videbitur, invocato, si opus fuerit, brachio sæculari, ejiciantur, aliis pœnis contra adulteros et concubinarios inflictis in suo robore permanentibus ».

(1) Bouquillon, *Theologia moralis fundamentalis*, n° 132.

(2) « Namque ipsos minime pudet affirmare.... Ecclesiæ jus non competere violatores legum suarum pœnis temporalibus coercendi... »



là une dérogation qui semble être une nouvelle acceptation du principe :

« S'il se réfugie dans l'église avec la personne ravie, par un privilège de l'Église il obtient d'échapper à la mort (1) ».

Le canon suivant (can. III) répète que c'est par une concession que, dans ce cas, la peine de mort n'est pas infligée, et il édicte, lui-même cette fois, contre le coupable le châtement de la servitude, sauf la faculté du rachat :

« Au sujet des ravisseurs nous avons jugé devoir établir ce qui suit. Si le ravisseur se réfugie dans l'église avec la personne ravie, la femme contre laquelle il est constaté que la violence a été employée sera immédiatement soustraite au pouvoir du ravisseur et celui-ci, l'exemption de la mort ou des pénalités lui étant accordée, sera réduit en servitude ou il aura la libre faculté de se racheter » (2).

Un peu plus loin, le *Corpus juris canonici* nous donne un texte, très ancien et aujourd'hui tombé en désuétude comme le sont aussi les précédents, qui frappe de mort l'attentat aux vierges sacrées :

« Si quelqu'un ose, je ne dis pas enlever, mais outrager seulement en vue de les épouser les vierges sacrées, qu'il soit frappé de la peine capitale » (3).

(1) « Hic morte multatur; Sed si ad ecclesiam cum rapta confugerit, privilegio Ecclesiæ mortis impunitatem promeretur ».

(2) « De raptoribus autem id constituendum esse censuimus, ut si ad ecclesiam raptor cum rapta confugerit, et foeminam ipsam violentiam pertulisse constiterit, statim liberetur de potestate raptoris et raptor, mortis vel pœnarum impunitate concessa, aut ad serviendum subjectus sit, aut redimendi se liberam habeat facultatem.... »

(3) « Si quis non dicam rapere sed attentare tantummodo matrimonii jungendi causa sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali pœna feratur » (Décret de Gratien, II<sup>m</sup>e partie, cause XXXVI, question II, canon III).

Ces citations ont eu pour but de corroborer l'idée que l'Église peut sanctionner par des peines corporelles les règles du mariage. Dans le même ordre de considérations nous signalerons encore deux textes qui prescrivent au ravisseur de doter sa victime. Au canon VIII de la subdivision où se trouve la disposition que nous venons de faire connaître, il est dit :

« La jeune fille prise dans la cité par un homme et à lui unie violemment pourra être épousée par le coupable si le père le veut; mais le ravisseur la dotera autant que le voudra le père, et il donnera le prix de sa pudeur » (1).

Le texte que nous réunissons à celui-ci est le chapitre VI du décret du concile de Trente sur la réforme du mariage. Il traite aussi de l'obligation de doter la victime du rapt, mais en même temps on verra qu'il inflige aussi au ravisseur d'autres châtiments qui sortent de la catégorie des peines spirituelles, sans aller cependant jusqu'à être afflictifs :

« La sainte assemblée statue qu'entre le ravisseur et la personne ravie, aussi longtemps que celle-ci sera sous la puissance du ravisseur, aucun mariage ne sera possible. Que si la victime de l'enlèvement, une fois séparée du ravisseur et mise en un lieu sûr et libre, consent à épouser cet homme, il peut l'avoir pour femme. Mais lui-même et avec lui tous ceux qui l'ont conseillé, aidé et favorisé, n'en seront pas moins de plein droit excommuniés, frappés d'infamie perpétuelle et exclus de toutes les dignités. Si ce sont des clercs, qu'ils subissent la déchéance. En outre le ravisseur sera tenu envers la femme enlevée, soit qu'il la prenne

---

(1) « Tria legitima conjugia in Scripturis leguntur... Secundum, virgo in civitate deprehensa a viro et illi per vim copulata, si voluerit pater ejus, dotabit eam iste vir, quantum judicaverit pater et dabit pretium pudicitiae ejus ».

pour femme, soit qu'il ne l'épouse pas, à la doter convenablement selon ce que le juge appréciera » (1).

286. Par application du pouvoir de sanctionner les règles du mariage, comme aussi du droit de statuer sur la validité de l'union conjugale, l'Église a le pouvoir d'imposer ses lois dans les questions de légitimité des enfants. Assurément le bien moral est intéressé à ce que l'illégitimité de la naissance soit flétrie. Il y a, à cet égard, un texte que le corps de droit canon déclare fort remarquable et très digne d'être invoqué : « multum notabilis et allegabilis ». En voici les termes :

« R. ayant intenté un procès à H. devant le juge séculier au sujet de la succession de l'aïeul de ce même R. lequel défunt était le père dudit H., celui-ci a offert de prouver que le père de R. n'est pas né d'un mariage légitime et que, par suite, ce dernier ne peut rien réclamer de la succession de son aïeul à titre héréditaire. La question de filiation légitime a été débattue devant l'évêque de Norwich (?) et ensuite, elle est venue en appel à notre tribunal. Dans ces circonstances, nous ordonnons que, sans possibilité d'appel, vous terminiez dans les deux mois le litige sur la question de filiation légitime du père dudit R. Si dans les deux mois le susnommé H., n'a pu fournir la preuve régulière de ce qu'il allègue, vous avertirez le juge séculier auquel le procès en héritage

---

(1) « Decernit sancta Synodus, inter raptorem et raptam, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium. Quod si rapta a raptore separata, et in loco tuto et libero constituta, illum in virum habere consenserit, eam raptor in uxorem habeat; et nihilominus raptor ipse ac omnes illi consilium, auxilium, et favorem præbentes, sint ipso jure excommunicati ac perpetuo infames, omniumque dignitatum incapaces, et si Clerici fuerint, de proprio gradu decendant. Teneatur præterea raptor mulierem raptam, sive eam uxorem duxerit, sive non duxerit, decenter arbitrio judicis dotare ».

est soumis, que la question de filiation légitime ne l'empêche plus d'examiner et de juger l'affaire d'hérédité » (1).

287. L'Église n'a pas seulement le droit d'infliger la flétrissure de l'illégitimité à l'enfant naturel, elle peut exiger qu'il soit dans une situation inférieure, elle peut l'exclure de la succession paternelle. Cette mesure est, en effet, selon l'intérêt moral. On est fondé à voir un cas d'exercice probable de ce pouvoir dans la décision suivante qui rigoureusement peut, il est vrai, être regardée comme une simple application du droit civil existant :

« A la demande de Votre Fraternité, nous répondons que par suite de l'empêchement de justice d'honnêteté publique, le mariage n'a pu être contracté, et que si les parties se sont unies, elles doivent être séparées. Dès lors, comme les fils ne sont couverts ni par une permission de l'Église, ni par l'ignorance du père, ils ne paraissent aucunement devoir être admis à recueillir les biens paternels » (2).

(1) « *Lator præsentium R. Cum autem idem R. II. coram seculari iudice super hæreditate avi ejusdem R. patris dicti II. traxisset in causam, ille sibi præsumpsit objicere quod pater ejus non fuit de legitimo matrimonio natus, et ideo de hæreditate avi sui nihil posset jure successorio vindicare; tandem cum super quæstione nativitatis coram Norvicen. Episcopo tractatum fuisset, ad nostram extitit audientiam appellatum. Ideoque mandamus, quatenus causam super quæstione nativitatis patris ejusdem R. intra duos menses sublato appellacionis obstaculo terminetis. Si vero intra duos menses præfatus H. non poterit probare legitime quod objecit, extunc seculari domino, sub cujus iudicio de hæreditate causa vertitur, intinetis ut pro quæstione nativitatis non dimittat, quin causam super hæreditate audiat et decidat* ». (Décrétales, livre IV, titre XVII. *Qui filii sint legitimi*, chap. V).

(2) « *Referente nobis: Fraternitati tuæ respondemus quod publicæ honestatis justitia prohibente matrimonium inter eos contrahi non potuit, et contractum debuit separari, ac per hoc, cum filii, nec per Ecclesiæ permissionem nec per paternam ignorantiam excusentur, ad successionem bonorum paternorum non videntur aliquatenus admittendi* » (Décrétales, livre IV, titre XVII, chap. X).

Quoiqu'il en soit de la partie de ce texte, la pensée de l'Église est certainement que les bâtards doivent être frappés d'une incapacité successorale, mais en même temps elle admet des dérogations au principe de la distinction entre l'enfant qui est légitime et celui qui ne l'est pas. Elle admet, en effet, la légitimation par mariage subséquent ; elle admet aussi la légitimation par décision du Pape dans ses États et par les souverains dans leurs pays. Sur ce dernier point, il y a un texte que le *Corpus* qualifie de difficile et d'extrêmement fameux, mais qui est trop long pour que nous le reproduisions. Il y est indirectement question de la légitimation des enfants, peut-être légitimes d'après le Pape lui-même (1), de Philippe-Auguste et d'Agnès de Méranie par l'auteur de cette constitution, Innocent III. C'est le chapitre XIII du titre *Qui filii sint legitimi* (Décrétales, livre IV, titre XVII). Nous en donnons seulement le sommaire : « Dans les terres de l'Église, le Pape peut librement légitimer les enfants naturels ; mais dans les pays étrangers il ne le peut que pour des causes très particulières ou sous le rapport spirituel. Alors cependant d'une manière indirecte et par voie de conséquence, il apparaît comme légitimant aussi au point de vue des effets temporels. Ce dernier point toutefois n'est pas sans difficulté » (2).

---

(1) « C'est pourquoi, bien que nous ayons usé de dispense au sujet des fils du Roi déjà nommé plusieurs fois (et encore il est douteux qu'ils n'aient pas été légitimes dès le principe)... : Licet igitur cum filius sæpediti Regis (de quibus, an fuerint legitimi ab initio, dubitatur) duxerimus dispensandum.... »

(2) « In terris Ecclesiæ Papa potest libere illegitimos legitimare, in terris vero aliens non, nisi ex causis multum arduis, vel nisi in spiritualibus ; tunc tamen indirecte et per quamdam consequentiam intelligitur legitimare etiam quoad temporalia. Hoc tamen ultimum non est sine scrupulo ».

Au sujet de la légitimation en dehors des États du Pape, nous

Sur le premier point : la légitimation par mariage subséquent, on lira avec intérêt la décision suivante qui contient tout ensemble un principe et une exception :

« Si grande est la force du mariage que les enfants qui ont été engendrés avant, après qu'il a été contracté sont regardés comme légitimes. Mais si un homme a eu pendant la vie de sa femme des relations avec une autre et si un enfant est né de ce commerce, peu importera qu'après la mort de l'époux le veuf se marie à la concubine : le fils n'en restera pas moins bâtard et il devra être repoussé de l'hérédité, surtout si la mort de la première femme a été procurée en quelque manière par l'un ou l'autre des coupables » (1).

Un autre tempérament à la répression de l'illégitimité de la naissance est encore admis par l'Église ; c'est une institution dont nous avons déjà parlé, le mariage putatif : on la trouve dans un texte dont il convient, au point de vue de la

voulons donner les paroles d'Innocent III. Il nous serait impossible de laisser, en aucune circonstance, une ombre sur un aspect du pouvoir indirect de l'Église. « Nous avons accordé au Roi, dit le Pape, l'objet de sa demande, nous fondant et sur l'Ancien et sur le Nouveau Testament d'après lesquels non seulement nous avons autorité dans le patrimoine de l'Église (sur lequel nous possédons pleine puissance temporelle) mais encore il nous appartient occasionnellement, en certaines circonstances, d'exercer la juridiction temporelle dans les autres pays : *Reg gratiam fecimus requisiti, causam tam ex Veteri quam ex Novo Testamento trahentes quod non solum in Ecclesie patrimonio (super quo plenam in temporalibus gerimus potestatem) verum etiam in aliis regionibus, certis causis inspectis, temporalem jurisdictionem casualiter exercemus* ».

(1) « Tanta est vis matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir vivente uxore suâ aliam cognoverit et ex eâ prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurus erit filius et ab hæreditate repellendus, præsertim si in mortem uxoris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus » (Décrétales, Livre IV, titre XVII, chapitre VI).



précision de l'hypothèse, de donner d'abord le sommaire : « Si une femme qu'un jugement ecclésiastique a séparée de son premier mari, en a épousé un second *du vivant du premier*, les enfants qu'elle a eus de la seconde union sont légitimes » (1).

La décision est ainsi conçue :

« Il nous a été exposé que H. s'étant transporté dans le pays de Constantinople et y étant resté dix ans et plus sans revenir près de I. son épouse, celle-ci a porté plainte contre lui devant l'évêque Vincent, d'honorée mémoire, et elle a allégué qu'elle ne pouvait attendre plus longtemps son mari. L'évêque en homme prudent et sage a ordonné aux parents du mari d'envoyer quelqu'un vers lui et de le ramener dans sa demeure. Après un long espace de temps, comme le mari n'était point revenu, l'évêque, en présence de l'assemblée des fidèles, les raisons de la femme ayant été entendues, a prononcé entre les parties une sentence de divorce et il a donné à la femme la faculté de se remarier. C'est pourquoi nous ordonnons, pour autant qu'il sera constaté que l'évêque a prononcé entre les parties une sentence de divorce, que les fils nés à la femme de la nouvelle union que ledit évêque l'a autorisée à contracter soient déclarés par vous légitimes et que vous ne souffriez point qu'ils soient dans ces circonstances privés du droit héréditaire » (2).

(1) « Si mulier per iudicium Ecclesie separata a primo, vivente isto contrahit cum secundo, legitima erit proles, quam ex illo suscepit ».

(2) « Perlatum est ad audientiam nostram quod cum H. ad partes Constantinop. transisset, et ibi moram per decennium et amplius faciens, ad I. uxorem suam non rediens, ipsa apud bonæ mem. Vincentium (a). Episcopum adversus eum querelam deposuit, et quod eum non posset diutius expectare nihilominus allegavit. Episcopus vero sicut vir providus et discretus, parentibus viri mandavit ut pro eo

(a). La version la plus ancienne donne *Vicentianum* ; il s'agirait donc de l'évêque de Vicence, ville de la Vénétie.

Si les enfants dont il s'agit doivent être tenus pour légitimes, quel en est le motif ? D'après le sommaire que confirme assez l'exposé des faits puisque l'évêque, au lieu de prescrire de rechercher si le mari était mort, a ordonné d'aller vers lui et de le ramener et a prononcé une sentence de séparation, nous supposons que cet homme est vivant ou au moins qu'il n'y a pas de certitude de sa mort. Dans ces conditions, si les enfants de la seconde union doivent être considérés comme légitimes, ce ne saurait être que le mariage puisse être jugé valide ; il faudrait que l'évêque eût dispensé de la loi de l'indissolubilité, or il n'avait certainement pas ce pouvoir. Quel motif reste donc de l'attribution de la légitimité aux enfants ? L'intention droite de la mère après l'autorisation qui lui a été donnée, en d'autres termes sa bonne foi. Notre texte offre, par conséquent, un cas de consécration du mariage putatif. C'est ce que dit Gonzalez dans ses commentaires des Décrétales.

En faveur du mariage putatif il y a, du reste, une disposition d'un sens indiscutable dont nous allons donner les termes : « Vos lettres exposent le fait suivant : la veuve G. demandait que l'héritage de R. son mari défunt lui fût restitué, à elle et à son fils et pupille, et l'adversaire repoussait l'action en alléguant que R. le mari de la veuve était né d'un adultère. Nous donc, considérant que dans le temps où le père dudit R. a épousé devant l'Église la mère

---

mitterent et ipsum ad propria revocarent, cumque elapso longi temporis spatio vir non remearet ad propria, Episcopus in conspectu Ecclesiæ, auditis rationibus mulieris, inter eos sententiam divortii promulgavit et mulieri, ut alium duceret, facultatem indulxit. Ideoque mandamus, quatenus si constiterit quod Episcopus inter eos sententiam divortii tulerit, filios quos sustulit de alio ad cujus copulam auctoritate prædicti Episcopi migravit, legitimos judicetis, eos hæc occasione ab hæreditate non patientes excludi » (Décrétales, Livre IV, titre XVII, chap. VIII).

de celui-ci, cette dernière ignorait que le père eût une autre union, considérant aussi que c'est dans cette possession d'état de femme légitime qu'elle est devenue mère de R., nous inclinons de préférence en faveur de l'enfant et nous réputons légitime le surnommé R. » (1).

Ces dernières explications se rattachent à l'idée que l'Église peut prendre des mesures pour la répression des naissances illégitimes, afin d'assurer l'observation des règles du mariage. En vue de la même fin qui est certainement d'intérêt moral, l'autorité spirituelle peut punir ceux qui, par leurs écrits ou autrement, nuiraient à l'institution du mariage, et elle peut exiger des sacrifices en vue du bien de cette dernière.

288. Dans les pages qui précèdent, nous avons fait connaître quelles applications existent, par rapport au mariage, du pouvoir de l'Église de prendre en toute matière et en toute occasion les décisions ou autres mesures réclamées par le bien des âmes. Mais de ce pouvoir dépendent, comme nous l'avons dit dans le chapitre de l'Église, plusieurs autres droits que nous avons alors placés après lui. Ce sont eux qui, maintenant, vont nous occuper, au point de vue du mariage. Dès lors, les formes qu'ils prennent en notre matière, nous aurions pu les mettre avec celles que nous venons de dégager ; mais il est plus régulier de procéder

---

(1) « Ex tenore litterarum vestrarum nobis innotuit, quod cum G. vidua hereditatem quondam R. mariti sui sibi et pupillo filio suo restitui postularet, pars adversa petitionem ejus nitebatur excludere, pro eo, quod R. maritum ipsius viduæ de adulterio genitum adferebat : (et infra) Nos igitur intelligentes, quod pater prædicti R. matrem ipsius in facie Ecclesiæ ignatam, quod ipse aliam sibi matrimonialiter copulasset, duxerit in uxorem, et dum ipsa conjux ipsius legitima putaretur, dictum R. suscepit ex eadem : in favorem prolis potius declinamus, memoratum R. legitimum reputantes » (Décrétales de Grégoire IX, Livre IV, titre XVII, chapitre XIV, décision d'Innocent III).

autrement, puisque, à cause de leur importance, les prérogatives dont nous allons rechercher les suites relativement au mariage ont été détachées.

La première de ces prérogatives ou mieux la quatrième des sept que nous avons reconnues à la puissance religieuse, est le pouvoir de juger dans les hypothèses où il y a un intérêt moral qui demande à l'Église de le faire, notamment de statuer par jugement sur les difficultés relatives à la réception ou aux effets des sacrements. En vertu de ce droit la justice ecclésiastique peut d'abord veiller à l'observation des lois que, conformément à nos explications antérieures, elle aurait promulguées. Lorsque l'Église a été amenée par les exigences du bien moral à établir une règle au sujet du mariage, en maintenant celle-ci par ses jugements, elle continue à servir le même bien. L'Église a aussi le droit de statuer sur l'exécution des lois matrimoniales naturelles ou divines qu'elle n'aurait pas faites siennes en les formulant.

Par exemple, elle peut juger les causes relatives à l'observation de la loi de la vie commune ou affaires de séparation de corps. Dans ces conflits, l'intérêt moral est en jeu et l'est même fort gravement, car la continence des époux et la formation des enfants sont en péril.

Encore dans les questions de fidélité au contrat de fiançailles le bien moral est intéressé, d'autant plus que le caractère obligatoire de ce pacte est une garantie du respect de la femme. Il procure aussi, en forçant au mariage, la réparation qui est due après une conception prématurée.

Le XII<sup>m</sup> des canons édictés sur le mariage par le concile de Trente est ainsi conçu : « Si quelqu'un dit que les causes matrimoniales ne sont pas de la compétence des juges ecclésiastiques, qu'il soit anathème » (1).

---

(1) « Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit ».

A ce texte joignons la proposition suivante qui figure parmi les erreurs que le *Syllabus* a réunies :

« Les causes matrimoniales et les fiançailles appartiennent par leur nature à la juridiction civile » (1).

Quant au pouvoir d'user de la force qui vient ensuite dans notre classement général des droits de l'Église, nous en avons déjà fait application à la matière du mariage en admettant, un peu plus haut, des peines temporelles contre les violateurs des lois matrimoniales. Plus généralement la puissance religieuse peut employer la force pour faire respecter ses droits ou ses décisions par rapport à la société des conjoints. Contraindre au respect de droits et de décisions qui ont pour fin le bien moral, c'est encore tendre à ce but. L'Église, sans doute, est une société spirituelle par sa fin qui est le bien moral et elle l'est aussi par l'ensemble de ses moyens d'action : la parole, l'administration des sacrements et les pénitences volontaires ; mais elle n'est pas une puissance spirituelle en ce sens qu'elle ne pourrait pas employer la force. En ce qui regarde l'œuvre du salut que, de plus, elle opère avec indépendance, elle a reçu pleine délégation de Celui qui est le maître des corps non moins que des âmes.

Sur le droit de l'autorité ecclésiastique de gérer les biens de l'ensemble ou d'une fraction de la société chrétienne et de rendre celle-ci propriétaire nous serons encore plus bref. Disons seulement que l'Église peut affecter des biens à faciliter les mariages ou recevoir des dons ayant cette destination.

Enfin, il y a le pouvoir d'exiger la soumission des souverains en vue du bien des âmes, il y a la suprématie de l'Église dans l'ordre des intérêts moraux. De ce fait dont la vérité a

---

(1) LXXIV. « Causæ matrimoniales et sponsalia natura ad forum civile pertinent ».

été établie résultent les deux conséquences qui suivent : d'une part les droits attribués par nous à l'Église en matière de mariage ne lui appartiennent pas seulement si la puissance civile consent à les lui reconnaître ; d'autre part, à l'inverse, l'Église peut, en vue du bien des âmes, interdire au souverain telle ou telle intervention relative à la société conjugale.

289. Mais sur l'étendue de la signification qui doit être donnée à ce dernier point une difficulté se présente. Le droit de défense dont nous venons de parler s'applique-t-il à une intervention quelconque ? N'y a-t-il, au contraire, qu'une intervention civile nuisible par elle-même au bien moral qui puisse être défendue par l'Église ? Cette double question est grave ; nous sommes au point culminant de notre sujet. Il s'agit de savoir si la puissance religieuse exclut en matière de mariage la puissance civile. Telle est d'autant plus réellement la portée de notre question que c'est à une exclusion de plein droit ou à une incapacité des souverains que notre étude va nous conduire. Si nous parlons d'abord de défenses de la part de l'Église, c'est à cause de l'ordre que nous avons adopté pour nos explications, ordre qui nous permet de placer la compétence propre de l'autorité religieuse sous la protection de la suprématie qu'elle possède en ce qui concerne le bien moral.

Il n'y a lieu, selon nous, d'admettre absolument ni l'une ni l'autre des parties de l'alternative que nous avons posée.

En faveur de la vérité absolue de la première dirait-on d'abord que du moment où une matière offre un intérêt moral le pouvoir religieux peut la placer sous sa compétence exclusive ? Non, sans doute. La circonstance prévue ne suffit point, car il peut arriver que le bien spirituel n'ait nullement à souffrir de l'intervention du souverain en une matière qui met en jeu l'intérêt moral. Celui-ci, par exemple, souffre-t-il de ce que dans les questions de contrats, de



testament, hors le cas de legs pieux, de dommages-intérêts, de réparation sociale après une infraction, de paiement des impôts, ce soit le souverain qui statue ? Or, cependant, la vertu de justice et en même temps, en ce qui concerne les deux derniers exemples, la vertu de charité sont en cause. La matière du mariage ne fait, d'ailleurs, point exception à ce que nous venons de dire. Il y peut arriver que le bien spirituel ne souffre pas de ce que l'Église n'agisse point seule. Est-ce qu'en effet il est compromis si la puissance civile inflige des peines à ceux qui sont reconnus avoir violé les lois du mariage ou attaqué cette institution ? L'intérêt moral subit-il une atteinte si le souverain impose à ses sujets des sacrifices en vue du bien de la société conjugale, s'il use de la force pour contraindre les époux à ce qui est leur devoir reconnu ? Évidemment non. Nous avons même vu plus haut le concile de Trente faire appel au bras séculier contre le concubinage et l'adultère. Il n'est donc pas possible d'en douter, la première partie de l'alternative que nous avons posée n'est pas admissible absolument ; à la question de savoir si c'est toute intervention du souverain que l'Église peut défendre ou ne peut répondre pleinement par l'affirmative.

Mais nous n'admettons pas non plus absolument l'autre partie de notre alternative, nous ne résolvons pas affirmativement sans distinguer cette question formulée en même temps que la précédente et qui est l'inverse de cette dernière : n'y a-t-il qu'une intervention séculière nuisible par elle-même au bien moral qui puisse être défendue par l'Église ? Il n'est pas invariablement nécessaire que l'intervention du souverain soit par elle-même funeste au bien moral pour que l'Église puisse la défendre. Cette nécessité, en effet, n'existe pas lorsque l'intervention du souverain consiste à établir des empêchements soit dirimants soit simplement prohibitifs, à statuer soit sur la validité ou la licéité naturelles d'un mariage, soit sur la validité des fiançailles, enfin

à régler les rapports personnels entre les époux. Alors, même si elle n'a rien de contraire au bien moral elle peut être interdite à raison de son origine. Alors, en d'autres termes, la première partie de notre alternative se trouve vraie ; si une intervention quelconque du souverain ne peut pas être défendue, il y a donc pourtant certaines immixtions qui peuvent l'être, malgré leur innocuité ou même malgré l'utilité intrinsèque qu'elles se trouveraient avoir. Mais pourquoi en est-il ainsi ? Nous venons d'affirmer, il faut donner notre motif.

290. Pourquoi disons-nous que quand il s'agit d'établir des empêchements soit dirimants, soit prohibitifs, de statuer sur la validité, la licéité naturelles d'un mariage ou sur la validité des fiançailles, de régler les rapports personnels entre les époux, l'intervention du souverain, même bonne en elle-même, peut être défendue à cause de sa seule origine.

Parce que le contrat matrimonial est un sacrement.

Jusqu'à présent nous n'avons pas insisté sur ce fait dans la détermination des pouvoirs de l'Église par rapport au mariage. C'est qu'en effet la seule considération qu'un acte d'autorité en une matière importe au bien moral suffit à démontrer qu'il rentre dans les pouvoirs de l'Église ; mais cette même considération ne permet pas de soutenir, nous l'avons prouvé il y a un instant, que l'autorité civile doit, en la même matière, pratiquer l'abstention. Or, ce qu'elle est impuissante à établir, le fait que le mariage est un sacrement le prouve, quant aux genres d'intervention que nous avons précisés. Un sacrement est un moyen direct de salut, il ne l'est pas seulement d'une manière occasionnelle comme les autres actes qui deviennent méritoires par l'intention pieuse que nous y ajoutons ; or, l'Église est la déléguée, l'unique déléguée de Dieu dans l'œuvre de notre salut, ou à l'effet de nous diriger lorsqu'il s'agit pour nous de faire usage de ce qui est proprement un moyen de salut. Et

comme d'autre part Dieu est le maître de toute autorité et n'est point inconséquent, il refuse aux souverains des pouvoirs qui contrecarreraient la mission par lui donnée à l'Église. Par suite il n'y a qu'elle qui puisse mettre obstacle à ce contrat par des empêchements dirimants ou prohibitifs, il n'y a qu'elle qui puisse dire si on l'a reçu ou si l'on doit, soit l'éviter à cause d'une défense naturelle, soit par suite de fiançailles le contracter ; il n'y a qu'elle à pouvoir déterminer ce que les époux doivent faire pour ne pas manquer à l'obligation de bien employer la grâce qu'ils ont reçue, ou ce qu'ils peuvent se permettre sans délaissier, profaner, cette assistance divine. Dans tous ces genres d'action, en effet, il s'agit de diriger dans l'emploi du moyen de salut que le mariage constitue. En termes équivalents, l'Église a seule le droit d'établir des empêchements dirimants ou prohibitifs, de statuer sur la validité, la licéité naturelles du mariage et sur la validité des fiançailles, enfin de régler les rapports personnels des époux. L'idée que le mariage est un sacrement rapprochée de celle de la délégation que l'Église a reçue commande ces conséquences.

Elles sont vraies indépendamment de la considération de l'intérêt moral qu'il peut y avoir à ce que l'Église exerce seule les prérogatives dont nous parlons. Nous tenons cependant à faire remarquer que cet intérêt existe. Par la possession exclusive dont il s'agit la mission de l'Église est mise en lumière et ainsi son prestige s'accroît ; or, plus l'Église apparaît grande, plus elle a d'empire sur les âmes et ainsi mieux elle peut procurer leur salut. Puis, comme cette possession résulte aussi du caractère sacramentel de l'union conjugale elle le rappelle. Elle fait ce contrat plus vénéré et, partant, plus fermement préféré aux unions irrégulières ; elle est cause qu'on apporte à le contracter de meilleures dispositions et qu'ainsi il commence dans des conditions plus favorables. La croyance pratique que le mariage est

une source de la grâce donne de l'énergie pour l'accomplissement des devoirs conjugaux, elle les fait regarder comme plus rigoureux par suite du secours surnaturel que l'on a reçu pour les remplir. Cette différence est d'autant plus appréciable que l'infidélité aux devoirs d'époux est la profanation de la vie de Jésus-Christ dans l'homme, tandis que leur accomplissement développe en nous l'être divin. Enfin, il importe au bien moral que l'Église ait seule les pouvoirs qui nous occupent parce qu'ils seront plutôt bien exercés, et par suite, plus efficaces pour prévenir les unions funestes et faire régner le respect des devoirs conjugaux. Dès lors, en effet, qu'à l'autorité religieuse seule appartiennent certaines prérogatives, elle est nécessairement plus assistée dans leur usage que la puissance civile, et l'inégalité est d'autant plus grande que l'Église, dans l'accomplissement de sa mission, est secourue d'en haut comme nulle autre autorité ne l'est, même sur le terrain de ses attributions. Il est donc prouvé de plusieurs manières qu'il importe au bien-moral que l'Église ait seule les droits énumérés précédemment et qui se résument dans celui de régler l'usage du sacrement des conjoints.

Ainsi, il est doublement démontré que l'Église peut défendre au souverain d'établir des empêchements, de statuer sur la validité, la licéité naturelles d'un mariage et sur la validité de fiançailles, enfin de régler les devoirs personnels des époux : elle le peut, parce que le mariage est un sacrement et parce qu'il y a intérêt moral à ce que le souverain s'abstienne de ces divers genres d'intervention.

291. Quant à d'autres modes de l'action civile en matière de mariage, c'est-à-dire à ceux qui ne consistent point à régler l'emploi de ce sacrement, l'autorité religieuse ne pourrait les interdire qu'autant que l'intérêt moral le demanderait pour des raisons de circonstance. Le motif spécial qui consiste en ce que le mariage est un sacrement fait défaut

ici où il ne s'agit plus de diriger dans l'usage d'un moyen de salut ; il n'y a donc plus que la considération d'un préjudice moral occasionnel pour permettre à l'Église de prohiber telle ou telle intervention civile. Les modes d'action qui demeurent ainsi licites sauf interdiction possible pour le motif qui vient d'être indiqué en dernier lieu sont les suivants : l'infliction, admise par le concile de Trente, de peines à ceux qui sont reconnus par l'Église avoir manqué aux devoirs personnels des époux, le châtement de ceux qui, vivant maritalement, sont tenus par l'Église pour non mariés ou pour violateurs d'empêchements prohibitifs, s'il y a gravité, l'infliction de peines à ceux qui attaquent l'institution du mariage, l'imposition de sacrifices en vue du bien de la société conjugale, notamment par l'abaissement de la condition des enfants de personnes qui, selon l'Église, ne sont pas mariées, la contrainte à l'effet de forcer les époux à remplir leurs devoirs personnels tels que l'Église les a déterminés et à l'effet de séparer les concubinaires, enfin la sanction du régime pécuniaire naturel des conjoints des droits des enfants et l'octroi de faveurs au mariage.

Ajoutons, comme conséquence de la première et des trois dernières de ces prérogatives, le pouvoir d'obliger les époux à déclarer à l'autorité civile qu'ils ont contracté mariage. Il n'y a là aucune difficulté du moment où cet avis, cet enregistrement, suivant le langage de certaines contrées, n'est point prescrit à peine de méconnaissance de l'union par le souverain. Alors, l'exiger ce n'est en rien régler l'usage du sacrement. Cette appréciation s'applique même au cas où la déclaration devrait précéder le contrat, pourvu que l'omission de cette formalité ne fût même pas un empêchement prohibitif. Cependant, le souverain ne peut prescrire que l'avis précède le sacrement. Cette priorité, en effet, n'est pas réclamée par l'intérêt public ; elle est même une cause d'erreur fâcheuse : jusqu'au dernier moment ne peut-il

pas arriver qu'un mariage projeté n'ait pas lieu ? Nous avons dit que la déclaration du contrat de mariage ne pouvait être imposée à peine de méconnaissance de l'union par le souverain. Même au point de vue des biens, cette méconnaissance n'est pas possible : la peine serait excessive pour la faute et désorganiserait sans nécessité la famille.

En résumé, aucun des pouvoirs dont il s'agit maintenant, pourvu qu'on prenne soin de les considérer tels que nous les présentons, ne consiste à régler l'usage du sacrement, et, par suite, chacun d'eux reste possible. C'est parce qu'il y a des pouvoirs ayant ce caractère négatif commun que plus haut, recherchant si une intervention quelconque du souverain pouvait être défendue, nous avons pu, à l'appui de la négative, apporter cette raison, que toute intervention du souverain en matière de mariage ne nuisait pas à l'intérêt moral. En effet, s'il n'y avait pas d'autres modes d'action du souverain en notre matière que ceux qui consisteraient à régler l'usage du sacrement des époux nous n'aurions pas pu parler ainsi ; un autre motif d'interdiction absolue de l'action civile ne serait présenté : le caractère sacramentel du mariage.

Nous faisons remarquer, sur le droit simplement éventuel d'interdiction des pouvoirs ne consistant pas à régler l'emploi du sacrement de mariage, que si ce pouvoir apparaît avec un caractère d'exception, l'Église, d'autre part, dans le cas où elle l'exercerait, jouirait d'une présomption de juste motif. Il en est ainsi de toute autorité par rapport à ceux qui lui sont subordonnés ; or, l'Église est une autorité pour les souverains, nous le savons.

Dans ces dernières explications nous avons voulu opposer à l'intervention séculière qui peut être interdite à cause de son origine celle qui ne pourrait l'être qu'à raison de l'atteinte qu'il lui arriverait de porter au bien moral. Ainsi nous avons achevé le développement de la distinction par laquelle nous avons résolu la question, qui, déjà depuis



longtemps nous occupe : l'Église peut-elle défendre aux souverains une intervention quelconque en matière de mariage ?

292. Mais certaines considérations vont compléter utilement cette doctrine.

Nous avons dit : l'autorité ecclésiastique peut défendre au pouvoir civil d'exercer les pouvoirs qui consistent à régler l'usage du sacrement des époux. Est-ce seulement une faculté ? N'est-ce pas plutôt un devoir ? Evidemment, il y a pour elle obligation, obligation envers Jésus-Christ dont elle mépriserait la bonté et le commandement si elle délaissait la mission de salut qui lui a été donnée et imposée, obligation aussi envers les hommes puisque l'abstention de la puissance civile, quant aux pouvoirs dont il s'agit, importe au bien moral.

Faisons encore un pas de plus. Non seulement l'Église a le devoir de défendre les interventions que nous repoussons, mais l'incompétence des souverains pour établir des empêchements, statuer sur les questions de validité et de licéité naturelles et régler les devoirs personnels des époux existe de plein droit. Pour l'établir nous n'avons qu'à rappeler que Dieu refuse à la puissance civile des pouvoirs qui contrecarreraient la mission de directrice du salut donnée à l'Église seule. Après cela, comment l'incompétence dont il s'agit n'existerait-elle pas de plein droit ? Sans Dieu, contre la volonté de Dieu, il n'y a pas de pouvoir possible. Aussi bien, c'est ce que ne répugneront nullement à admettre ceux qui reconnaissent à l'Église le droit d'interdiction que nous avons revendiqué pour elle.

Ils reconnaîtront aussi que la compétence exclusive dont il s'agit existe indépendamment même de la suprématie générale de la puissance spirituelle.

293. Conformément à ce qui précède, nous proclamerions donc l'incompétence du souverain, à l'effet de régler l'usage

du sacrement de mariage, alors même que cette incompétence n'aurait pas été affirmée par l'Église. Mais elle l'a été.

Nous empruntons à l'encyclique *Arcanum* citée par nous déjà tant de fois, les textes suivants :

« C'est pourquoi comme le mariage est par sa propre vertu, par sa nature et de lui-même une chose sacrée, il est rationnel qu'il soit régi non par la puissance des princes, mais par la divine autorité de l'Église qui a seule le magistère des choses sacrées » (1).

« Bien loin que les princes (les empereurs romains convertis) se soient attribué juridiction sur les mariages chrétiens, ils reconnurent plutôt et proclamèrent, dans toute son étendue, celle qui appartient à l'Église. Ainsi Honorius, Théodose le jeune, Justinien, n'hésitèrent pas à avouer que dans les questions qui touchent au mariage ils n'avaient d'autre droit que celui d'être les gardiens et les défenseurs des sacrés canons. Et, quant aux empêchements de mariage, s'ils édictèrent certaines règles, ils en firent connaître librement la cause, ils déclarèrent agir en vertu d'une permission et de l'autorité de l'Église. Même, ce fut une règle pour eux de réclamer et d'accepter respectueusement le jugement de l'Église dans les litiges sur la filiation légitime, sur les divorces et, en un mot, sur toutes les questions dépendant du lien conjugal par un côté quelconque » (2).

(1) « Igitur cum matrimonium sit sua vi, sua natura, sua sponte sacrum, consentaneum est, ut regatur ac temperetur non principum imperio, sed divina auctoritate Ecclesiae, quae rerum sacrarum sola habet magisterium » (*Sanctissimi Domini Nostri Leonis Papae XIII Allocutiones*, vol. 1, p. 125).

(2) « Quin tantum abfuit, ut viri principes sibi adsciscerent in matrimonia christiana potestatem, ut potius eam, quanta est, penes Ecclesiam esse agnoscerent et declararent. Revera Honorius, Theodosius junior, Justinianus fatem non dubitarunt, in his rebus quæ

« C'est pourquoi tous les gouvernants et ceux qui administrent les affaires publiques, s'ils eussent voulu se conformer à la raison et être sages, s'ils eussent voulu l'utilité même de leurs peuples, auraient dû respecter l'intégrité des lois sur le mariage et offrir à l'Église leur assistance pour la sauvegarde des mœurs et la prospérité de la famille, plutôt que d'élever contre l'Église même un soupçon d'inimitié et d'imaginer faussement, iniquement, contre elle le grief de violation du droit civil » (1).

« Il doit être connu de tous que si, entre chrétiens, l'union de l'homme et de la femme est contractée sans être un sacrement, elle manque de la vertu et du caractère du juste mariage. Que si elle est revêtue d'une forme instituée par la loi civile, il ne peut cependant y avoir là rien de plus qu'une cérémonie, une coutume introduite par la loi civile. Au droit civil il appartient seulement de régler et d'organiser les conséquences que les mariages produisent d'eux-mêmes dans l'ordre civil et qui manifestement ne peuvent avoir lieu que si leur vraie et légitime cause, le lien nuptial existe » (2).

nuptias attingant, non amplius quam custodibus et defensoribus sacrorum canonum sibi esse licere. Et de connubiorum impedimentis si quid per edicta sanxerunt, causam docuerunt non inviti, nimirum id sibi sumpsisse ex Ecclesiæ permissu atque auctoritate; cujus ipsius iudicium exquirere et reverenter accipere consueverunt in controversiis de honestate natalium, de divortis, denique de rebus omnibus cum conjugali vinculo necessitudinem quoquo modo habentibus» (Mêmes recueil et volume, p. 126).

(1). « Quæ cum ita sint, omnes gubernatores administratoresque rerum publicarum, si rationem sequi, si sapientiam, si ipsam populorum utilitatem voluissent, malle debuerint sacras de matrimonio leges intactas manere, oblatumque Ecclesiæ adjumentum in tutelam morum prosperitatemque familiarum adhibere, quam ipsam vocare Ecclesiam in suspicionem inimicitæ, et in falsam atque inquam violati juris civilis insimulationem» (Mêmes recueil et volume, p. 132).

(2). Similiter omnibus exploratum esse debet, si qua conjunctio

« Que si les choses en viennent à ce point que la vie commune ne paraisse pas pouvoir être supportée plus longtemps, alors l'Église permet aux époux de se séparer, mais par des soins et des remèdes appropriés à la condition des époux elle s'applique à atténuer les inconvénients de la séparation et il ne lui arrive jamais de ne pas travailler au rétablissement de la concorde ou d'en désespérer » (1).

Il convient de faire remarquer dans le troisième de ces textes qui commence par les termes : « C'est pourquoi tous les gouvernants... » une allusion à un pouvoir accessoire de l'Église compris dans la suprématie qui appartient à la puissance religieuse. Le droit dont nous voulons parler est celui d'exiger l'assistance des souverains en matière de mariage. Cette prérogative ne peut pas ne pas être admise si l'on croit à la primauté du pouvoir religieux, mais nous signalons que Léon XIII rappelle par ces paroles le droit qui nous occupe : « Tous les gouvernants... auraient dû... offrir à l'église leur assistance pour la sauvegarde des mœurs et la prospérité de la famille... »

Enfin, nous citons un décret assez récent de la congrégation romaine de l'Inquisition, dans lequel la compétence

*viri et mulieris inter Christifideles citra Sacramentum contrahatur, eam vi ac ratione justi matrimonii carere; et quamvis convenienter legibus civicis facta sit, tamen plura esse non posse quam ritum aut morem jure civili introductum; jure autem civili res tantummodo ordinari atque administrari posse quas matrimonia efferunt ex sese in genere civili et quos gigni non posse manifestum est, nisi vera et legitima illarum causa, scilicet nuptiale vinculum, existat » (Mêmes recueil et volume, p. 135).*

(1). *Quod si res eo devenerint ut convictus ferri diutius non posse videatur, tum vero Ecclesia sinit alterum ab altera seorsum agere, adhibendisque curis ac remediis ad conjugum conditionem accomodatis, lenire studet secessionis incommoda, nec unquam committit ut de reconcilianda concordia aut non laboret aut desperet (Mêmes recueil et volume, p. 135).*

exclusive de l'Église, au sujet des causes matrimoniales, est affirmée de deux manières : premièrement par les termes dans lesquels il est permis aux magistrats et avocats français de la méconnaître présentement et secondement par la limitation de cette tolérance.

« Les doutes suivants, est-il dit, ont été proposés par plusieurs évêques de France à la S. Inquisition Romaine et Universelle : « Dans la lettre de l'Inquisition Romaine du 25 juin 1885, adressée à tous les Ordinaires de France, touchant la loi du divorce, on lit cette décision : *« Attendu les très graves difficultés des choses, des temps et des lieux, on peut tolérer que les magistrats et les avocats traitent en France des causes matrimoniales, sans être obligés de renoncer à leurs fonctions ; à des conditions toutefois dont voici la seconde : Pourvu que, en ce qui concerne la validité et la nullité du mariage et la séparation de corps, dans les causes dont ils sont forcés de juger, ils aient l'intention formelle de ne jamais prononcer une sentence opposée au droit divin ou ecclésiastique, et de n'en jamais provoquer comme demandeurs, ou comme défendeurs. »*

« Cela posé on demande :

« 1° Si l'on doit regarder comme exacte l'interprétation répandue en France et même imprimée, selon laquelle la condition précitée serait remplie par un juge qui, bien qu'un mariage soit valide devant l'Église, ferait abstraction de ce mariage vrai et constant, et, appliquant la loi civile, prononcerait qu'il y a lieu à divorce, pourvu que, dans son esprit, il entende ne rompre que le seul contrat civil et les seuls effets civils, et que les termes de la sentence qu'il prononce ne visent que ce contrat et ces effets. En d'autres termes, on demande si la sentence ainsi portée peut être dite non contraire au droit divin ou ecclésiastique.

« 2<sup>o</sup> On demande encore si, après que le juge a prononcé qu'il y a lieu à divorce, le maire, ne considérant, lui aussi, que les effets civils et le contrat civil, comme il a été exposé ci-dessus, peut prononcer le divorce, quoique ce mariage soit valide devant l'Église.

« 3<sup>o</sup> On demande enfin si, le divorce une fois prononcé, le maire peut unir civilement avec un autre l'époux qui commet l'attentat de passer à une autre union, quoique le premier mariage soit valide devant l'Église et que l'autre partie soit encore vivante.

« Le 27 mai 1886, dans la congrégation générale de la S. Inquisition Romaine et Universelle, tenue en présence des Éminentissimes et Révérendissimes cardinaux, les doutes ci-dessus formulés ayant été proposés, et les votes des Seigneurs Consultants ayant été au préalable recueillis, les mêmes Éminentissimes et Révérendissimes cardinaux ont ordonné de répondre :

« Au premier, au second et au troisième doute *négativement*.

« Le même jour, rapport ayant été fait sur ces choses au T.-S. Père le Pape Léon XIII, Sa Sainteté a approuvé et confirmé les décisions des Éminentissimes Pères » (1).

---

(1). A nonnullis Galliarum episcopis sequentia dubia S. R. et Univ. Inquisitioni proposita sunt: « In Epistola S. R. et U. I. 25 Junii 1885 ad omnes in Gallica Ditione ordinarios circa civilis divortii legem ita decernitur: « Attentis gravissimis rerum, temporum ac locorum adjunctis, tolerari posse ut qui magistratus obtinent et advocati causas matrimoniales in Gallia agant quin officio cedere teneantur » Conditionibus adjectis, quarum secunda hæc est: « Dummodo ita animo comparati sint tum circa valorem et nullitatem conjugii, tum circa separationem corporum, de quibus causis judicare coguntur, ut nunquam proferant sententiam neque ad proferendam defendant vel ad eam provocent vel excitent divino aut ecclesiastico juri repugnantem ».

Quæritur :

I. An recta sit interpretatio per Gallias diffusa ac etiam typis data



Nous arrivons au terme de notre étude des pouvoirs de l'Église par rapport au mariage. L'examen de la dernière de ces prérogatives, le droit d'exiger la soumission des souverains en vue du bien des âmes dans la matière actuelle, nous a amenés à déterminer aussi quels pouvoirs ont été perdus par la puissance civile en matière de mariage dans l'ordre chrétien, quels sont ceux que cette autorité conserve et dans quelle mesure ils subsistent.

Notre doctrine à cet égard nous paraît d'une justesse évidente. Nous osons le dire, parce que, si elle précise plus peut-être qu'on ne le fait généralement, cependant, elle s'appuie sur des exemples de princes chrétiens, comme nous

juxta quam satisfacit conditioni præcitatæ judex, qui, licet matrimonium aliquod validum sit coram Ecclesia, ab illo matrimonio vero et constanti omnino abstrahit, et applicans legem civilem pronunciat locum esse divortio, modo solos effectus civiles solumque contractum civilem abrumpere mente intendat, eaque sola respiciant termini prolatæ sententiæ? Aliis terminis, an sententia sic lata dici possit divino aut ecclesiastico juri non repugnans?

II. Postquam judex pronuntiavit locum esse divortio, an possit Syndicus (gallice, le maire) et ipse solos effectus civiles solumque civilem contractum intendens, ut supra exponitur, divortium pronuntiare, quamvis matrimonium validum sit coram Ecclesia?

III. Pronuntiato divortio, an possit idem Syndicus conjugem ad alias nuptias transire attentantem civiliter cum alio jungere, quamvis matrimonium prius validum sit coram Ecclesia vivatque altera pars?

Feria Va, loco IV<sup>m</sup> die 27 Maii 1886.

In congregatione Generali S. Romanæ et Universalis Inquisitionis habita coram Eminentissimis ac Reverendissimis DD. S. R. E. Cardinalibus Generalibus Inquisitoribus, propositis suprascriptis dubiis, ac præhabito voto DD. Consultorum, idem Eminentissimi ac Reverendissimi DD. rescribi mandarunt: — Ad primum, secundum et tertium dubium, *Negative*.

Eadem feria ac die facta de his Sanctissimo Dno Nostro Leoni Papæ XIII relatione, Sanctitas Sua resolutiones Eminentissimorum PP approbavit et confirmavit. Jos. Mancini, S. Rom. et Univ. Inquis Notarius » (*Revue des sciences ecclésiastiques*, 1886, août, p. 190).

venons de le dire dans l'encyclique *Arcanum*, sur l'enseignement formel et répété de cet acte pontifical et sur la croyance aussi de théologiens éminents, entre autres de Bellarmin, ainsi que nous l'apprendra bientôt un texte emprunté à un adversaire.

Qu'il y ait, en effet, des adversaires d'une théorie comme la nôtre, d'une théorie restrictive de la puissance civile, nul n'en sera surpris. Celle-ci est assez grande pour qu'on soit porté à en exagérer l'étendue; son éclat matériel lui a toujours valu des admirateurs complaisants, et fondée sur la nature elle a les préférences des esprits insuffisamment élevés que l'ordre surnaturel déconcerte ou irrite. C'est pourquoi nous allons insister sur l'incompétence dont se sont trouvés frappés les souverains d'après ce qui précède. Tel sera l'objet de la section suivante.

---

## SECTION VII.

DE L'INCOMPÉTENCE DES SOUVERAINS EN MATIÈRE DE MARIAGE,  
DANS L'ORDRE CHRÉTIEN.

---

294. Parmi les droits maintenant perdus pour l'autorité séculière dans l'ordre chrétien, celui d'établir des empêchements dirimants civils a été particulièrement l'objet de discussions ; ce n'est point que les partisans de la compétence civile aient été plus disposés à sacrifier les autres, mais ces derniers ont été moins combattus par les défenseurs de la vraie doctrine. Ils ne constituent point, en effet, des atteintes aussi considérables. Il est plus grave de prétendre empêcher radicalement la réception de la grâce du mariage que de vouloir l'empêcher d'une manière non insurmontable, à l'aide d'empêchements simplement prohibitifs, ou de se borner à déclarer soit que, d'après les faits, le contrat n'existe point naturellement ou est illicite, soit qu'il n'y a pas de fiançailles pour obliger à le conclure, soit que dans la manière d'user de la grâce reçue il faut se comporter de telle ou telle sorte.

Traisons donc en premier lieu de l'incompétence du souverain en matière d'empêchements dirimants. Nous nous occuperons ensuite, dans une division collective et cepen-

dant beaucoup plus courte, des autres droits perdus par la puissance séculière, ou de l'incompétence concernant l'établissement d'empêchements prohibitifs, la décision sur la validité et la licéité naturelles d'un mariage et sur la validité de fiançailles, enfin sur les devoirs personnels des conjoints

---

## ARTICLE I.

**De l'incompétence de l'autorité civile en matière  
d'empêchements dirimants.**


---

295. Comment a-t-on soutenu que les souverains conservent dans l'ordre chrétien le droit d'établir des nullités de mariage ? Nous ne voyons point de meilleure réponse à faire que de citer le passage, assez long mais intéressant, dans lequel Pothier, aux numéros 11 et suivants de son traité *Du contrat de mariage*, parle de l'autorité de la puissance séculière sur cet acte. Pothier est, en effet, un écho fidèle de la tradition des jurisconsultes gallicans qui furent de grands adversaires des droits de l'Église sur l'union conjugale, et nous ne croyons point, d'autre part, que l'on ait ajouté aux arguments de ce maître éminent et très rapproché de notre temps.

« 11. Le mariage, dit notre auteur, que contractent les fidèles, étant un contrat que Jésus-Christ a élevé à la dignité de Sacrement, pour être le type et l'image de son union avec son Église, il est tout à la fois et contrat civil et Sacrement.

« Le mariage étant un contrat, appartient, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, et il est, en conséquence, comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour régler tout ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la société civile. Le mariage étant celui de tous les contrats qui intéresse le plus le bon ordre de cette société, il en est

d'autant plus sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour le gouvernement de cette société.

« Les Princes séculiers ont donc le droit de faire des lois pour le mariage de leurs sujets, soit pour l'interdire à certaines personnes, soit pour régler les formalités qu'ils jugent à propos de faire observer pour le contracter valablement.

« 12. Les mariages que les personnes sujettes à ces lois contractent contre leur disposition, lorsqu'elles portent la peine de nullité, sont entièrement nuls, suivant la règle commune à tous les contrats, que tout contrat est nul, lorsqu'il est fait contre la disposition des lois : « *Nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente.*

« Il n'y a pas non plus en ce cas de Sacrement de mariage, car il ne peut y avoir de Sacrement sans la chose qui en est la matière. Le contrat civil étant la matière du Sacrement de mariage, il ne peut y avoir un Sacrement de mariage lorsque le contrat civil est nul ; de même qu'il ne peut y avoir un Sacrement de baptême sans l'eau qui en est la matière.

« 13. La puissance séculière a toujours joui de ce droit. C'est par la loi civile que, chez les Romains, le mariage des enfants de famille était nul, lorsqu'il était contracté sans le consentement de celui sous la puissance duquel ils étaient. C'est l'Empereur Théodose qui a défendu, à peine de nullité, le mariage entre cousins germains, qui était permis auparavant cette loi ; c'est Justinien qui a fait de l'alliance spirituelle un empêchement dirimant de mariage ; celui de la disparité du culte a été établi par les Empereurs Valentinien, Valens, Théodose et Arcade, qui ont prohibé les mariages des Chrétiens avec les Juifs.

« L'Église n'a jamais regardé ces lois des Empereurs sur les mariages comme des entreprises de la puissance séculière sur la puissance ecclésiastique : bien loin de là, nous



avons plusieurs canons des Conciles qui en recommandent l'observation et qui prononcent des censures contre ceux qui ne les observent pas.

« Cette doctrine s'est toujours enseignée dans les Écoles de Théologie et de Droit : le docteur Launoi, dans son grand *Traité regia in matrimonium potestas*, rapporte, une foule d'autorités de Théologiens de tous les pays et de toutes les écoles qui l'enseignent.

« Je renvoie au livre ceux qui seront curieux de les voir. Je me contente d'en rapporter ce qu'en dit Ambroise Catharin dans son *Traité de clandestinis matrimoniis*, imprimé à Rome avec privilège en 1552 : « Tout ce qui n'est pas contre la loi de Dieu et la loi de la nature, je crois que les princes peuvent le décréter au sujet du mariage comme au sujet d'une matière qui est leur et non étrangère, et je pense qu'une loi établie par eux vaut par le motif qui faisait la nullité des mariages contractés sans l'avis des parents » (1).

« Le jésuite Sanchez, en son traité *de matrimonio*, livre 7, disput. 3, n. 2, reconnaît aussi ce droit des Princes séculiers : « Sans hésiter, il faut reconnaître, dit-il, que le Prince séculier peut, d'après le genre et la nature de sa puissance, imposer pour une juste cause des empêchements dirimants de mariage aux fidèles qui leur sont soumis ; la puissance du Prince séculier (ajoute Sanchez) n'est point arrêtée par ce fait que le mariage est un Sacrement, car la matière de celui-ci est le contrat civil, ce qui a pour conséquence que le Prince peut pour une juste cause annuler le mariage aussi bien que s'il n'était pas Sacrement, en rendant les

---

(1) « Quidquid non est contra legem Dei ac legem naturæ, credo principes posse circa matrimonium, tanquam circa suam et non alienam materiam suis legibus providere, et ita latam ab eis legem valuisse puto, quæ irritabantur matrimonia non consultis parentibus contracta » (Pothier n'a pas donné la traduction).

personnes inhabiles à contracter et invalidant ainsi le contrat » (1).

« C'est la doctrine qu'enseignait en Sorbonne, dans le siècle dernier, M. Hennequin, célèbre Professeur de Sorbonne, suivant qu'il paraît par un extrait des cahiers de ce Professeur, rapporté dans le *Traité des Empêchements de mariage* de M. Boileau, où ce Professeur s'exprime ainsi : « Le Christ, en faisant du mariage un Sacrement, n'a rien changé à ce pacte considéré comme contrat civil, mais au-dessus de ce fondement qu'il lui a plu de rendre nécessaire il a placé, sur ce tronc il a enté, à cet élément principal il a ajouté, à cette matière il a attaché la nature et la dignité de Sacrement, de telle sorte que le mariage contrat civil il l'a laissé, après l'avoir institué et ennobli comme Sacrement, ce qu'il était auparavant. Comme il était avant son élévation subordonné à la juridiction civile, ainsi il l'est après son élévation, du moins jusqu'à ce qu'il ait reçu la nature et la dignité de Sacrement ou jusqu'à ce qu'il ait été conclu entre baptisés comme Sacrement ; il est subordonné à la puissance publique séculière qui peut le prohiber, le détruire ou empêcher qu'il ne soit valablement et licitement conclu. A cause de la diversité absolue et de la division de l'humaine autorité, juridiction, infériorité, subordination soit ecclésiastique, spirituelle, soit séculière, corporelle, qui sont très souvent marquées dans les Écritures (Mathieu XXII, 21 ; aux Romains, XIII, 1-8 ; 1<sup>re</sup> épître de saint Pierre,

---

(1). « Absque dubio dicendum est posse Principem secularem, ex genere et naturâ suæ potestatis, matrimonii impedimenta dirimentia fidelibus sibi subditis ex justa causa indicere... nec obstat Principi seculari potestati matrimonium esse Sacramentum, quia ejus materia contractus civilis : qua ratione perinde potest ex justa causa illud irritare ac si Sacramentum non esset, reddendo personas inhabiles ad contrahendum et sic invalidum contractum. »

II, 13-18, et ailleurs), les Princes laïques peuvent, sans avoir besoin de l'autorisation et de l'approbation des Princes ecclésiastiques, et suivant la variété des lieux, des temps, des personnes, établir dans le gouvernement séculier des intérêts séculiers, des lois civiles qui soient de même nature et se rapportent à la fin et au but de la puissance temporelle, c'est-à-dire à la paix, à la tranquillité et au bien de l'État. Ces lois atteignent avec les autres contrats civils le mariage pris comme contrat civil des sujets non baptisés ou baptisés, en tant qu'ils sont membres de l'ensemble et de la société politiques ; elles peuvent prohiber et annuler le mariage. Autrement les souverains manqueraient de la puissance nécessaire pour pourvoir et aviser au bien commun désirable de leurs États et de leurs sujets. Peu importe que le mariage des personnes baptisées soit un Sacrement. Il est aussi, en effet, essentiellement un contrat civil, aspect sous lequel il dépend directement et immédiatement du for et du tribunal séculiers, afin que pour de justes causes il soit défendu et annulé comme s'il n'était pas Sacrement, au moyen d'une incapacité de contracter dont certaines personnes seront frappées et de l'illicéité et de l'invalidité du contrat. Le mariage Sacrement présuppose et appelle préalablement le mariage contrat civil passé légitimement et validement comme le fondement, le tronc, le principal, la matière à laquelle il se rattache. A n'en pas douter, puisque, de l'aveu de tous, les Princes politiques peuvent empêcher, par des dispositions prohibitives, que le mariage Sacrement des chrétiens, à raison de son caractère de contrat civil, ne soit conclu licitement, ils pourront aussi empêcher la validité du contrat en établissant à peine de nullité des empêchements dirimants » (1).

---

(1). « Christus matrimonium instituendo Sacramentum, nihil in illo ut contractu civili immutavit, sed tantum illi, ut prærequisito funda-

« Quelque évidents que soient ces principes sur lesquels est fondé le droit qu'a la puissance séculière d'établir par des lois des empêchements dirimants de mariage sans qu'elle ait besoin pour cela du concours ni de l'approbation de

---

mento necessario imposuit, trunco inseruit, principali annexuit, materiali affixit naturam et dignitatem Sacramenti, ita ut matrimonium contractum civilem reliquerit hujusmodi post ejusmodi erat ante suam institutionem et elevationem in Sacramentum : ut ante elevationem subjiciebatur, ita et post suam elevationem, saltem priusquam habeat sibi impositam naturam et dignitatem Sacramenti, seu revera sit inter baptisatos intum tanquam Sacramentum, subjicitur potestati publicæ seculari prohibendum ac dirimendum, seu impediendum ne valide et licite ineatur ; tum quia propter omnimodum humanæ superioritatis, jurisdictionis, inferioritatis, subjectionis Ecclesiasticæ, spiritualis, et secularis corporalis diversitatem ac distinctionem (Matthæi XXII, 21, Roman. XIII, 1-8, 1<sup>a</sup> Petri, II, 13-18, et alibi) sæpius in scripturis inculcatam possunt Principes Laici, independenter ab auctoritate et approbatione Principum Ecclesiasticorum, pro varietate locorum, temporum, personarum in suo republicæ secularis regimine seculari connaturaliter et relative ad suum finem et scopum ferre leges civiles, id est ad pacem ac tranquillitatem et bonum republicæ pertinentes, quibus ut alios contractus civiles, ita matrimonium contractum civilem suorum subditorum inbaptisatorum et baptisatorum, quatenus totius corporis et status civilis membrorum, prohibeant et dirimant ; alioquin carerent potestate sufficiente, qua bono suæ republicæ et suorum subditorum communi et consentaneo prospicerent et consulere. Nec obstat quod baptisatorum matrimonium sit Sacramentum, cum etiam sit essentialiter contractus civilis, qua parte est directe et immediate fori ab tribunali politici ut justa ex causa vetetur et irritetur ac si non esset Sacramentum, reddendo personas inhabiles ad contrahendum ideoque illegitimum et invalidum contractum, cum tamen matrimonium Sacramentum præsupponat et prærequirat matrimonium contractum civilem legitimum ac validum tanquam suum fundamentum, truncum, principale, materiale intrinsecum : et certe cum ex omnium consensu Principes politici matrimonium baptisatorum Sacramentum, quatenus contractum civilem, possunt impedire ne contrahatur licite adhibendo impedimenta prohibentia, etiam poterunt impedire ne contrahatur valide, sub pœna nullitatis adhibendo impedimenta dirimentia » (Pothier n'a pas donné la traduction).

l'autorité Ecclésiastique, néanmoins Bellarmin, Basile Pons et quelques auteurs qui voudraient concentrer dans le Pape toute puissance, la spirituelle et la temporelle, ont attaqué dans leurs écrits le droit de la puissance séculière sur les mariages.

« Leurs arguments sont des plus frivoles. Ils disent : le mariage est un Sacrement et par conséquent quelque chose de spirituel ; or, la puissance séculière ne s'étend pas aux choses spirituelles : elle ne doit donc pas s'étendre aux mariages ; c'est donc une entreprise de la puissance séculière sur la puissance spirituelle, lorsque les Princes font des lois sur les mariages.

« La réponse à cet argument est facile. Il y a deux choses dans le mariage, le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le Sacrement qui est ajouté, au contrat civil et à qui le contrat civil sert de sujet et de matière.

« Je conviens que le mariage, en tant qu'il est Sacrement, est quelque chose de spirituel et n'est point du ressort de la puissance séculière ; c'est pourquoi les Princes ne peuvent pas faire des lois sur le mariage en tant qu'il est Sacrement. Ce serait, par exemple, de la part des Princes, entreprendre sur les droits de la puissance spirituelle, s'ils voulaient décider par leurs lois quel est le ministre du Sacrement de mariage, quelles sont les dispositions qu'on doit apporter pour recevoir la grâce attachée à ce Sacrement, et, en général, s'ils voulaient régler ou décider par leurs lois quelque chose qui concernât le mariage comme Sacrement.

« Mais si le mariage est Sacrement et, sous ce respect, du ressort de la puissance Ecclésiastique, il est aussi contrat civil ; et comme contrat civil, il appartient à l'ordre politique et il est, en conséquence, sujet aux lois de la puissance séculière. La qualité de Sacrement qui survient à ce contrat, mais qui en suppose la préexistence, ne

soustrait pas ce contrat aux droits qu'a la puissance séculière de régler les contrats et tout ce qui est de l'ordre politique ; car Jésus-Christ en instituant les Sacrements et en publiant son Évangile n'a pas entendu diminuer ni altérer en rien les droits de cette puissance séculière qu'il a déclarée être établie de Dieu et à laquelle il a voulu lui-même être soumis en tant qu'homme, pendant tout le temps qu'il a été sur la terre.

« D'ailleurs, la loi civile, en déclarant nul un contrat de mariage fait contre sa disposition, ne touche point au Sacrement de mariage, puisque ce contrat de mariage qu'elle rend nul n'est pas Sacrement : elle empêche seulement, en le déclarant nul, qu'il puisse être la matière du Sacrement de mariage. Jésus-Christ, en élevant le contrat de mariage entre les fidèles à la dignité de Sacrement, n'a entendu élever à cette dignité que les mariages légitimes : il n'y a qu'une union innocente et légitime, telle que celle qui est formée par un mariage légitime, qui soit propre à être le type et l'image de l'union de Jésus-Christ avec son Église. Un mariage que la loi civile défend et qu'elle déclare nul ne peut passer que pour un commerce illégitime et criminel, et on ne peut prétendre sans une espèce d'impiété que Jésus-Christ ait voulu élever à la dignité de Sacrement un tel commerce et en faire le type et l'image de son union avec l'Église ».

296. Telle est l'argumentation par laquelle Pothier attribue aux souverains le pouvoir qui nous occupe d'établir des empêchements dirimants.

Elle renferme un motif tiré de l'histoire contre lequel avec l'encyclique *Arcanum* nous protestons et qui, d'ailleurs, ne saurait être décisif. Rappelons ces lignes de l'acte pontifical :

« Bien loin que les princes (les empereurs romains convertis) se soient attribué juridiction sur les mariages



chrétiens, ils reconnurent plutôt et proclamèrent dans toute son étendue, celle qui appartient à l'Église. Ainsi Honorius, Théodose le jeune, Justinien, n'hésitèrent pas à avouer que dans les questions qui touchent au mariage ils n'avaient d'autre droit que celui d'être les gardiens et les défenseurs des sacrés canons. Et, quant aux empêchements de mariage, s'ils édictèrent certaines règles, ils en firent connaître librement la cause, ils déclarèrent agir en vertu d'une permission et de l'autorité de l'Église. Même, ce fut une règle pour eux de réclamer et d'accepter respectueusement le jugement de l'Église dans les litiges sur la filiation légitime, sur les divorces et, en un mot, sur toutes les questions dépendant du lien conjugal par un côté quelconque ».

La raison suivante, donnée par le professeur de Sorbonne dont le jurisconsulte d'Orléans invoque l'autorité, n'a pas de valeur : « Les souverains, dit M. Hennequin, manqueraient de la puissance nécessaire pour pourvoir et aviser au bien commun désirable de leurs États et de leurs sujets ». Plusieurs<sup>7</sup> réponses se présentent. Le pouvoir de l'Église d'établir des empêchements dirimants offre à lui seul toute garantie que les mariages auxquels il y a vraiment lieu de mettre obstacle sont empêchés : gardienne vigilante, d'après sa vocation et en vertu de l'assistance qu'elle reçoit d'en haut, de la dignité des sources de la grâce, elle écarte soigneusement les unions fâcheuses. Une négligence sous ce rapport est d'autant moins à redouter que l'autorité ecclésiastique est, nul ne le conteste, très accessible aux demandes du pouvoir civil, très désireuse de témoigner, dans ses relations avec lui, d'un grand esprit d'union. Concédonc cependant qu'il puisse arriver que l'incompétence des souverains empêche l'établissement d'une cause utile de nullité ; nous n'en maintenons pas moins que le bien public ne réclame point en faveur du droit que nous

nions. Le bien supérieur des États, celui dont l'idée, d'ailleurs, vient principalement à l'esprit quand il s'agit de mariages à empêcher, n'est-ce pas le bien moral ? Or, cet intérêt demande, suivant ce que nous avons démontré, la compétence exclusive de la puissance spirituelle.

Au surplus, l'argument principal de Pothier, celui qu'il donne d'abord et qu'il reprend pour l'opposer à Bellarmin est tout autre. Le voici :

« Le mariage étant un contrat appartient, de même que les autres contrats, à l'ordre politique, et il est en conséquence, comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour tout ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la société civile. Les princes séculiers ont donc le droit de faire des lois pour le mariage de leurs sujets, soit pour l'interdire à certaines personnes, soit pour régler les formalités qu'ils jugent à propos de faire observer pour le contracter valablement ».

Parce que le mariage est un contrat, il est soumis, pareillement à toutes les autres conventions, à la juridiction du souverain ! Vraiment, cette facilité de conclure est étonnante. Est-ce qu'il n'arrive pas, en tout ordre de choses, qu'une situation exceptionnelle entraîne des dérogations à une règle générale ? Or, précisément Pothier est obligé de reconnaître qu'en matière de mariage la situation n'est pas la même que pour les autres contrats. Plus loin, en effet, il s'exprime en ces termes :

« 19. En assurant à la puissance séculière les droits qui lui appartiennent, nous reconnaissons aussi ceux qui appartiennent à la puissance ecclésiastique. Le mariage étant contrat civil et sacrement, s'il est, en tant que contrat civil, soumis aux lois séculières, il est, en tant que sacrement, soumis aux règles de l'Église. C'est pourquoi nous avons garde de nous élever contre le décret du

Concile de Trente qui frappe d'anathème ceux qui contestent à l'Église le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage : « Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta dirimentia vel in iis constituendis errasse, anathema sit (Sess. 24, can. 4) ».

« 20. Nous avons néanmoins à cet égard deux observations à faire. La première est que le mariage n'étant soumis à la puissance ecclésiastique qu'en tant qu'il est Sacrement, et n'étant aucunement soumis à cette puissance en tant que contrat civil, les empêchements que l'Église établit, seuls et par eux-mêmes, ne peuvent concerner que le sacrement, et ne peuvent seuls et par eux-mêmes donner atteinte au contrat civil. Mais lorsque le Prince, pour entretenir le concert qui doit être entre le Sacerdoce et l'Empire, a adopté et fait recevoir dans ses États les canons qui établissent ces empêchements, l'approbation que le Prince y donne rend les empêchements établis par ces canons empêchements dirimants de mariage, même comme contrat civil.

« 21. La seconde observation est que, quoique l'Église ait le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage et que plusieurs de ceux qui sont aujourd'hui en usage, tels que ceux de la Profession religieuse et des Ordres sacrés aient été établis par l'Église dans les Conciles, néanmoins pendant bien des siècles l'Église n'a pas usé de ce pouvoir ; elle ne connaissait d'autres empêchements dirimants que ceux que la loi naturelle, le Lévitique et les lois civiles avaient établis..... »

Visiblement, le docte jurisconsulte n'admet pas volontiers les empêchements dirimants ecclésiastiques, mais enfin il les admet à cause du caractère sacramentel du pacte conjugal. Par rapport à d'autres contrats il n'accorderait point à l'Église le droit de créer des nullités et certes il aurait raison de ne pas le lui reconnaître d'une façon aussi large. Pothier

accepte donc, et à propos même du mariage, que ce qui est vrai au sujet de la juridiction séculière sur les contrats peut ne pas l'être pour une certaine convention. Bref, la conclusion du général au particulier n'est pas forcée, et l'auteur lui-même nous l'apprend par son exemple.

À la vérité, quelqu'un dira : — Le vice de raisonnement que vous reprochez à Pothier n'est que dans la forme. En effet, un peu plus loin que le passage que nous venons de lire, le jurisconsulte prévoit le motif que l'on peut invoquer contre les empêchements dirimants civils, à savoir que le mariage est un sacrement, et il soutient que cette raison n'est pas probante. Peut-être l'est-elle ; mais, du moins, n'imputez pas à l'éminent auteur l'inadvertance d'avoir oublié qu'une règle générale n'est pas nécessairement absolue. — Effectivement, au n° 15 Pothier s'exprime ainsi en parlant des adversaires de sa théorie :

« Leurs arguments sont des plus frivoles. Ils disent : le mariage est un Sacrement.... »

Considérons donc que dans ce passage Pothier complète son argumentation et veut établir qu'il n'y a pas de motif de restreindre la juridiction ordinaire du souverain sur les contrats. Voyons s'il y parvient.

« Il y a, dit-il, deux choses dans le mariage, le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le Sacrement qui est ajouté au contrat civil et à qui le contrat civil sert de sujet et de matière ».

Tout d'abord, au simple point de vue de la logique, nous n'acceptons pas cette qualification de civil donnée au contrat, car elle suppose résolue la question de l'incompétence du souverain qui est discutée dans la présente section et que nous examinons maintenant au point de vue des empêchements dirimants. Ce que Pothier peut plutôt dire, c'est qu'il y a le contrat et le sacrement. Mais cela même

est-il exact ? Non. Il y a bien ces deux mots qui conviennent l'un et l'autre au mariage, mais il n'y a qu'une seule et même chose, car c'est le contrat qui est le sacrement, ainsi que nous l'avons exposé dans la section III en nous appuyant sur l'enseignement formel de l'encyclique *Arcanum*.

« Que personne, dit-elle, ne se laisse ébranler par cette distinction tant prônée des Régaliens qui consiste à séparer le contrat nuptial du sacrement et qui tend sans doute à ce que, le point de vue du sacrement étant réservé à l'Église, le contrat soit livré à l'autorité et au jugement des Princes séculiers. Distinguer ou plutôt distraire ainsi n'est pas possible. Nous avons vu, en effet, que dans le mariage chrétien le contrat ne peut être séparé du sacrement, et que, par suite, un contrat matrimonial réel et régulier ne saurait se former qu'il ne soit par là même sacrement..... » (1). Cette vérité rappelée que le contrat matrimonial est le sacrement de mariage, il ne reste plus, pour écarter les empêchements dirimants civils, qu'à appliquer le principe formulé par Pothier lui-même dans l'argumentation de ses adversaires, telle qu'il l'expose, et qui n'est point combattu par lui : la puissance séculière ne s'étend point aux choses spirituelles. Ou bien nous reprendrons une manière de raisonner qui nous a paru plus claire et nous dirons : quand le souverain établit un empêchement dirimant de mariage, il règle l'usage d'un moyen direct de salut ; il prive de celui-ci, c'est du moins sa prétention, en tel ou tel cas les chrétiens, il fixe qu'en cette hypothèse il n'y aura pas communication de la grâce puisqu'il n'y aura pas contrat. Or, cela est hors de son pouvoir. L'Église seule a été déléguée pour nous diriger dans l'emploi de ce qui constitue proprement des moyens de salut.

---

(1) A cause de son rôle dans la discussion actuelle, nous avons répété partiellement cette citation donnée intégralement à la page 309

Après cela, il n'y a point à s'arrêter à cette défense de Pothier :

« La loi civile, en déclarant nul un contrat de mariage fait contre sa disposition, ne touche point au sacrement de mariage, puisque ce contrat de mariage qu'elle rend nul n'est pas Sacrement, elle empêche seulement, en le déclarant nul, qu'il puisse être la matière du Sacrement de mariage ».

En d'autres termes, le souverain, quand il établit un empêchement dirimant, ne frappe pas d'inefficacité une cause de la grâce, parce qu'alors il n'y a pas contrat. Il est exact que si le souverain avait le pouvoir d'annuler le contrat matrimonial on ne pourrait dire qu'en agissant ainsi il frappe d'inefficacité une cause de la grâce ou infirme un sacrement. Nous le reconnaissons et nous n'allons pas rejeter maintenant une manière de raisonner à laquelle nous-même avons eu recours pour établir que l'Église peut créer des empêchements dirimants, bien qu'elle ne puisse frapper d'inefficacité un sacrement. Mais il ne résulte point des termes qui viennent d'être rapportés que le souverain puisse annuler le contrat puisque c'est ce qu'ils supposent établi. Nous maintenons donc qu'il ne le peut point parce que ce serait régler l'usage d'un moyen de salut, ce serait faire qu'on ne pût y recourir dans une hypothèse donnée. Or, ce pouvoir, s'il est aux mains de l'Église, il n'appartient pas à l'autorité civile. Peut-être dira-t-on : le souverain ne prétend pas précisément que le mariage soit nul, mais il le tient pour tel en ce qui le concerne. Nous ferions deux réponses. Premièrement, est-ce que cette manière de voir du souverain n'aura point pratiquement pour conséquence que le souverain usera de la contrainte à l'effet d'imposer l'observation de la volonté souveraine d'après laquelle les époux seront étrangers l'un à l'autre? Or, cette volonté est sans force; la loi d'assistance mutuelle ne la sanctionne



point, parce que d'après l'ordre divin et l'intérêt des hommes il n'appartient pas au pouvoir civil de mettre obstacle à ce que les époux fassent usage du moyen direct de salut qui consiste dans le contrat matrimonial. Secondement, quand même la déclaration de nullité faite par le souverain uniquement à son point de vue n'aurait d'autre résultat qu'une attitude négative de la part de l'autorité civile, nous repousserions cette déclaration. La puissance séculière doit son assistance au pouvoir religieux lorsque celle-ci est utile au bien moral. Or, elle l'est certainement quand il s'agit de faire respecter par des époux les lois de leur état et la grâce qu'ils ont reçue.

Ainsi, même dans le sens atténué qui vient de fixer notre attention, les empêchements dirimants civils sont inadmissibles. De toute manière, la doctrine de Pothier est fautive. Nous ajouterons quatre observations à la réfutation que nous venons d'en faire. Elles sont principalement relatives à des erreurs ou à des inexactitudes de langage connexes au système que nous venons de combattre.

297. En premier lieu, admettre le droit pour la puissance séculière d'établir des empêchements dirimants, c'est facilement tomber dans le système du mariage civil, c'est-à-dire de la validité du contrat matrimonial devant l'autorité politique alors même que d'après l'Église il est nul. Assurément, il y a là une erreur. C'est évident dans notre doctrine qui ne permet pas aux souverains de régler l'usage d'un moyen de salut, de déterminer quand on se le sera appliqué, de fixer de quelle manière on devra l'employer ensuite sans manquer à son devoir ou quelles seront les obligations personnelles entre époux. Même pour Pothier, il y a une erreur dans la théorie du mariage civil. On n'en peut douter en présence d'un texte que nous avons déjà donné où le jurisconsulte enseigne que le souverain est tenu d'adopter et de faire recevoir dans ses États les canons qui établissent

des empêchements, parce qu'il le faut « pour entretenir le concert qui doit être entre le Sacerdoce et l'Empire ». Mais nous n'en disons pas moins que cette erreur du mariage civil résulte facilement de la théorie par nous combattue. Pour soutenir cette dernière, en effet, qu'est-on porté à dire, que dit Pothier lui-même, avant de reconnaître implicitement dans les lignes qui viennent d'être rappelées que le mariage est une convention à part ? On est porté à dire et Pothier dit : « Le mariage étant un contrat, appartient, *de même que tous les autres contrats*, à l'ordre politique, et il est, en conséquence, comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour régler tout ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la société civile ». Or, si le mariage est comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la puissance séculière, facilement on conclura qu'il l'est au même degré et, par suite, suivant ce qui arrive pour les autres conventions lesquelles ne sont pas généralement réglementées par l'Église, on dira que l'autorité civile peut le tenir pour valide sans avoir à se préoccuper de la manière de voir de la puissance religieuse.

Aisément donc, si l'on admet le pouvoir séculier à établir des empêchements dirimants, on tombe dans l'erreur du mariage civil. Il y a plus. Logiquement, on y doit tomber. En effet, attribuer aux souverains le droit dont il s'agit, c'est indirectement refuser au pouvoir ecclésiastique la mission de directrice du salut : si ce pouvoir la possède, n'est-ce pas à lui nécessairement à régler l'usage des moyens directs de salut ? Mais, d'autre part, si l'Église n'a pas la mission de sauver les âmes, elle n'en a point, elle n'a nulle autorité et, dès lors, la juridiction civile reste intacte.

Par suite, il n'y a pas lieu d'être surpris, si après la théorie régaliennne, dont Pothier s'était fait l'interprète, l'institution du mariage civil s'établit. La différence entre les deux était

simplement que, par une contradiction, suivant ce que nous venons de dire, et pour conserver une harmonie séculaire, on faisait dans la première théorie un devoir au souverain d' « approuver » les canons qui établissent des empêchements. Conséquemment, que la rupture vînt à se produire entre les deux puissances comme il arriva au moment de la révolution française, le mariage civil devait alors s'implanter dans nos lois.

Les observations qui nous restent à faire seront beaucoup plus courtes que la précédente.

En second lieu, on a pu voir dans la première citation de Pothier, que le contrat matrimonial envisagé par rapport au sacrement de mariage est comparé par cet auteur à ce qu'est l'eau dans le baptême. Cette assimilation est erronée. L'eau dans le baptême n'est pas le signe de la grâce, elle n'est pas le sacrement ; elle est seulement une partie de ce signe dont l'autre consiste dans les paroles que prononce le ministre du sacrement. La première est la matière et la seconde est la forme. Au contraire, le pacte matrimonial est le sacrement lui-même : il en est tout à la fois la matière et la forme. La matière, c'est l'échange des volontés des époux ; la forme, ce sont les paroles qu'ils prononcent ou l'acte extérieur équivalent qu'ils font pour la manifestation de leurs consentements. Dans une de nos dernières pages nous avons vu pour la seconde fois cette doctrine affirmée par l'illustre auteur de l'encyclique *Arcanum*. Précédemment Pie IX s'était exprimé en termes analoges, quoique moins formels, dans son allocution du 27 septembre 1853, relative aux affaires de la Nouvelle-Grenade :

« Comme personne n'ignore et ne peut ignorer que le mariage est vraiment et par lui-même un des sept sacrements de la loi évangélique institué par Notre-Seigneur Jésus-Christ et par suite qu'entre chrétiens un mariage ne peut se former qu'il ne soit ensemble et en même temps un sacre-

ment ; comme entre chrétiens, une autre union de l'homme et de la femme qui ne serait pas sacrement, même si elle était fondée sur une loi civile quelconque, ne saurait être que le honteux et funeste concubinage condamné par l'Église depuis des siècles ; comme le lien conjugal ne peut jamais être séparé du sacrement et qu'il appartient absolument à l'Église de régler tout ce qui peut d'une manière quelconque regarder le mariage chrétien.... » (1).

Une déclaration pareille résulta implicitement quelques années plus tard de la condamnation de la proposition LXVI<sup>e</sup> du *Syllabus* :

« Le sacrement de mariage n'est qu'un accessoire du contrat, il en est séparable et le sacrement lui-même consiste simplement dans la seule bénédiction nuptiale » (2).

La comparaison faite par Pothier, entre le contrat nuptial et l'eau du baptême, n'est donc pas exacte. Mais nous ne demandons pas mieux que de l'admettre, car elle ramène à l'idée de l'incompétence des souverains à l'effet d'établir des empêchements dirimants. Si, par impossible, l'autorité civile avait le domaine général de l'eau, est-ce qu'elle pourrait

(1) « Cum nemo ex catholicis ignoret, aut ignorare possit, matrimonium esse vere et proprie unum ex septem Evangelicæ legis Sacramentis, a Christo Domino institutum, ac propterea inter fideles matrimonium dari non posse quin uno eodemque tempore sit Sacramentum, atque ideo quolibet aliam inter christianos viri et mulieris, præter Sacramentum, conjunctionem cujuscumque etiam legis civilis vi factam, nihil aliud esse nisi turpem atque exitialem concubinatum, ab Eccle. in tanto tempore damnatum, ac proinde a conjugali fœdere Sacramentum separari nunquam posse et omnino spectare ad Ecclesiæ potestatem ea omnia decernere, quæ ad idem matrimonium quovis modo possunt pertinere.... » (Gury, *Compendium theologiæ moralis* II, N<sup>o</sup> 793).

(2) « Matrimonii sacramentum non est nisi quid contractui accessorium ab eoque separabile, ipsumque sacramentum in una tantum nuptiali benedictione situm est ».

mettre obstacle à ce que les ministres du baptême eussent l'eau dont ils auraient besoin pour procurer la grâce de ce sacrement ? Non, sans doute. De même donc le pouvoir civil ne peut faire qu'un homme et une femme n'aient pas à leur disposition le contrat matrimonial à l'aide duquel ils se procureront la grâce attachée à cette convention.

Troisièmement, il va de soi que l'expression de « contrat civil » employée par Pothier, nous la rejetons, puisque les souverains n'ont sur le mariage que des droits accessoires déterminés plus haut. La vérité est que le mariage est un contrat religieux.

Enfin, après avoir combattu le langage de Pothier, nous devons dire que du côté de cet auteur il y avait un grand nombre de théologiens. Nous lisons dans Carrière, au cours de la discussion sur les empêchements dirimants civils (*De matrimonio*, I, N° 559) :

« Mais d'autres théologiens soutiennent que l'institution du sacrement n'empêche point que le mariage soit sous la juridiction des princes qui peuvent ainsi, d'après la nature de cet acte, annuler les mariages de leurs sujets, même chrétiens. En ce sens, se prononcent non seulement les théologiens français, mais plusieurs étrangers, comme Sanchez qui va jusqu'à dire que cette doctrine doit être déclarée indubitable et cite plusieurs auteurs, L. VII, d. III, n° 2, comme les théologiens de Salamanque et ceux qu'eux-mêmes indiquent, C. XI, n° 14, comme Pirling, L. IV, tit. I, n° 150, Selvagius, Instit. canon. L. II, tit. IX, n° 2, et autres en bon nombre. Leur raison est que si le mariage a été élevé à la dignité de sacrement, il n'a pas cessé pour cela d'être un contrat naturel et civil, car le sacrement ne détruit point le contrat, comme c'est évident et ce contrat n'importe pas moins au bien de la société ; il est donc toujours soumis au prince..... Qu'on le remarque, dans la doctrine opposée, il faudrait dire que les princes, quand la religion chrétienne

se propage dans leurs États et qu'ainsi les mariages de leurs sujets prennent le caractère de sacrement, perdent quelque chose de leurs droits temporels ; or, c'est là une conclusion opposée à l'enseignement constant de l'Église, et il n'est personne qui ne voie combien un tel système rendrait la religion odieuse aux princes » (1).

Ce texte correspond visiblement aux explications de Pothier. Il est donc réfuté déjà. Spécialement, nous faisons observer qu'ont été montrées vaines ces deux raisons de décider indiquées d'abord dans la citation : le sacrement n'enlève pas le contrat, et ce contrat ne concerne pas moins que s'il n'avait pas le caractère sacramentel le bien de la société. D'un côté, nous avons établi que ce contrat, au lieu de suivre les règles ordinaires, ne peut être régi, en ce qui concerne les causes de nullité, que par l'Église, parce qu'il est un moyen direct de sanctification ; d'autre part, nous avons répondu : le bien de la société, il est aussi parfaitement, il est même mieux garanti par la compétence

(1) « Alii vero theologi propugnant institutionem sacramenti non obstare quin matrimonium subjiatur auctoritati principum qui ideo ex natura rei possunt irritare matrimonia subditorum, etiam christianorum. Ita non solum theologi Galli, sed plures extranei, ut Sanchez, qui illud absque dubio dicendum esse pronuntiat, et plures alios citat, L. VII, d. III, n° 2 ; Salmanticenses cum aliis quos citant, c. XI, n° 14 ; Pirhing, L. IV. tit. I, n° 150 ; Selvagijs, Instit. canon. L. II, tit. IX, n° 4 ; et alii non pauci. Ratio ipsorum est, quod, licet matrimonium erectum sit ad dignitatem sacramenti, non ideo desit esse contractus naturalis et civilis ; sacramentum enim non tollit contractum, ut patet, et ille contractus non minus spectat ad bonum societatis ; ergo semper subjiatur principi... » Et vero in adversariorum sententia dicendum esset principes, quando religio christiana in eorum imperio propagatur, et sic matrimonia subditorum sacramenti rationem recipiunt, aliquid amittere de suis juribus temporalibus : atqui illud opponitur constanti doctrinae Ecclesiae, et nemo non videt quam odiosa inde redderetur religio principibus ».



exclusive de l'Église relativement aux empêchements dirimants.

298. Il est vrai qu'on formule un troisième argument : si les souverains, est-il dit, ne peuvent, dans l'ordre chrétien, établir des empêchements dirimants, il faut admettre, contrairement à la doctrine constante de l'Église et à l'intérêt de la religion que le christianisme a fait perdre aux princes quelque chose de leurs droits. Assurément cette conclusion logiquement s'impose, mais elle est vraie et manifestement raisonnable. L'Église a été établie dépositaire de l'autorité divine en ce qui regarde le bien des âmes ; elle peut donc, en vue de cette fin, commander aux souverains eux-mêmes qui se voient ainsi privés d'une partie de leur souveraineté. De plus, indépendamment de cette modification générale, des moyens directs de salut ayant été établis par Notre-Seigneur, l'Église est seule compétente pour en régler l'usage parce qu'elle est seule chargée de nous diriger dans l'œuvre de notre sanctification. Quant à dire que la doctrine du maintien intégral de la souveraineté politique est la doctrine constante de l'Église, il y a là une grande inadvertance. Pothier lui-même nous autorise déjà quelque peu à l'affirmer en nous disant de Bellarmin et de « quelques auteurs » qu'ils « ont attaqué dans leurs écrits le droit de la puissance séculière sur les mariages », parce qu'ils « voudraient concentrer dans le Pape toute puissance, la spirituelle et la temporelle ». Cette imputation est fautive, mais il est vrai aussi qu'il y a de l'illustre controversiste les paroles suivantes qui sont assez connues et que nous avons citées dans notre tome I, au chapitre de l'Église :

« En ce qui concerne les lois civiles, régulièrement le Pape ne peut point, comme Pape, les établir ou les confirmer ou les abroger, parce qu'il n'est point chef politique de l'Église. Mais cette intervention lui est cependant permise, si quelque loi civile est nécessaire ou nuisible au salut des

âmes, et si les souverains en refusent, soit l'établissement, soit l'abrogation..... C'est ainsi que la loi ecclésiastique contenue dans le dernier chapitre du titre *De præscriptionibus*, a abrogé la loi impériale que nous trouvons au Code, au titre *De præscriptionibus XXX vel XL annorum*, et qui admet la prescription, même en cas de mauvaise foi » (*De summo Pontifice*, L. V, ch. VI).

Dans le même chapitre nous avons aussi fait connaître la doctrine toute semblable de saint Thomas et de Suarez. L'Ange de l'École dit :

« Afin de séparer les affaires temporelles des intérêts du salut, ce ne sont point les souverains temporels, mais les prêtres qu'il a choisis, et principalement le Pontife suprême, le successeur de Pierre, le vicaire du Christ, le Pontife romain, auquel tous les souverains de la chrétienté doivent être soumis comme à Notre-Seigneur Jésus-Christ lui-même. A celui, en effet, à qui il appartient de conduire les hommes à leur dernière fin, doivent être soumis ceux qui les conduisent seulement à des fins plus rapprochées; les seconds sont sous l'empire du premier » (*De regimine principum*, L. I, ch. XIV).

Dans Suarez nous lisons :

« Au point de vue du bien des âmes, la loi civile est subordonnée à la loi ecclésiastique et peut être abrogée par cette dernière. Ce fait se produit dans deux hypothèses. La première est celle d'une loi civile relative à une matière qui de sa nature paraît temporelle, mais a été élevée au rang des intérêts spirituels, comme le contrat matrimonial, les legs pieux, les biens ecclésiastiques et choses semblables. La seconde est celle d'une loi civile qui statue en matière vraiment temporelle, mais est contraire aux bonnes mœurs ou renferme un péril pour les âmes » (*De legibus*, L. VI, ch. XXVI, § 3).

Devant ces textes, comment a-t-on pu dire que la doctrine du maintien intégral de la souveraineté politique était la doctrine constante de l'Église? En tout cas, il y aurait une opiniâtreté absurde à prétendre que tel est encore aujourd'hui l'enseignement de l'autorité religieuse. Dans le chapitre déjà rappelé nous avons donné le passage suivant qui, bien qu'emprunté à l'encyclique *Arcanum* sur le mariage, a la généralité de la thèse dont maintenant il s'agit :

« Personne n'ignore que le fondateur de l'Église, Jésus-Christ, a voulu que le pouvoir religieux fût distinct du pouvoir civil, et que chacune de ces autorités fût libre et indépendante dans ses fonctions; avec cette restriction toutefois, utile aux deux puissances et conforme à l'intérêt de l'humanité, que l'union et la concorde régneraient entre elles, et que dans les affaires qui, à des titres différents, ressortent des deux juridictions, le pouvoir qui a la garde des intérêts humains serait subordonné, comme il est utile et convenable, à celui auquel les intérêts célestes sont confiés ».

Ainsi, bien loin que ce soit l'indépendance, c'est la subordination des souverains qui est la doctrine de l'Église.

Que si un tel principe déplaît aux puissants il n'y a pas là une raison pour les auteurs de le cacher. La vérité ne peut être abandonnée. Les souverains, d'ailleurs, s'ils aiment la partie la plus noble de leur mission, trouveront une compensation bien large en ce que, restreint d'un côté, d'un autre leur pouvoir a grandi : ils sont devenus les auxiliaires de la puissance surnaturelle dans la recherche du bonheur céleste.

Telle est notre réponse à l'argument de la doctrine constante de l'Église et de l'intérêt de la religion. Carrière qui le rapporte nous dit en termes très nets qu'il n'est point admis par les auteurs les plus considérables. Au n° 597 de son traité nous lisons :

« Si l'on examine attentivement les motifs de créance de l'une et de l'autre théorie, il faut avouer que plus graves sont les autorités qui soutiennent l'opinion des théologiens étrangers (1), et qu'ainsi elle devrait être admise s'il fallait trancher la question d'après les autorités » (2).

Il est vrai que le savant professeur de Saint-Sulpice n'en adopta pas moins pendant longtemps la théorie favorable au pouvoir civil. Dans le même numéro 597 des quatre premières éditions de son traité *Du mariage*, il ajoutait :

« Mais, d'autre part, plus fortes paraissent être les raisons qu'en sa faveur produit l'opinion des théologiens français. En ce conflit, il ne manque pas de personnes qui pensent qu'il faut tenir pour l'autorité plutôt que pour la raison quand il s'agit d'une question théologique. Ce serait indubitable si les autorités, alléguées en notre matière, étaient absolument décisives. Mais si elles ne le sont pas, si au contraire ou bien on peut dans la théorie adverse les expliquer d'une façon très satisfaisante ou bien elles ne peuvent engendrer de leur nature qu'une probabilité, alors il faudra examiner si les raisons qui militent en sens opposé peuvent être également expliquées, écartées. Or, en suivant cette règle, quoique chacun puisse en toute liberté choisir son opinion, il nous paraît que les théologiens français font mieux face aux autorités invoquées par les théologiens étrangers que les étrangers aux arguments théologiques des Français, et c'est

---

(1) Dans le langage de Carrière, l'opinion des théologiens étrangers c'est le système de l'incompétence des souverains en matière d'empêchements dirimants, tandis que l'opinion des Français est la doctrine opposée.

(2) Si attente inspiciantur utriusque opinionis momenta, fatendum est graviores auctoritates patrocinari sententiæ theologorum extraneorum, quæ ideo tenenda esset si quæstio ex auctoritate definienda foret ».

pourquoi nous embrassons comme plus probable l'opinion des Français » (1).

Mais finalement Carrière répudia la doctrine qu'il avait longtemps professée et il reconnut qu'à l'Église seule il appartient, en ce qui concerne les chrétiens, d'établir des empêchements dirimants. Dans la préface de la cinquième édition de son traité du mariage publiée en 1857 on lit :

« Nous tenons à vous avertir, cher lecteur, que ce que nous avons enseigné dans nos *Prælectiones Majores* n<sup>os</sup> 121, 329, 597, 1099, etc.) et dans les éditions antérieures de ce *Compendium* doit être modifié suivant ce que nous avons introduit dans la présente » (2).

Et au numéro 302 de celle-ci le noble et savant maître fait cette déclaration :

« Nous reconnaissons volontiers que dans les choses qui se rapportent à l'institution divine du Christ et aux droits de

(1) « Sed ex altera parte, graviore rationes in sui gratiam adducere videtur theologorum Gallorum sententia. In illo conflictu, non deerunt qui putent auctoritati potius quam rationi standum esse, ubi agitur de questione theologica. Illud extra dubium foret, si omnino decretoriæ essent auctoritates quæ allegantur : si vero tales non sint, sed e contra vel modo prorsus verisimili explicentur, vel non nisi probabilitatem ex sua natura parere possint, expendendum erit an eadem verisimilitudine explicentur aut solvantur rationes quæ in oppositum militant. Porro, hanc regulam sequentes, quamvis unicuique omnino liberum sit quam voluerit sententiam amplecti, nobis videtur feliciter se expedire theologos Gallos ab extraneorum auctoritatibus, quam extraneos a Gallorum argumentis theologis, ideoque Gallorum opinionem tanquam probabiliorem amplectimur ».

(2) « Hoc te monitum volumus, amice lector, ut quæ in Prælectionibus Majoribus (n<sup>is</sup> 121, 329, 597, 1099, etc.) et in prioribus hujusce Compendii editionibus prolata a nobis fuerant, juxta ea quæ in præsentis tradimus immutanda esse noveris » (Cette citation et la suivante se trouvent aussi dans le traité *De impedimentis et dispensationibus matrimonialibus* de Mgr Feije, aux numéros 55 et 56)

l'Église sur les sacrements, il faut avoir égard surtout à l'argument d'autorité. Or, en se plaçant à ce point de vue, il faut se prononcer en faveur de la puissance exclusive de l'Église » (1).

Et alors l'auteur se réfère à plusieurs actes du Saint-Siège parmi lesquels il cite l'allocution déjà donnée de Pie IX relative aux affaires de la Nouvelle Grenade et la lettre du même Pape au roi de Sardaigne qui sera reproduite quelques pages plus loin,

Ce n'est pas seulement devant l'argument d'autorité, c'est devant la logique que l'illustre auteur aurait cédé, s'il s'était arrêté à cette considération maintenant indiscutable, grâce à l'encyclique *Arcanum*, que le contrat matrimonial lui-même est le sacrement de mariage.

---

(1) « Libenter agnoscimus in iis quæ ad divinam Christi ordinationem et ad jura Ecclesiæ circa sacramenta referuntur, ad auctoritatem potissimum attendi debere. Porro, re sub eo respectu considerata, pronuntiandum est in favorem potestatis exclusivæ Ecclesiæ ».



## ARTICLE II.

**De l'incompétence de l'autorité civile à l'effet d'établir des empêchements prohibitifs, de statuer sur la validité et la licéité naturelles d'un mariage et sur la validité de fiançailles, enfin sur les devoirs personnels des conjoints.**

---

299. Nous l'avons dit, cette incompétence n'a pas été énergiquement soutenue comme la précédente, parce qu'il y a une gravité particulière à méconnaître celle-ci. Le désordre est plus grand si le souverain prétend priver d'un moyen direct de salut que s'il veut seulement soit élever l'obstacle non absolu d'une simple prohibition, soit déclarer que ce moyen n'existe pas naturellement ou est irrégulier ou que, faute de fiançailles, il n'y a pas obligation de s'unir, soit enfin fixer les rapports personnels des époux. Mais l'incompétence multiple dont nous parlons maintenant n'en doit pas moins être déclarée, et nous l'avons admise plus haut, au même titre que la précédente. Elle existe parce que chacun des pouvoirs qu'elle exclut tend à régler l'usage d'un moyen direct de sanctification. Il est inutile d'entrer dans une discussion approfondie. car les arguments qui ont été invoqués par les partisans des empêchements dirimants civils sont ceux qui se présenteraient en la matière actuelle. On a dû remarquer leur caractère général. Le mariage reste un contrat et,

comme tel, soumis à la juridiction séculière, — la doctrine constante et la pratique ancienne de l'Église ainsi que les exigences du bien public et religieux militent en ce sens, telles sont, en effet, les difficultés que nous avons rencontrées et que l'on pourrait renouveler ici. Nous nous bornerons donc à quelques réflexions sur les différentes incompétences réunies dans celle qui actuellement nous occupe.

Au sujet de l'exclusion des empêchements prohibitifs civils, Carrière (n° 547) reconnaît que, contrairement à une doctrine qui lui paraît hors de doute, un auteur, Fr. Salerno, dit : Quelques-uns accordent aux princes le droit de faire des lois prohibitives au sujet du mariage, mais si on le concède il faut dire qu'ils le tiennent de la condescendance de l'Église (*Matrimonii valor a Francorum oppugnationibus vindicatus*, Madrid, 1636). Nous n'avons plus à dire pourquoi nous adhérons à cette manière de voir ; nous venons encore de le répéter. On alléguera peut-être en sens contraire qu'à côté des raisons très graves communes à tous les hommes qui sont susceptibles de déterminer l'établissement d'empêchements dirimants il y a des motifs moins importants et particuliers à tel ou tel État qui peuvent demander que certaines unions soient prohibées ; il s'agira, par exemple, du mariage de militaires d'une armée permanente, de fonctionnaires qui doivent garder une condition de laquelle tel genre d'union les ferait déchoir. Il y a une part de vrai dans cette objection : c'est que les intérêts politiques qui peuvent réclamer la prohibition de certains mariages doivent être sauvegardés, mais précisément ils le sont dans le système de la compétence exclusive de l'Église en matière d'empêchements. Ils sont garantis par cet empressement, dont nous avons parlé dans le premier article, que met l'Église à faire droit aux demandes du pouvoir civil. Est-ce à dire que le résultat sera le même que si l'autorité civile prohibait elle-même ? Non, certes. Le danger d'interdictions dont la cause ne mériterait

point que l'on exposât des personnes aux périls du célibat est écarté, car la considération de ceux-ci sera toujours présente à l'esprit de la puissance morale, et indépendamment de cet avantage il y en a d'autres, indiqués dans l'article précédent, comme celui d'une notion plus nette du sacrement et de la mission de l'Église, qui seront obtenus. La manière de voir de Salerno n'est pas inconciliable avec celle de Perrone (*De matrimonio christiano*, lib. II, *sectio altera*, art. I) qui admet les empêchements prohibitifs civils. Assez vraisemblablement il ne se prononce ainsi que par un effet de cet esprit de condescendance dont parle notre auteur, car la raison donnée par Perrone, à savoir que les lois de l'Église ne peuvent viser les situations particulières à tel ou tel pays, ne nous semble pouvoir être acceptée que comme l'indication d'une difficulté qui est de nature à décider l'Église à accepter ordinairement les empêchements prohibitifs civils. Est ce qu'on ne fait point parfois une loi pour une province seulement ? Nous rencontrerons précisément, dans la section VIII, un empêchement prohibitif canonique, à la vérité fondé sur la coutume, qui est local : c'est celui du temps. De plus dans l'empêchement prohibitif complexe appelé *Ecclesiae retitum* sont comprises des interdictions faites par l'évêque ou par le curé, relativement même à tel mariage pris en particulier. Puis, si le motif de l'impossibilité de lois locales était concluant relativement à des empêchements prohibitifs civils, ne le serait-il pas également en faveur des nullités d'origine séculière ? Plus haut, dans la citation de Pothier, nous avons lu ces paroles d'un professeur de la Sorbonne : « A n'en pas douter, puisque, de l'aveu de tous, les princes politiques peuvent empêcher, par des dispositions prohibitives, que le mariage-sacrement des chrétiens, à raison de son caractère de contrat civil, ne soit conclu licitement, ils pourront aussi empêcher la validité du contrat en établis-

sant à peine de nullité des empêchements dirimants ». Plus facilement encore un souverain pourra refuser les effets civils à un mariage à titre de sanction d'un empêchement prohibitif civil et ainsi, dans une large mesure, il créera pratiquement une cause de nullité.

En ce qui concerne l'incompétence à l'effet de statuer sur la validité et la licéité naturelles d'un mariage et sur la validité de fiançailles, nous ne voyons point à quel intérêt politique elle peut paraître funeste, sinon à celui d'un prestige mal entendu. Au contraire, l'intérêt de la vérité juridique en matière matrimoniale trouve une sauvegarde dans la compétence exclusive de l'autorité religieuse ; celle-ci est portée par sa vocation à veiller avec un soin particulier tout à la fois à ce que le mariage soit reconnu ou ait lieu quand il existe ou doit être, parce qu'il s'agit d'une grâce reçue ou à recevoir, à ce que le mariage soit empêché quand il serait coupable et à ce que le mariage soit nié quand il n'existe point afin que le sacrement ne soit pas avili par l'assimilation extérieure avec une union illicite. Notre ancienne jurisprudence admettait, mais à titre de concession des rois, la compétence des tribunaux ecclésiastiques en matière de validité de fiançailles (Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 49) (1).

---

(1) Cette compétence a été exercée en 1880 dans des circonstances particulièrement dignes d'intérêt. Il s'agissait de savoir « si une loi portée en 1803 par le roi Charles IV et si la coutume établie à la suite de la promulgation de cette loi peut modifier la loi générale ecclésiastique contenue dans le *Corpus juris canonici* et sanctionnée par le Concile de Treute ». La question était posée en ces termes : « Au sponsalia quæ in Hispania contrahuntur absque publica scriptura sunt valida ? » La S. C. du Concile, le 31 janvier 1880, a répondu négativement. Mais de là on ne peut rien conclure en faveur des droits des souverains en matière de fiançailles, parce qu'il existait une coutume ecclésiastique dans le sens de la nullité du contrat soumis au jugement du tribunal. On s'en rendra bien compte si on lit le *Votum* qui a précédé la sentence : « Carolus IV Hispaniarum rex die

300. Une suite de ce que l'Église a seule qualité pour statuer sur la réalité du pacte conjugal est que la question de légitimité des enfants lui appartient exclusivement. C'est là, en effet, une question de validité de mariage. Nous avons vu plus haut un Pape, Alexandre III, se prononcer en ce sens dans des circonstances que sa constitution précise (Décrétales, L. IV, titre XVII *qui filii sunt legitimi*, chap. V) : deux questions connexes de légitimité et d'héritage étant pendantes devant les juridictions ecclésiastique et civile, le Souverain-Pontife prévoit le cas où la preuve offerte en matière de filiation n'aurait pas été produite dans le délai de deux mois et il se borne à ordonner qu'alors le juge séculier soit averti « que la question de filiation légitime ne l'empêche plus d'examiner et de juger l'affaire d'hérédité » (Voir n° 286).

Nous avons déjà cité ce texte à l'appui de l'idée que l'Église a le droit de connaître des questions de filiation légitime, mais il va comme nous jusqu'à dire que ce droit appartient à l'Église seule.

En ce qui concerne la détermination des devoirs personnels des conjoints, les avantages de la compétence de l'Église apparaissent de nouveau clairement. Combien la justice ecclésiastique n'est-elle pas mieux préparée, avec son caractère particulièrement divin, avec son action intime sur les âmes, pour ramener la paix entre les conjoints, pour leur imposer, au nom du salut éternel, les sacrifices que cette

28 aprilis anni 1803 Pragmaticam edidit qua præcepit ut a nullo cujuscumque jurisdictionis Judice, Tribunalique admitteretur simplex libellus impedimenti ad matrimonium contrahendum, sponsalium causa, nisi publica scriptura fuerint roborata. Carohnam dispositionem Ecclesia Hispana, invita licet, et aliquibus Episcopis contradicentibus, ab exordio tamen admisit, constanter, universaliterque eam observans; hinc consuetudinario jure canonicæ disciplinæ et sanctionis Ecclesiasticæ vim adeptæ est atque in præsentiarum vires suas exercit » (*Revue des sciences ecclésiastiques*, tome XLI, p. 538).

paix peut demander. Aussi tenons-nous que c'est ne pas comprendre l'intérêt des familles que de soumettre aux tribunaux séculiers les causes de séparation de corps. Au témoignage de Carrière (n° 353), il fut un temps où l'Église les jugeait et les jugeait seule. Mais les tribunaux civils se les approprièrent sous le prétexte qu'ils avaient à statuer sur la séparation de biens. Ce motif était sans valeur, car chacune des deux séparations peut exister sans l'autre, suivant ce que nous avons établi dans la section I. D'ailleurs, il faudrait le rejeter, même si elles étaient inséparables. L'autorité séculière devrait attendre le jugement sur la séparation de corps.

Nous n'avons plus rien à ajouter pour la justification de l'incompétence des souverains en matière de mariage. Quant aux pouvoirs qui leur restent, nous les rappelons dans les termes où nous les avons déjà fait connaître : l'infliction de peines à ceux qui sont reconnus par l'Église avoir manqué aux devoirs personnels des époux, le châtiement de ceux qui, vivant maritalement, sont tenus par l'Église pour non mariés ou pour violateurs d'empêchements prohibitifs, s'il y a gravité, l'infliction de peines à ceux qui attaquent l'institution du mariage, l'imposition de sacrifices en vue du bien de la société conjugale, notamment l'abaissement des enfants de personnes qui, selon l'Église, ne sont pas mariées, la contrainte à l'effet de forcer les époux à remplir leurs devoirs personnels tels que l'Église les a déterminés et à l'effet de séparer les concubinaires, enfin la sanction du régime pécuniaire naturel des conjoints, des droits des enfants, l'octroi de faveurs au mariage, puis comme conséquence du premier et des trois derniers de ces pouvoirs celui d'obliger les époux à déclarer leur mariage une fois contracté, mais sans que de cette obligation puisse résulter le droit pour le souverain de méconnaître l'union conjugale.



301. Il a été dit parfois que la part qui revenait aux souverains dans la matière du mariage était de disposer des effets civils. Ainsi dans sa lettre du 9 septembre 1852 au roi de Sardaigne Pie IX s'exprimait dans les termes suivants qui ne sont pas, on le verra immédiatement, une affirmation complète de la vraie doctrine :

« Il n'y a qu'un moyen de *conciliation* : que César garde ce qui est de son ressort, et l'Église ce qui lui appartient. Que le pouvoir civil dispose des effets civils qui dérivent du mariage, mais qu'il laisse à l'Église le droit d'en régler la validité entre chrétiens. Que la loi civile prenne pour point de départ la validité ou l'invalidité du mariage, selon ce que l'Église aura décidé, et partant de ce fait (qu'il est hors de sa sphère de produire), qu'elle dispose alors des effets civils » (*Recueil des allocutions consistoriales*, p. 314).

La formule que le souverain peut disposer des effets civils ne saurait aller sans interprétation. A la prendre, en effet, dans son sens littéral, elle autoriserait le souverain à agir comme il l'entend en matière de mariage, moyennant cette seule réserve qu'il ne se posera pas en autorité religieuse. L'autorité politique dirait assez aisément : — Les effets civils, ce sont les droits des époux et des enfants, en tant que ces prérogatives sont garanties par la puissance politique. D'autre part, toutes les questions de mariage se rattachent à ces droits ; dès lors, j'ai le pouvoir de régler toutes les questions de mariage au point de vue de mon action et il suffit que je n'impose pas mes volontés comme étant des lois religieuses. — Ce langage serait beaucoup trop absolu, nous le savons. Il va, en effet, jusqu'à signifier que le souverain peut trancher des questions qui ne sont pas de sa compétence, comme celle de la validité du mariage. La réglementation serait nulle, malgré le sens restrictif que l'on déclarerait lui donner, suivant la doctrine naturelle de la souveraineté politique, comme n'étant pas sanctionnée

par le bien des hommes qui, selon ce que nous avons établi, veut pour l'Église dans les questions dont il s'agit une compétence exclusive. La réglementation serait nulle encore parce que, nonobstant toutes les protestations possibles du souverain, elle contrecarrerait les droits exclusifs que l'Église tient de la nature sacramentelle du mariage, ou à tout le moins constituerait le refus de l'assistance due à la puissance religieuse pour assurer l'observation des règles du mariage. Aussi Pie IX, quoique se plaçant sur le terrain de la conciliation dans le document que nous avons reproduit, prend-il soin de prévenir, au moins quant aux questions de validité, une compréhension trop large du pouvoir de disposer des effets civils. Le pouvoir de disposer des effets civils ne peut que rentrer simplement dans cette action, auxiliaire de celle de l'Église, dont les différentes formes ont été rappelées, il y a quelques instants.

Dans la section précédente, quand nous traitions du sujet plus restreint et différent du refus des effets civils au mariage en dehors de l'ordre chrétien, nous avons donné un aperçu de la même matière considérée dans l'ordre chrétien et nous nous sommes alors exprimé en termes conformes à notre doctrine actuelle. Nous n'avons admis que le refus des effets civils qui ne contrarie point la vie conjugale; même celui qui ne la contrarie pas, c'est-à-dire l'opposition aux droits pécuniaires des époux et aux droits des enfants et la non-attribution à certains conjoints ou à leurs enfants de faveurs accordées régulièrement aux autres familles légitimes, ne serait plus permis si pour le bien moral l'Église demandait au souverain d'éviter cette attitude. Dans la protection de l'intérêt spirituel dont elle est juge, l'autorité religieuse a la suprématie sur le pouvoir séculier.

302. Il ne nous reste plus qu'à prévoir le cas d'un mariage entre un chrétien et une personne non baptisée. Alors l'incompétence du souverain demeure-t-elle la même ?

Il y a deux obstacles à ce que la question se pose. Un premier résulte de ce qu'en vertu du droit coutumier de l'Église la disparité de culte entre les personnes dont il s'agit crée un empêchement dirimant. Des dispenses, toutefois, peuvent être accordées par le Pape, et puis la disparité de culte n'entraîne point la nullité du mariage entre un infidèle et une personne qui, baptisée depuis, ne l'était pas au temps du contrat. Jusqu'ici notre question, quoique en grande partie dépourvue d'intérêt pratique, se présente donc cependant. Mais un autre obstacle semble devoir l'écarter. Il consiste en ce que, d'après l'enseignement de la plupart des théologiens, le mariage entre un chrétien et une personne infidèle, même en cas de dispense, n'est pas un sacrement. Seulement comme quelques auteurs, notamment Ferraris (Gury, *Compendium theologiæ moralis*, II, n° 772), pensent le contraire, le point à examiner garde une certaine importance.

Comment faut-il le résoudre ? Dans le sens de l'incompétence du souverain. Le mariage, en effet, même entre chrétien et infidèle, est, dans l'hypothèse de la vérité de l'opinion qui vient d'être indiquée en dernier lieu, un signe de la grâce pour l'époux baptisé. La même raison de décider existe donc : le souverain ne peut intervenir parce que ce serait régler, non plus sans doute quant à deux personnes mais pour une, l'usage d'un moyen direct de salut. Une objection que nous allons formuler se présente à la pensée : l'infidèle n'est pas le sujet de l'Église, elle ne peut donc agir quant à lui. On peut d'abord répondre que l'argument ne saurait jamais avoir qu'une conséquence restreinte en faveur de l'autorité civile. Si l'Église est incompétente quant à l'infidèle, le pouvoir séculier l'est par rapport au chrétien. De la difficulté soulevée, tout ce que l'on pourrait conclure, ce serait donc que le conflit se réglerait sur le terrain judiciaire de la manière suivante : l'Église statuerait quand

ce sera l'époux baptisé qui sera défendeur et dans l'hypothèse contraire la compétence appartiendra au pouvoir civil, en d'autres termes on suivra la maxime *Actor sequitur forum rei*. Mais cette solution elle-même nous ne l'admettons pas. Le fait que l'un des conjoints n'est pas chrétien ne change rien aux droits de l'autorité religieuse. Dans le cas où l'infidèle est défendeur aussi bien que dans l'hypothèse inverse c'est de l'emploi d'un moyen direct de salut qu'il s'agit ; or le souverain devient-il compétent pour régler cet usage parce que c'est l'époux non baptisé qui est attaqué ? Nous ne voyons point comment s'expliquerait cette conséquence. Que la qualité de défendeur puisse déterminer la compétence d'une autorité quand l'affaire n'est point, par sa nature, en dehors de la juridiction de cette autorité, nous le comprenons parfaitement parce qu'alors c'est une considération de personne qui fixe la compétence et que cette considération s'attache à la personne attaquée ; mais qu'un litige doive aller, malgré sa nature, à un juge autre que son juge normal, pour la raison que celui-ci n'a pas ordinairement d'autorité sur le défendeur, nous ne saurions nous l'expliquer. Tout au contraire, la compétence de l'Église, sans distinction des rôles de demandeur et de défendeur, se justifie très aisément. Il n'apparaît, en effet, nulle part dans l'établissement de l'institution chrétienne, que pour quelque cas le souverain ait été revêtu de la mission surnaturelle de diriger les âmes dans l'œuvre du salut. D'ailleurs, il faut éviter d'être absolu dans l'adoption de l'idée généralement vraie que l'Église n'a pas autorité sur l'infidèle. La puissance religieuse ne peut pas, sans nul doute, imposer la pratique des vertus chrétiennes à qui n'a pas encore la grâce, mais elle peut procurer le bien des âmes, et dans l'exercice de ce pouvoir elle a l'autorité de Dieu même. Nous nous sommes exprimé en termes semblables au numéro 157 de notre tome I.

## SECTION, VIII.

## APERÇU DE LA LÉGISLATION MATRIMONIALE CANONIQUE.

---

303. Dans les deux sections précédentes, nous nous sommes occupés des pouvoirs qui appartiennent à l'Église en matière de mariage ; il convient maintenant de dire comment l'autorité religieuse a exercé ces prérogatives. On n'attend pas de nous ici un exposé complet ; il sortirait du cadre de notre œuvre et dépasserait, d'ailleurs, les bornes de notre compétence.

D'après la coutume de l'Église et la forme même donnée à la célébration du pacte conjugal, il est obligatoire, mais non nécessaire à la validité du contrat, que le consentement au mariage soit exprimé en paroles (Carrière, *De matrimonio*, n° 464).

Le consentement par mandataire n'est pas non plus admissible au point de vue de la licéité. L'interdiction qui le frappe résulte encore de la pratique ordinaire de l'Église et de la manière dont celle-ci a réglé la cérémonie nuptiale. Une exception est faite pour les souverains et les hauts dignitaires (Gury, *Compendium theologiæ moralis*, II, n° 749).

Selon l'enseignement commun des théologiens, le consentement conditionnel est aussi défendu ; de fait, il peut aisément donner lieu à des difficultés d'interprétation (Gury,

II, n° 751). Les conditions impossibles, et l'on comprend sous ce terme celles qui sont immorales, sont réputées non écrites, suivant une constitution de Grégoire IX dont le sens, il est vrai, a été fort débattu (Carrière, n° 479) : il y a présomption que la volonté de contracter n'a pas été subordonnée à l'accomplissement de la condition. Mais suivant une remarque faite par Ballerini (Gury, *Compendium theologiæ moralis*, II p. 725, note a), cette présomption n'est pas irréfragable. Ce n'est qu'une présomption simple. Aussi est-il admis qu'une condition contraire à la substance du mariage empêche le contrat. Une condition est dite contraire à la substance du mariage quand elle est opposée au devoir corporel de chacun des époux envers l'autre, à l'obligation d'entretien et d'éducation des enfants, aux lois de l'indissolubilité et de l'unité (Carrière, n° 485).

L'allégation de consentement simplement fictif n'est aussi qu'exceptionnellement recevable. La polygamie est défendue, mais les seconds et subséquents mariages sont licites (Gury, II, n° 757).

304. Le mariage est indissoluble ; en d'autres termes, le divorce est impossible. Ce principe formulé dans la sainte Écriture est de foi. On le sait généralement. Un point que l'on ignore plutôt et qu'il importe, en effet, beaucoup moins de connaître parce qu'il se rapporte à des situations très particulières, c'est qu'il y a trois exceptions au principe de l'indissolubilité. Les personnes peu versées dans la matière présente croiront peut-être même à une erreur de notre part et supposeront que nous parlons de rupture du lien matrimonial là où il y a nullité de mariage ; mais les hommes compétents ne seront pas surpris. Ils ne nous accuseront pas non plus d'une sorte d'indiscrétion : dans un ouvrage de doctrine, accessible seulement aux esprits méditatifs, la vérité peut et doit être dite sans réticence.

En premier lieu, le mariage, quoique contracté selon les



lois de l'Église, mais non consommé, est dissous lorsque le Pape, pour une cause grave, en prononce la rupture. L'autorité religieuse suprême agit ainsi en vertu d'un pouvoir à elle conféré par Dieu, comme l'ont enseigné souvent les Souverains Pontifes, par le fait même qu'ils usaient de ce privilège. Au surplus, voici en quels termes s'exprime le traité de théologie cité en dernier lieu :

« Le mariage des chrétiens contracté selon les lois de l'Église, mais non consommé, peut être dissous pour une cause grave par dispense du Pape, en vertu d'un pouvoir à lui divinement concédé. C'est ce qui résulte de ce que les Souverains Pontifes ont déjà bien des fois usé de cette prérogative, notamment saint Grégoire VII, Paul III, etc. » (1).

Nous devons dire toutefois que Carrière qui écrivait, il est vrai, un demi-siècle plus tôt, est loin d'être aussi affirmatif. Il signale une controverse au sujet du droit qui nous occupe et il évite de prendre parti (*De matrimonio*, n<sup>os</sup> 326 et suivants). Ce qui paraît certain d'après la discussion, c'est que Martin V au quinzième siècle et Pie VII au dix-neuvième, sans parler d'autres pontifes nombreux et remarquables par la doctrine, par la sainteté, ont parfois dissous des mariages non consommés. Peut-être saint Grégoire VII a-t-il agi de même par rapport à la princesse Mathilde et à son mari Godefroy, en 1074 ; Baronius opine en ce sens. D'autres auteurs, au contraire, ont pensé qu'il ne s'agissait dans l'espèce que d'une déclaration de nullité et ont dit en outre qu'Innocent VIII, Adrien VI et d'autres papes refusèrent de dissoudre des mariages, même non consommés, parce qu'ils

---

(1) « Dissolvi potest matrimonium ratum et non consummatum Christianorum, gravi de causa, per dispensationem Papæ ex potestate divinitus ipsi concessa. Patet ex eo quod SS. Pontifices jam multoties hac potestate usi sint, uti S. Gregorius VII, Paulus III, etc. » (Gury, II, n<sup>o</sup> 759).

ne croyaient pas en avoir le droit. Seulement cet argument d'autorité est détruit par la déclaration d'un pape plus récent, Benoît XIV. Au témoignage de Carrière, ce docteur illustre affirme que le pouvoir du Souverain Pontife de dissoudre les mariages non consommés est devenu certain et que dans la pratique il n'y a plus de discussion à cet égard, que la S. Congrégation consultée par des Papes s'est plusieurs fois prononcée en faveur de l'octroi d'une dispense de la loi de l'indissolubilité. Plus tard, devenu Pape, il détermina la forme dans laquelle on devrait demander les dispenses de ce genre « qui ont coutume d'être souvent accordées : quæ sæpe porrigi solent » (Bullaire, tome I, Const. XXXII, § 15, vol. I, p. 175).

Comme la première des trois exceptions au principe de l'indissolubilité admises dans la législation ecclésiastique, la seconde de ces dérogations est relative uniquement au mariage non encore consommé. Elle consiste en ce que ce mariage est dissous par la profession religieuse solennelle de l'un des conjoints. Le canon VI de la session vingt-quatrième du concile de Trente est ainsi conçu :

« Si quelqu'un dit que le mariage contracté selon les lois de l'Église, mais non consommé, n'est pas détruit par la profession religieuse solennelle de l'un des conjoints, qu'il soit anathème » (1).

Cette règle n'a fait que confirmer la pratique suivie dans l'Église, au moins depuis le douzième siècle, comme il résulte des décisions prises en 1180 et 1210 par les Papes Alexandre III et Innocent III (Carrière n° 306). Mais il ne s'agit que de la profession religieuse solennelle, laquelle est

(1) « Si quis dixerit Matrimonium ratum, non consummatum, per solemnem religionis professionem alterius conjugum non dirimi, anathema sit ».

particulière aux ordres religieux, aux religions, suivant l'expression latine, dans lesquelles se font les vœux de chasteté, pauvreté et obéissance avec le caractère et la force spéciale des vœux solennels. La profession religieuse non solennelle ou l'émission des vœux simples, celle qui se fait dans les congrégations et qui est de beaucoup la plus fréquente, ne détruit point le mariage car elle ne l'empêche même pas de se former.

L'effet rescisoire de la profession religieuse solennelle par rapport au mariage non consommé n'est renfermé dans aucune limite de temps. A quelque moment que l'un des époux accomplisse cet acte, le mariage est dissous. Mais de là faut-il conclure qu'un époux peut toujours se refuser au commerce conjugal, sous le prétexte de ne pas perdre la faculté de pouvoir dissoudre le mariage par la profession religieuse solennelle ? Aucun auteur ne l'a jamais soutenu. Seulement il est vrai que la liberté du refus de l'union sexuelle existe pendant deux mois pour celui qui projette d'entrer en religion. L'origine de cette règle est dans une décision du Pape Alexandre III. A une femme qui après avoir conclu un mariage voulait se donner à Dieu, il fit promettre « qu'ou bien elle entrerait en religion ou bien reviendrait près de son mari dans le délai de deux mois » (1). Cette solution particulière devint, à défaut d'autre détermination, une règle générale. Faut-il la généraliser en ce sens que le refus qu'elle permet est licite provisoirement même de la part d'un conjoint qui n'a pas l'idée d'embrasser la vie religieuse ? La question est controversée. Saint Thomas

---

(1) « Alexander III, cap. *Ex publico*, VII, *de Convers, conjugatorum*, eam cautionem a quadam muliere exigendam præscribit, ut vel ad religionem transire, vel ad virum suum redire intra duorum mensium spatium debeat » (Carrière, n° 321).

opine pour l'affirmative et il en donne un motif que nous renonçons à bien traduire : « De peur que le mari ne dédaigne l'épouse pour laquelle il n'a pas dû soupirer et attendre » (1). Quoi qu'il en soit de ce dernier point, l'époux vierge qui dans les deux mois entre en religion ne peut, d'après la décision d'Alexandre III être réclamé par son conjoint; conséquemment, la suspension du devoir conjugal se trouve prolongée jusqu'à ce que, à la fin du noviciat, se fasse la profession religieuse solennelle qui dissout le mariage. D'après le concile de Trente cet engagement ne peut avoir lieu qu'après un noviciat d'une année entière. Pendant ce temps, l'autre partie n'a point, malgré le péril d'incontinence, la faculté de se remarier; il lui est seulement loisible de solliciter du Souverain Pontife que soit abrégé le temps de probation. Une telle situation est évidemment très pénible. Aussi, saint Alphonse de Liguori enseigne-t-il que celui-là pèche qui projetant, au moment du mariage, d'embrasser la vie religieuse ne fait pas connaître à son conjoint cette intention. Sur la cause de divorce qui vient de nous occuper on lira avec fruit Carrière, n<sup>os</sup> 302 et suiv. et Gury-Ballerini, tome II, n<sup>o</sup> 759. Dans ce dernier ouvrage il est dit que le délai de deux mois est susceptible de diminution ou d'augmentation par le juge pour des raisons graves et que ce délai part, le plus probablement, non point des noces, mais du jour où le juge l'a fixé.

En troisième lieu, l'époux non baptisé qui se convertit voit son union avec une personne restée infidèle se dissoudre par le fait même qu'il se remarie, si l'autre partie a manifesté la volonté de ne plus vivre avec lui. Cette règle qui se

---

(1) « ... ne vilem habeat maritus datam, quam non suspiravit dilatam » (Somm. théol. Suppl. q. LXI, art. 2. ad 2). Ce langage est emprunté au Décret de Gratien, II<sup>e</sup> partie, Cause XXVII. qu. 2. ch. XXXIX *Institutum*.

dégage d'assez nombreuses controverses s'appuie sur la doctrine de saint Paul :

« Si quelque frère a une épouse infidèle et qu'elle consente à habiter avec lui, qu'il ne la répudie pas... : que si l'infidèle s'éloigne, qu'il s'éloigne aussi, car le chrétien ou la chrétienne n'est pas assujéti à ce point : Dieu nous a appelés dans la paix » (1).

Au refus de cohabitation est assimilée une cohabitation qui serait contraire aux lois de la nature ou qui entraînerait le chrétien au péché mortel (Carrière, n°257; Gury II, n° 759,3°).

A la différence des deux premières causes de divorce, la troisième atteint même le mariage consommé. Mais par la nature du cas auquel elle s'applique, elle n'en est pas moins très particulière. La législation ecclésiastique est donc, pour ainsi dire, absolument opposée à la rupture du lien matrimonial.

305. Mais elle admet assez aisément qu'il se relâche. Si elle proclame que le pouvoir d'exiger l'union des sexes est perpétuel, elle consent à ce que l'exercice de cette prérogative soit suspendu lorsqu'il devient très pénible à l'un des conjoints. Pour emprunter les termes reçus en droit ecclésiastique, si le *divortium quoad vinculum* est impossible, il n'en est pas de même du *divortium quoad thorum et habitationem*. Le concile de Trente s'exprime ainsi au canon VIII de la session XXIV :

« Si quelqu'un dit que l'Église se trompe lorsqu'elle admet que par suite de nombreuses causes la séparation entre époux quant au lit ou quant à la cohabitation est possible

---

(1) « Si quis frater uxorem habet infidelem, et hæc consentit habitare cum illo, non dimittat illam... quod si infidelis discedit, discedat : non enim subjectus est frater aut soror in hujusmodi : in pace autem vocavit nos Deus » (I. Cor. VII 12 et suiv.).

pour un temps déterminé ou indéterminé, qu'il soit anathème » (1).

Il semble que cette déclaration était superflue ; elle avait cependant sa raison d'être, car les luthériens soutenaient que le lien matrimonial subsistant ne pouvait être relâché.

Dans le langage français, le *divortium quoad vinculum* est simplement le divorce, et le *divortium quoad thorum et habitationem* est la séparation de corps, sauf cette différence que la séparation de corps est exclusivement la séparation que l'un des époux a le droit d'imposer à l'autre, tandis que l'on voit le *divortium quoad thorum* pris même dans le sens d'éloignement d'un conjoint que l'autre époux a le droit de rejoindre. C'est ainsi que Gury mentionne que le *divortium quoad cohabitationem* est possible *negotiorum causa* (tome II, n° 761). L'observation que nous venons de faire a une assez grande importance. Elle nous avertit que ce serait attribuer à l'Église un langage qu'elle ne tient pas que de lui faire dire qu'il y a de nombreuses causes de séparation de corps. On peut bien plutôt affirmer que sa pensée est en sens contraire. L'Église est la gardienne vigilante des lois conjugales ; aussi, conformément à ce que nous avons enseigné dans l'exposé du droit naturel du mariage, elle n'admet la séparation que dans l'hypothèse une théoriquement, trop multiple au point de vue concret, où la cohabitation devient un péril grave pour l'âme ou pour le corps. Tel est le langage de Carrière dont l'autorité en matière de société conjugale est fort grande quand il ne s'agit point de la détermination comparative des pouvoirs de

---

(1) « Si quis dixerit Ecclesiam errare cum ob multas causas separationem inter conjuges, quoad thorum seu quoad cohabitationem, ad certum incertumve tempus fieri posse decernit, anathema sit ».



l'Église et de la puissance civile. L'illustre maître s'exprime ainsi :

« On peut dire en termes généraux que la séparation est permise toutes les fois que par le fait de la cohabitation un grave péril menace l'âme ou le corps » (1).

Le droit canonique admet, notamment, la séparation pour cause d'adultère, et, même quand cette faute a été commise par le mari, il n'exige point, comme le faisait le code civil français, qu'il y ait une circonstance aggravante. Seulement, suivant ce que dit Carrière (n° 336), on ne doit point induire de là que l'adultère de la femme n'est pas plus coupable. Outre qu'il est pareillement à celui de l'homme une violation de la foi donnée, il rend incertaine la filiation paternelle des enfants et il attribue un faux héritier au mari que de plus il déconsidère plus gravement. La législation ecclésiastique admet que la réciprocité de l'adultère le rend tolérable à chacun des conjoints ; on est effectivement porté à pardonner une faute que l'on a soi-même commise. Sous le nom d'adultère il faut comprendre, d'après l'opinion commune, toute « division de la chair » et, par conséquent, les actes de sodomie et de bestialité (Gury, Ballerini, t. II, p. 742, note c).

Les sévices ont été formellement admis par le Pape Innocent III comme cause de séparation de corps :

« Si la cruauté du mari est telle qu'il n'y ait pas moyen de calmer les frayeurs et de pourvoir à la sécurité de la femme, non seulement elle ne doit pas être ramenée à son mari, mais il faudrait plutôt l'en éloigner » (2).

(1) « Dicitur potest generaliter licere separationem, quotiescumque ex cohabitatione imminet grave animæ aut corporis periculum » (n° 334).

(2) « Si tanta sit viri sævitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solum non debet ei restitui, sed ab eo potius amoveri » (Cité par Carrière, n° 350).

Dans l'appréciation des sévices, ajoute Carrière, il faut avoir égard à la qualité des personnes.

*Le divortium quoad thorum et habitationem* pris non pas seulement comme simple fait, mais comme état de droit, peut aussi parfois résulter du consentement mutuel. Ainsi, de deux personnes mariées l'une peut, avec le consentement de l'autre, entrer en religion et faire le vœu de chasteté perpétuelle; mais il faut, d'après le droit canon, que le conjoint fasse lui-même la profession religieuse, à moins qu'il ne soit d'un âge assez avancé pour écarter la crainte d'incontinence, ou bien qu'il ne reçoive les ordres sacrés. De même si, du consentement de sa femme, un homme a pris les ordres, l'épouse doit faire profession dans un monastère (Carrière, n<sup>os</sup> 343 et suivants).

Dans les pages qui précèdent nous avons vu le droit de l'Église consacrer et préciser les lois matrimoniales de l'unité, de l'indissolubilité et, en même temps, de la vie commune. Sur le principe de l'autorité maritale qui est assurément admis par l'Église, conformément à la doctrine de saint Paul, nous ne connaissons point de dispositions légales. Il y a seulement, en cette matière, les explications des théologiens. Quant à ce que nous avons appelé la loi du contrat préalable, c'est-à-dire à l'interdiction des rapports sexuels non précédés du pacte nuptial, nous avons assez vu dans la section VI, à propos des pouvoirs de l'Église, qu'elle consacre énergiquement ce principe. La partie la plus considérable de la législation matrimoniale ecclésiastique est relative aux empêchements. C'est d'elle que nous nous occuperons dans le reste de la présente section.

Parmi les empêchements qu'elle consacre les uns sont prohibitifs et les autres dirimants.

---

## EMPÊCHEMENTS PROHIBITIFS.

---

306. Les empêchements prohibitifs que formule le droit de l'Église sont descendus, après avoir été plus multipliés, au nombre de quatre. Ils sont réunis dans ce distique qui marque en même temps leur nature :

*Ecclesiae vetitum, tempus, sponsalia, votum,  
Impediunt fieri, permittunt facta teneri.*

Nous allons traiter successivement de chacun d'eux.

### ECCLESIAE VETITUM.

Cette expression ne doit pas être prise au sens littéral, autrement elle comprendrait aussi les empêchements ecclésiastiques dirimants, tandis que d'après le texte même dans lequel elle figure elle ne peut désigner qu'un empêchement prohibitif. D'un autre côté l'empêchement relatif au temps, lequel émane aussi d'une prohibition de l'autorité religieuse, est mis à part. Mais fort multiple est cependant l'empêchement dit de défense de l'Église. Il s'agit, en effet, d'interdictions, soit générales, légales, ou frappant un mariage quelconque dans divers genres d'hypothèses, soit particulières à un certain mariage.

### PROHIBITIONS GÉNÉRALES.

Ces prohibitions enveloppent tous les cas généraux dans lesquels il n'est pas permis de contracter mariage quoiqu'ils

ne se trouvent point formellement dans la liste des empêchements. C'est pourquoi nous avons à dire ici que l'Église défend le mariage : 1<sup>o</sup> sans publications préalables, 2<sup>o</sup> sans le consentement des parents, 3<sup>o</sup> du catholique avec l'hérétique, 4<sup>o</sup> d'une personne ignorant les éléments de la foi, 5<sup>o</sup> de l'excommunié ou avec l'excommunié.

De ces cinq prohibitions nous retenons les trois premières.

*Mariages sans publications préalables.*

307. L'origine des publications préalables ou bans de mariage remonte aux premiers temps de l'Église. Alors, en effet, les unions ne se faisaient, on peut, du moins, l'induire d'une parole de saint Ignace, qu'après l'avis de l'évêque. Dans leur forme actuelle les bans remontent au treizième siècle, dit Benoît XIV, peut-être même au neuvième. Ils paraissent avoir été usités surtout en France ; mais le quatrième concile de Latran les rendit obligatoires pour toute l'Église et le concile de Trente s'appropriâ cette mesure à la demande principalement des évêques et des théologiens français. Parmi les motifs de la loi des bans, il y avait la connaissance à donner aux parents des mariages que leurs fils auraient pu vouloir contracter à leur insu ; les édits des rois de France insistaient sur cette raison. Il y en avait, dans quelques parties du royaume, une autre assez intéressante : l'avertissement donné aux créanciers hypothécaires du futur de s'opposer au mariage afin qu'ils ne fussent pas primés par l'hypothèque de la femme.

On sait que trois bans sont exigés. Le concile de Trente s'exprime ainsi :

« La sainte assemblée, s'appuyant sur les précédents établis par le saint concile de Latran célébré sous Innocent III prescrit qu'à l'avenir, avant qu'un mariage se contracte, publication sera faite trois fois par le propre curé des parties,

à trois jours fériés continus, dans l'église et pendant les messes solennelles, des noms des personnes qui doivent contracter mariage » (1).

Si l'un ou l'autre des deux époux a domicile à peu près également dans deux localités, les proclamations doivent être faites dans ces deux endroits. De plus, si le domicile actuel est récent, c'est aussi dans le précédent que les publications sont exigées. Mais combien faut-il de temps pour que le domicile ne soit plus regardé comme récent ? La question a été diversement résolue suivant les diocèses. Dans certains il faut un an, dans d'autres un an si le changement de domicile a eu lieu d'un diocèse à un autre et six mois seulement en cas contraire ; enfin il en est où six mois sont toujours suffisants. L'un des futurs est-il nomade ? Les bans seront publiés dans le lieu où il est actuellement fixé et également au lieu d'origine, à moins que cette personne n'ait eu depuis un vrai domicile. Quand les circonstances que suppose l'application de cette règle font défaut, les proclamations ont lieu où le futur a résidé le plus longtemps. Dans certains diocèses on se borne à la publication au lieu du séjour actuel.

Les bans des personnes mineures doivent être publiés là où elles résident, c'est-à-dire au domicile de fait, et au domicile de droit qui est celui du père ou tuteur. Mais jusqu'à quel âge une personne est-elle mineure ? Autrefois les édits royaux avaient fixé à vingt-cinq ans la majorité des filles en matière de mariage, et comme la publication au domicile du

---

(1) « Sancta Synodus ..... sacri Lateranensis Concilii, sub Innocentio III celebrati, vestigis inherendo præcipit, ut in posterum, autequam matrimonium contrahatur, ter a proprio contrahentium Parocho tribus continuis diebus festivis in ecclesia inter Missarum solennia publice denuntietur, inter quos Matrimonium sit contrahendum » (Session XXIV, Décret de *Reformatione matrimonii*, chap. I).

père était faite par égard pour les institutions civiles, la coutume ecclésiastique se fixa dans le sens de la continuation de la minorité jusqu'à vingt-cinq ans ; mais depuis, le Code civil a rendu les filles libres, même quant au mariage, dès vingt-et-un ans. De là une certaine difficulté dans la solution de la question posée. Carrière dit, avec raison, nous semble-t-il, que d'après le motif de la proclamation au domicile de droit, il faut tenir compte du changement survenu dans le droit civil. Seulement il ajoute, comme il devait le faire : « Avant tout il faut s'en tenir à la coutume des lieux et aux déterminations faites par les évêques, car c'est à eux qu'il appartient de régler ce qui concerne les bans ecclésiastiques » (1).

Les bans des domestiques sont publiés dans la paroisse de leur maître lorsqu'ils habitent chez lui au moins depuis une année. Dans le cas contraire, ou s'ils sont mineurs, on suit les règles qui viennent d'être exposées.

On admet communément aussi, en France du moins, par égard pour les institutions civiles qui ont établi la même loi, que les publications des militaires sont faites dans la place où ils servent et, de plus, soit dans le lieu où antérieurement ils étaient domiciliés, soit dans la paroisse du père, s'ils sont mineurs.

Nous venions déjà de rencontrer, à propos de mineurs, une marque analogue de déférence pour les lois civiles. Il y en a de plus considérables. Certains auteurs vont, en effet, jusqu'à dire que les bans des mineurs ne peuvent être publiés sans l'autorisation formelle des parents ou du tuteur et que, de même, les militaires doivent être munis

---

(1) « Ante omnia, standum consuetudini locorum et determinationibus episcoporum, ad quos pertinet ea statuere quæ banna ecclesiastica respiciunt » (n° 391).



ou de la permission de leurs supérieurs, s'ils sont encore tenus au service, ou, dans le cas opposé, d'un certificat de libération. Cependant il n'y a pas de lois ecclésiastiques qui posent des règles de ce genre, comme le fait observer Ballerini en ce qui concerne les mineurs. (Gury, tome II, p. 712, note a).

Il est à remarquer qu'il n'est pas directement prescrit que les bans aient lieu dans la paroisse où se célèbre le mariage. Il n'est pas non plus exigé que l'on fasse les publications là où l'on réside depuis six mois ; ce qui est vrai, c'est que la proclamation dans le lieu où l'on a fixé son domicile depuis moins de six mois ne suffit pas.

Le concile de Trente autorise formellement pour certains cas et tacitement pour d'autres, d'après les interprètes, des dispenses à la loi des bans. L'Ordinaire est autorisé à accorder ces dérogations, mais en même temps que la sainte assemblée lui remet ce pouvoir elle dit : « Ce que la sainte assemblée laisse à sa prudence et à son jugement » (1).

Benoît XIV, dans la constitution *Satis vobis compertum* du 17 novembre 1741, avertit les évêques « d'être plus difficiles dans les dispenses de bans, parce que c'est souvent avec un dessein pervers qu'elles sont demandées ». « Quelle prudence et quelle habileté, dit le Souverain Pontife, les évêques doivent apporter en cette matière, le concile de Trente nous l'apprend par d'assez nettes déclarations... Sans doute, c'est en termes généraux que l'évêque a reçu le pouvoir d'accorder dispense, mais cette liberté cependant ne dépend pas de la seule volonté du prélat ; elle est renfermée par le concile de Trente dans les limites étroites de la prudence et d'un examen minutieux, ce qui

---

(1) « Quod illius prudentiæ et judicio sancta Synodus relinquit. (Décret sur la réforme du mariage, ch. I).

revient à dire qu'une légitime cause de dispense est requise » (1).

Mais alors, dit Carrière, comment donc se fait-il qu'aujourd'hui les dispenses soient accordées si facilement et sans aucun examen des causes ? Il répond par une parole qui, au besoin, s'appliquerait mille fois mieux à nous : « Il ne nous appartient pas de porter un jugement ». Viennent ensuite, d'ailleurs, certaines explications : les ménagements à garder vis-à-vis de chrétiens facilement insubordonnés, et les nécessités si nombreuses, si grandes, de l'Église, qui rendent les offrandes plus indispensables (n° 436).

Du fait même de l'existence de la loi des publications de mariage, il résulte que l'Église interdit les mariages occultes, c'est-à-dire non précédés de bans, car la qualification que nous expliquons n'est pas synonyme de clandestin et ne désigne pas les unions faites sans témoins. Les mariages occultes sont aussi appelés mariages de conscience. Les mariages de la main gauche, morganatiques, rentrent dans la même catégorie avec ce caractère spécial que le mari est de condition élevée et que la femme reste d'un rang moindre, que les fils, en outre, ne succèdent point aux titres, charges et biens de leur père. Ces conséquences du mariage morganatique sont contraires aux lois naturelles, il est vrai non

(1). « Hinc Benedictus XIV, in constit. *Satis vobis compertum*, data 17 novembris 1741, *Bullar.* t. I, const. XXXV, § 5, vol. 1, p. 185, monet episcopos, ut « sint difficiliore ad remittendum publicationes, a quibus contracturi matrimonium sæpe per malitiosam suggestionem petunt dispensari. Quam caute, inquit, solerterque oporteat ea in re episcopos versari, non obscura a Concilio Tridentino exhibentur argumenta.... Licet episcopo relictum sit omnimode super denuntiacionibus dispensare, hæc tamen facilitas, non a sola dispensantis voluntate pendet, sed a Tridentino coercetur arctis prudentiæ, discretique arbitri legibus ; quod idem est ac legitimam causam dispensationis requirere » (Carrière, n° 435).

absolues, de la société domestique ; aussi un contrat nuptial qui les stipule est-il, comme tel, illicite même naturellement. Cependant des exceptions sont possibles selon le droit de la nature, et l'Église, de son côté, admet parfois les mariages occultes, malgré l'inconvénient du scandale d'une vie commune exposée à paraître irrégulière, malgré le défaut de sanction des lois sur les devoirs des conjoints et malgré la situation faite aux enfants. Mais alors des précautions, fixées par Benoît XIV, sont prises pour écarter autant que possible les périls qui viennent d'être indiqués. Notamment les époux doivent être avertis qu'ils auront à faire constater la légitimité des enfants. S'ils ne prennent pas ce soin, le mariage doit être divulgué (Carrière, n<sup>os</sup> 440 et 441).

*Mariage sans le consentement des parents.*

308. La défense dont il est l'objet n'appelle guère d'explications. Une question de réglementation de forme ne se présente pas ici comme dans l'étude précédente et il n'y a pas non plus par ailleurs de difficultés. Il est certain tout à la fois que le défaut de consentement des parents n'est pas un empêchement dirimant et qu'il est un empêchement prohibitif. Au chapitre I du décret de *Reformatione Matrimonii* le concile de Trente s'exprime de la manière suivante :

« Il n'est pas douteux que les mariages clandestins conclus avec le libre consentement des parties sont de valides et vrais mariages aussi longtemps que l'Église ne les rend pas nuls et c'est pourquoi il y a lieu de condamner, comme la sainte assemblée les anathématise et les condamne, ceux qui nient que ces unions soient vraies et valides et aussi ceux qui faussement affirment que les mariages contractés par les fils de famille sans le consentement des parents sont nuls et que les parents peuvent faire que l'union soit valide

ou nulle. Mais cependant la sainte Église de Dieu, pour de très justes causes, a toujours détesté et prohibé ces mariages » (1).

Dans ce texte il n'est pas question seulement des mariages contractés sans le consentement des parents ; les mariages clandestins sont même atteints les premiers. Mais ceux des fils de famille non soumis le sont cependant nettement. Sur la nature de l'empêchement la décision conciliaire est aussi très formelle : il n'est que prohibitif. Après ce que nous avons dit de l'incompétence des souverains à l'effet d'établir des nullités de mariage, on ne saurait, en effet, se demander si le défaut de consentement des parents n'est point un empêchement dirimant dans les États où la législation civile se prononce en ce sens. Nous ne devons pas non plus rechercher si la prohibition est absolue, car manifestement et de l'avis de tous les auteurs elle ne l'est pas. Seule une question historique peut être posée. Elle a déjà été souvent débattue. Il s'agit de savoir si dans le droit ancien de l'Église le défaut de consentement des parents ou plutôt du père n'a pas été une cause de nullité. Carrière se prononce pour l'affirmative ; il cite des textes où l'union du fils non autorisée par le père est appelée fornication, adultère, et est dite de nul effet. Il rapproche de ces expressions les lois romaines qui étaient dans le même sens, conformément à l'idée de la dépendance absolue du fils. Mais Carrière a soin

---

(1) « Tametsi dubitandum non est, clandestina Matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse Matrimonia, quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit ; et prout de jure damnandi sunt illi, ut eos sancta Synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant, quique falsò affirmant, Matrimonia, a filiis familias sine consensu parentum contracta, irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse : nihilominus sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est, atque prohibuit ».

d'ajouter que ce droit tomba en désuétude, qu'on en a une preuve dans ce que le concile de Trente fut sollicité, spécialement par les représentants du roi de France, de déclarer nuls les mariages dont il s'agit (n° 449).

*Mariage entre catholique et hérétique.*

309. Les mariages de ce genre sont appelés mixtes. Ils sont prohibés. Cette interdiction résulte de la pratique de l'Église qui a toujours détourné de ces unions les fidèles. Benoît XIV, par une décision que des Papes de ce siècle ont rappelée, a confirmé la coutume existant sur ce point. Dans sa bulle *Matrimonia* du 4 novembre 1741, il exprime, au sujet des mariages mixtes, sa douleur de voir « que parmi les catholiques il y en ait qui ne se détournent pas avec horreur de ces unions détestables que la sainte Mère l'Église a toujours condamnées et interdites » (Carrière, n° 754). Seulement il ne s'agit que de prohibition et non de nullité. De plus, le mariage mixte ne sera pas même illicite s'il y a une dispense donnée par l'Église. Mais cette dérogation n'est jamais accordée que sous certaines conditions. Il faut, dit Benoît XIV, que soient réunies les circonstances suivantes : la foi de l'époux catholique n'est pas menacée du danger de séduction, — il est entendu, en outre, que tous les enfants, « *omnem prolem nascituram* », dit Pie VI (Bref au cardinal de Frankenberg, archevêque de Malines, Carrière, n° 758), seront élevés dans la religion catholique, — enfin il y a une cause grave d'autoriser l'union. Il faut ajouter la promesse du conjoint catholique de travailler à la conversion de l'autre partie. La nécessité de cet engagement est prouvée par les dernières lignes du Bref de Pie VI : « Que le contractant catholique produise une déclaration signée par lui et par deux témoins dans laquelle il promette avec serment non seulement qu'il n'abandonnera jamais la

religion catholique, mais qu'il élèvera dans cette religion tous les enfants à naître et qu'il s'emploiera efficacement à la conversion de l'autre contractant non catholique » (1). Dans le même sens il y a un passage de l'instruction de Pie IX du 15 novembre 1858 qui sera citée bientôt. Nous faisons remarquer au sujet de l'éducation catholique des enfants que l'Église n'admet pas l'arrangement suivant lequel les fils seraient élevés dans la religion du père et les filles dans celle de la mère. Mais l'inaccomplissement de l'engagement pris quant à la religion des enfants n'empêche que le mariage soit valide. Sans cette promesse, la dispense, il est vrai, n'aurait pas été accordée ; mais peu importe, puisque même sans cette dispense le mariage mixte n'est qu'illicite.

Sans la dispense, le mariage n'est qu'illicite, disons-nous. Toutefois, depuis le concile de Trente, le défaut d'autorisation de l'Église entraîne d'ordinaire indirectement la nullité. En vertu d'une décision de cette sainte assemblée, en effet, le mariage est nul lorsque le curé compétent n'y assiste point ; or, il est généralement interdit à ce dernier d'être présent au mariage mixte pour lequel il n'a pas été obtenu dispense. De plus, même dans le cas de dispense le curé doit s'abstenir si, au moment de contracter, l'époux hérétique, contrairement à une des conditions de la dispense, ne consent pas à élever ses enfants dans la religion catholique. Cette règle disparaît cependant devant des exigences spéciales du bien religieux et public, comme le dit l'instruction

---

(1) « Ut et ipse contrahens catholicus declarationem edat a se et duobus testibus subscriptam, in qua cum juramento promittat, non tantum, se nunquam apostaturum a religione sua catholica, sed educaturum in ipsa omnem prolem nascituram, et procuraturum se efficaciter conversionem alterius contrahentis acatholici ».



du pape Grégoire XVI, datée du 20 avril 1841, au primat et aux évêques de Hongrie (Gury, tome II, p. 804, note *b*).

Le curé ne peut pas non plus accorder sa présence si avant ou après la célébration devant lui il doit y en avoir une autre dans le temple ou dans le rit protestants (Gury, II, n° 830, quest. 11). Dès lors le mariage sera nul à moins que le Pape ne fasse une dérogation à la loi du concile de Trente. Ce fait n'est pas sans exemple, comme le prouve la lettre suivante, en date du 26 mars 1830, de Pie VIII à l'archevêque de Cologne :

« Par nos présentes lettres, nous voulons et ordonnons que les mariages mixtes qui viendraient à être célébrés dorénavant dans vos diocèses soient tenus pour valides et vrais, bien qu'ils n'aient pas été célébrés dans la forme prescrite par le concile de Trente, s'il n'existe point d'autre empêchement canonique ; en vertu de notre autorité apostolique, nous déclarons et nous statuons que ces mariages sont vrais et valides » (1).

Enfin, lorsque l'intervention du curé est possible, elle ne doit pas se traduire de la même manière que si le mariage avait lieu entre catholiques. La célébration doit se faire « devant le curé et deux témoins selon les prescriptions du saint concile de Trente, mais en dehors de l'église cependant, dans laquelle la sacristie est comprise, et sans la bénédiction du curé » (2).

(1) « Nunc autem per Nostras has Litteras volumus et mandamus, ut matrimonia mixta, quæ posthac in vestris Diocesisibus contrahi contingat, non servata forma a Concilio Tridentino præscripta, si eisdem nullum aliud obstet canonicum impedimentum, pro ratis et veris connubiis habeantur ; prout Nos auctoritate Nostra apostolica matrimonia ea vera ac rata fore declaramus et decernimus » (Gury, tome II, p. 805, note *a*).

(2) « ... Coram Parocho et duobus testibus juxta præscripta a S. Concil. Trid., extra tamen Ecclesiam, sub quæ Sacristia comprehenditur, et sine Parochi benedictione ».

Ce sont les paroles de la formule de dispense rédigée par la congrégation de l'Inquisition. La même règle résulte aussi d'une décision du Saint-Office en date du 25 novembre 1838. Gury, auquel nous empruntons ces renseignements (tome II, n° 829), ajoute : « D'où il appert que le prêtre ne peut alors porter l'étole et le surplis » (1).

Mais des tempéraments ont été autorisés par Pie IX dans l'instruction à laquelle nous avons renvoyé déjà du 15 novembre 1858 : « Si en quelques lieux les évêques constatent que l'accomplissement de ces conditions entraîne de plus graves dommages et inconvénients, en ce seul cas, Sa Sainteté, en vue d'éviter de plus grands dommages et inconvénients s'en remet à la prudence et au jugement de ces prélats : après qu'ils auront obtenu les garanties anciennes et soigneusement maintenues qui concernent le danger de perversion de l'époux catholique, la conversion de l'époux hérétique par le conjoint catholique si celui-ci peut la procurer, et l'éducation de tous les enfants de l'un et de l'autre sexe selon la sainte religion catholique, les évêques apprécieront si les conditions dont il s'agit relatives à la célébration des mariages mixtes en dehors de l'Église et sans la bénédiction du curé sont d'un accomplissement impossible et si dans cette cérémonie on peut tolérer l'emploi du rite légitimement prescrit par le rituel diocésain pour les mariages, étant toujours exclue néanmoins la célébration de la messe » (2).

(1) « Unde patet sacerdotem non posse tunc deferre stolam et superpelliceum ».

(2) « Quod si in aliquibus locis Sacrorum Antistites cognoverint, easdem conditiones impleri haud posse, quin graviora exinde oriantur damna, ac mala ; in hoc casu tantum Sanctitas Sua ad hujusmodi majora damna ac mala vitanda, prudenti eorundem Sacrorum Antistitum arbitrio committit, ut ipsi, salvis firmisque semper ac perdit-

Pour les mariages mixtes il n'y a pas lieu à publications. C'est ce que fait connaître la formule des dispenses relatives à ces unions. Elle dit : « *omissis proclamationibus* » (Gury, tome II, n° 829). Toutefois Pie VI finit par tolérer, au siècle dernier, qu'en Belgique, à cause de l'obstination de Joseph II à imposer aux curés les publications de bans, elles eussent lieu par le ministère des pasteurs, mais absolument en dehors d'un lieu sacré (Lettre au cardinal de Frankenberg ; Carrière, n° 764).

#### PROHIBITIONS PARTICULIÈRES.

310. Nous avons dit que l'empêchement prohibitif très multiple appelé *Ecclesie vetitum* comprend, à côté des interdictions générales, des prohibitions qui sont particulières à un certain mariage considéré individuellement au lieu de concerner un mariage quelconque. Ce sont des défenses faites par un supérieur ecclésiastique dans la mesure de son autorité. Les causes justes d'interdiction, dit Carrière, sont principalement : 1° la nécessité d'éviter des scandales, des rixes et des discordes ; 2° l'apparence de quelque empêchement dont la réalité doit être examinée ; 3° l'opposition d'une tierce personne. L'auteur entend, sans nul doute, que l'opposition n'aura un effet définitif que si elle s'appuie sur un empêche-

---

genter servatis cautionibus de perversions periculo amovendo a Coniuge Catholico, de conversione Aetholici Coniugis ab ipso Coniuge Catholico pro viribus procuranda, deque universa utriusque sexus prole in Sanctitate Catholice Religionis omnino educanda, iudicent, quando commemoratæ conditiones de contrahendis mixtis huic nuptiis extra Ecclesiam et absque Parochi benedictione impleri minime possint, et quando in promiscuis huic conjugis meundis tolerari queat mos adhibendi ritum pro matrimonii contrahendis in Diocesano Rituali legitime præscriptum, exclusa tamen semper Missæ celebratione » (Gury, tome II, p. 804, note a).

ment réel Il ajoute : « Pour ces causes ou pour d'autres semblables le mariage peut être prohibé non seulement par le Souverain-Pontife et par l'évêque, mais aussi par le curé, comme l'enseignent communément les auteurs ; c'est que s'il n'a pas le pouvoir d'établir des lois, le curé a mandat cependant de veiller à ce que le mariage soit contracté d'une manière régulière, et partant il ne peut manquer de l'autorité nécessaire à cet effet » (1).

Telles sont nos explications sur le premier et très multiple empêchement prohibitif : *Ecclesiae vetitum*. Nous arrivons au second qui ne nous retiendra pas.

#### TEMPUS.

311. Ce n'est qu'en certains lieux et en vertu de coutumes qui leur sont spéciales qu'il y a des temps de l'année où le mariage est prohibé. D'après le droit de l'Église, il existe seulement des temps où la pompe ordinaire des mariages est interdite. La prohibition relative au temps émane, en effet, du concile de Trente (Sess. XXIV, cap. X) qui la formule ainsi :

« Depuis l'Avent de N.-S. J.-C. jusqu'au jour de l'Épiphanie, et depuis la fête quatrième des Cendres jusqu'à l'octave de Pâques inclusivement, les antiques prohibitions relatives aux noces solennelles devront, selon ce que prescrit la sainte assemblée, être observées soigneusement par

---

(1) « Ex his, vel aliis similibus causis, prohiberi potest matrimonium non solum a S. Pontifice, et episcopo, sed etiam a paroco, ut docent communiter auctores ; quia, licet potestatem non habeat ferendi leges, ipsi tamen committitur cura ut matrimonium debito modo ineatur, ac proinde ipsi deesse non debet auctoritas ad illud necessaria » (Carrière, n° 916).

tous. Dans les autres temps elle permet de célébrer solennellement les noces ; les évêques veilleront seulement à ce qu'elles aient lieu avec la modestie et l'honnêteté qui conviennent, car le mariage est une chose sainte et qui doit être traitée saintement » (1).

Que faut-il entendre par les solennités du mariage ? Ce sont principalement, dit Carrière, la bénédiction des époux, les cortèges éclatants, les festins. Mais le même auteur fait remarquer qu'il ne s'agit point ici de la bénédiction attachée à ces paroles : « ego vos conjugo » ; il s'agit seulement des bénédictions solennelles qui sont contenues dans la messe *Pro sponso ac sponsa*. Il y a une décision de la S. Congrégation qui permet la conduite de la mariée au domicile de son conjoint, pourvu que l'on évite les solennités (Carrière, n° 921).

#### SPONSALIA.

312. Les fiançailles contractées avec une personne rendent le mariage illicite avec une autre. Peu importe qu'elles n'aient point revêtu la forme religieuse dont elles sont susceptibles ; du moment où il y a eu promesse mutuelle de mariage faite avec intention de s'obliger, on ne peut sans faute manquer à son engagement en contractant une autre union. Seulement l'intention de s'obliger est nécessaire à l'existence de l'empêchement, puisque sans elle un futur ne

---

(1) « Ab adventu D. N. J.-C. usque in diem Epiphaniæ, et a feria quarta cinerum usque in octavam Paschalis inclusive, antiquas solemnium nuptiarum prohibitiones diligenter ab omnibus observari sancta synodus præcipit ; in aliis vero temporibus nuptias solemniter celebrari permittit : quas episcopi, ut ea qua decet modestia et honestate fiant, curabunt : sancta enim res est matrimonium et sancte tractandum ».

donne pas de droit à l'autre partie, quelque déclaration qu'il ait pu faire. Une promesse conditionnelle est-elle suffisante ? Assurément oui, car elle est valide et, partant, il y a faute à la violer. Pareillement, une promesse unilatérale acceptée oblige ; elle crée donc un empêchement qu'il convient de mentionner à propos des fiançailles, mais qui ne rentre pas sous leur dénomination, d'après le sens attribué à ce terme. L'empêchement dont il s'agit est, du reste, assez peu réalisable, car ordinairement on ne veut s'obliger qu'à s'il y a engagement réciproque

Les fiançailles religieuses ont été en grand usage parmi les chrétiens. Elles avaient pour but d'inviter les futurs à se préparer à recevoir le sacrement de mariage et de faciliter la révélation des empêchements qui pouvaient exister ; mais peu à peu elles furent en différents lieux abandonnées et même en certains interdites, parce que fréquemment les fiancés se comportaient en personnes mariées. En France surtout elles disparurent.

Suivant ce que nous verrons plus loin, si les fiançailles ne font généralement que rendre illicite le mariage avec une autre personne, elles mettent obstacle même à sa validité quand cette personne est un parent au premier degré de celle avec qui les fiançailles ont été conclues.

L'empêchement résultant des fiançailles disparaît, si elles viennent à être dissoutes par consentement mutuel. La jurisprudence canonique admet encore, indépendamment de la dissolution conventionnelle, la résiliation de plein droit quand l'une des parties fait le vœu de chasteté ou celui de prendre les ordres. Dans les fiançailles elle sous-entend, en effet, cette condition : *nisi melior status eligatur* (Gury, II, n° 731). On est d'accord aussi pour reconnaître qu'une personne est déliée quand il survient quelque fait qui l'eût détournée des fiançailles par elle consenties, si elle l'eût prévu (Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 61).



Certes, cette solution ne pourrait pas être présentée comme l'application d'un principe selon lequel il n'y aurait pas de consentement quand on se méprend sur une circonstance qui aurait empêché de le donner : malgré cette erreur les volontés ont concouru, et si l'on en jugeait autrement, il faudrait dire dans une masse de cas que le mariage est nul. Le caractère sacramentel ne s'y opposerait, en effet, nullement, puisqu'il ne s'attache qu'à la convention matrimoniale valide. Mais la solution particulière dont il s'agit maintenant n'en est pas moins bonne ; elle se fonde sur ce que le consentement que l'on apporte dans les fiançailles n'est généralement que relatif. Dans la pensée des contractants, il est une garantie contre les caprices du cœur, mais pas contre les changements motivés d'après la raison ou simplement d'après l'usage. Aussi serions-nous portés à trancher par l'affirmative la question débattue entre les auteurs sacrés et aussi parmi nos anciens jurisconsultes de savoir si les fiançailles sont dissoutes quand un héritage considérable, *pinguis hereditas*, survient à l'une des parties. Pothier, à la vérité, pense autrement, et l'élévation, la délicatesse de sentiments qu'il apporte dans cette discussion nous engagent à le citer encore ici :

« Si après avoir, dit Pothier, contracté des fiançailles avec une personne dont la fortune était alors égale à la mienne, il m'est depuis survenu une grosse fortune, qui mette une grande disproportion entre ma fortune et celle de ma fiancée, et qui m'eût empêché de contracter avec elle, si je l'eusse prévu, puis-je en conscience ne la pas épouser et chercher un autre parti plus considérable, sauf à lui payer les dommages et intérêts résultant de l'inexécution des fiançailles ? J'ai été surpris que l'Auteur des Conférences de Paris, tom. I, pag. 181 et 182, ait décidé pour l'affirmative, pendant que le jésuite Sanchez, qui passe pour un casuiste relâché, tient la négative.

« La décision du jésuite me paraît sans difficulté. La cupidité qui m'a porté à rechercher une plus grande fortune que celle de ma fiancée, ne peut aux yeux de Dieu, ni même aux yeux des honnêtes payens, paraître une raison valable pour manquer à la foi que je lui ai promise. Si j'ai cru, lors de mes fiançailles, avoir avec le bien de ma fiancée, et celui que j'avais alors, de quoi supporter les charges du mariage que nous nous sommes promis de contracter ; à plus forte raison, j'ai de quoi les supporter depuis que ma fortune a augmenté, et par conséquent rien ne m'empêche de le contracter.

« Les raisons qu'apporte l'auteur des Conférences pour son sentiment, sont des plus frivoles. Il dit : 1<sup>o</sup> qu'il est à propos qu'il y ait dans les mariages égalité de fortune, de peur que le plus riche ne méprise l'autre, et que ce mépris ne trouble la paix du mariage. Je réponds qu'on doit supposer que celui qui consulte sur ce cas est un honnête homme ; car s'il ne l'était pas, il ne consulterait pas et il ne trouverait aucune difficulté à violer son engagement ; mais dès qu'on le suppose honnête homme, on ne doit pas craindre que la disproportion de sa fortune le porte à mépriser sa femme. Il n'y a que de malhonnêtes gens qui soient capables de ces sentiments.... » (n<sup>o</sup> 61).

Certes, nous ne voulons pas dire que Pothier ait mal conclu pour son temps et nous aimerions assez que sa solution fût vraie de nos jours, parce qu'elle est de l'ordre des nobles sentiments ; mais avant tout il faut respecter la justice et éviter de lier le fiancé au delà de ce qu'il a voulu. Or, il n'a, le plus souvent, entendu s'engager que sauf changement motivé selon la raison ou même selon l'usage, et d'autre part n'est-il point selon la coutume actuelle, susceptible, sans doute, de réprobation, que chacun recherche dans le mariage une fortune en rapport avec la sienne ?

## VOTUM

313. Sous cette dénomination sont compris les quatre vœux de chasteté, de virginité, d'entrée en religion, de réception des ordres sacrés.

Il ne s'agit ici que du vœu simple de chasteté ; le vœu solennel est, en effet, un empêchement dirimant, comme nous le verrons plus loin. Est-il besoin de dire aussi que le nom de chasteté est entendu présentement dans le sens de continence absolue et ne désigne pas la chasteté conjugale ? Le vœu de chasteté rend le mariage illicite selon le droit canonique comme d'après la nature, parce que l'état matrimonial expose gravement l'auteur de la promesse à la violer. Toutefois, Carrière excepte avec de graves auteurs le cas extraordinaire où il serait certain que le conjoint n'exercera pas son droit à l'union sexuelle, et il cite comme exemple le mariage de la Sainte Vierge. Les théologiens font remarquer que le vœu de chasteté oblige même pendant le mariage pour autant que l'engagement peut être rempli sans violer le droit de l'autre partie.

Le vœu de virginité ne se confond pas avec le précédent, bien que facilement ils s'associent dans la pensée et soient contractés en même temps. C'est uniquement la promesse faite à Dieu de ne pas se marier. Dès lors, à la différence du précédent, le vœu de virginité une fois violé par le mariage n'impose plus d'obligation à l'époux.

Le vœu d'entrer en religion peut, lui aussi, s'unir aux deux premiers. On a vu plus haut que dans le cas de mariage non consommé le conjoint qui veut entrer en religion peut arriver à la rupture du lien ; mais en même temps que l'Église lui reconnaît cette faculté, elle interdit le mariage, non pas, il est vrai, à toute personne qui veut entrer en religion, mais à celle qui a promis à Dieu de le

faire. S'il n'y a que l'intention sans engagement, la faute consisterait, suivant ce que nous avons dit, à contracter sans prévenir l'autre partie du projet que l'on médite. Il est inutile d'expliquer pourquoi le mariage est défendu en cas de vœu d'entrée en religion. Si l'union conjugale ne rend pas impossible, et nous venons de le rappeler, l'accomplissement de la promesse, elle en détourne puissamment, ou bien, à l'inverse, elle menace d'une déception très dommageable l'autre contractant.

C'est pour les mêmes raisons qu'il y a aussi un empêchement prohibitif dans le vœu de prendre les ordres.

---

### EMPÊCHEMENTS DIRIMANTS.

---

314. La législation canonique en compte quinze que les interprètes de ce droit ont réunis dans les vers suivants :

- « Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
- « Cultus disparitas, vis, ordó, ligamen, honestas,
- « Aetas, affinis, si clandestinus, et impos,
- « Raptave sit mulier, nec parti reddita tutæ ;
- « Hæc socianda vetant connubia, facta retractant ».

Nous ne disons pas que tous ces empêchements aient été établis par l'Église ou soient de droit ecclésiastique ; certains, au contraire, sont de droit naturel ou bien aussi émanent du droit divin positif. Mais nous devons nous y arrêter comme aux autres afin de faire connaître quelles sont à leur égard les règles de la législation et de la jurisprudence ecclésiastiques. Il est à peine besoin de prier de remarquer que

dans l'énumération qui précède les empêchements sont indiqués sans ordre logique et viennent suivant les exigences de la mesure. Dans un classement raisonné on dirait avec saint Thomas (*Somme théologique*, III<sup>e</sup> partie, supplément, q. L) : le mariage peut être empêché à cause, soit d'obstacles inhérents au contrat, soit d'obstacles qui tiennent aux personnes des contractants. De là, dans un premier groupe les empêchements relatifs au consentement et dans un second les incapacités de contracter qui concernent la personne considérée absolument ou dans ses rapports avec une autre. Seulement, au temps du docteur angélique les deux empêchements de rapt et de clandestinité n'existaient pas ; ils ont été établis par le concile de Trente (1). Mais l'un et l'autre peuvent être logiquement rattachés aux deux catégories indiquées. L'empêchement de rapt, car il s'agit du rapt de violence et non du rapt de séduction, dérive d'une présomption de défaut de consentement. Quant à l'empêchement de clandestinité, on pourrait dire encore qu'il est relatif au consentement, envisagé ici au point de vue de sa forme ; il est cependant plus selon la doctrine de l'Église de le mettre dans le second groupe, dans celui des incapacités, puisque le concile de Trente, quand il a voulu l'établir, a déclaré rendre « incapables » de contracter ceux qui tenteraient de le faire en dehors de la présence du curé et de deux ou trois témoins. Carrière distinguée, depuis la création de cette cause de nullité, trois catégories d'empêchements ;

---

(1) Aussi l'énumération que nous avons citée date-t-elle des temps postérieurs au concile. Auparavant on disait (Saint Thomas, passage cité) :

- « Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
- « Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas.
- « Si vis affinis, si forte coire nequibus,
- « Hæc socianda vetant connubia, facta retractant ».

la première et la seconde sont celles que l'on connaît, la troisième se rapporte à la forme du contrat (n° 630).

Au surplus, à l'exemple de ce maître et même plus complètement que lui, nous suivrons l'ordre de la versification. Il est plus ordinaire et prévient plus sûrement les omissions.

#### *Error.*

315. Nous avons traité dans la section I de l'effet de l'erreur sur le consentement et nous avons distingué entre son effet possible et celui dont un tribunal peut être autorisé à admettre la preuve. En d'autres termes, nous avons distingué entre les hypothèses où il est possible absolument que le consentement ait, par suite d'erreur, fait défaut, et les hypothèses où l'absence de consentement, par suite d'erreur, est susceptible d'une preuve concluante. Or, nos solutions à ce sujet trouvent leur confirmation dans la jurisprudence canonique. L'erreur sur la personne physique, « *circa substantiam* », est bien, d'après ce que disent les auteurs compétents, une cause de nullité ; mais d'après ces mêmes maîtres, l'erreur sur les qualités, dans laquelle on comprend l'erreur sur ce que l'on appelle la personne civile, ne fait le contrat nul que s'il y a eu réserve expresse du consentement au cas d'existence de telle qualité ou si la personne dans laquelle on a une certaine qualité en vue n'est déterminée que par cette dernière et inconnue physiquement. Les auteurs disent qu'alors l'erreur sur les qualités réfléchit sur la personne, « *transit in substantiam* » (Gury-Ballerini, tome II, p. 775, note *a*), « *redundat in personam* ». Telle est la doctrine de Molina, de Lugo, de Sanchez, de Pirhing, de Carrière qui s'exprime dans les termes que l'on va lire. Après avoir parlé de l'erreur sur la personne « par laquelle une personne est conduite au mariage à la place d'une autre, comme il arriva



pour Lia substituée à Rachel » (1), l'auteur s'exprime ainsi (n<sup>os</sup> 633, 634 et 635) :

« L'erreur sur les qualités ou sur la fortune régulièrement ne rend pas nul le mariage. C'est l'enseignement de tous ou, du moins, de presque tous les théologiens. Les contractants ne sont pas censés faire dépendre des qualités ou de la fortune leur consentement; ils sont présumés consentir de la manière que demandent soit la nature du contrat, soit la partie avec laquelle on s'engage, soit la pratique des tribunaux; or toutes ces choses demandent que dans le mariage le consentement ne soit pas subordonné aux qualités ou à la fortune. Premièrement, en ce qui concerne la nature du contrat, le mariage est indissoluble; or le plus souvent il y aurait moyen de le rompre, si l'erreur qui nous occupe suffisait à cette fin. Secondement, au point de vue de la partie avec laquelle on s'engage, qui voudrait se marier, quels sont les parents qui donneraient leurs enfants en mariage, si la répudiation était possible sous le prétexte d'erreur sur les qualités, sur la fortune? Troisièmement, la pratique des tribunaux conduit à la même conclusion: tous, soit ecclésiastiques, soit civils, jugent qu'il n'y a pas nullité; or, il est de principe que dans les contrats est sous-entendu ce qui est selon le droit et l'usage. Il y a aussi cette considération complémentaire que la personne sur laquelle on se trompe reste apte au mariage, c'est-à-dire à l'acte conjugal, et que par suite il y a un motif suffisant de contracter.

« J'ai dit: régulièrement. Deux cas, en effet, doivent être exceptés. Le premier est si la personne qui se trompe contracte sous une condition formulée expressément au sujet de la qualité ou de la fortune; alors, la condition venant à

---

(1) « .... Quo una persona ducitur pro alia, v. g., quando Jacob Liam pro Rachele accepit ».

manquer, le consentement manque aussi, et dès lors il n'y a pas mariage. Cette solution est vraie aussi lorsque la condition est mise sans être exprimée, car le consentement ne s'en trouve pas moins exclu; seulement il faut appliquer alors ce que nous avons dit du consentement fictif (n<sup>os</sup> 459 et suivants) (1).

« La seconde hypothèse exceptée est celle où l'erreur sur les qualités ou la fortune réfléchit sur la personne. Tous admettent cette exception qui est d'une justesse évidente. Mais quant à déterminer dans quel cas l'erreur réfléchit sur la personne, c'est là une question d'un très grand intérêt et en même temps fort difficile, dit Sanchez, l. VII, d. XVIII, n<sup>o</sup> 25. Après plusieurs explications, il donne cette règle (n<sup>o</sup> 38) : l'erreur réfléchit sur la personne quand elle porte sur une qualité qui désigne une certaine personne non connue du contractant autrement que par cette qualité, et qu'il n'apparaît point que l'idée de celui-ci ait été de consentir avec la personne présente, quelle qu'elle fût. La même règle est communément suivie par les auteurs qui la formulent cependant de diverses manières » (2).

(1) « Celui qui donne un consentement fictif, dans le for externe est réputé conjoint » (Carrière, n<sup>o</sup> 460).

(2) « Error circa qualitates aut fortunam, regulariter non irritat matrimonium. Ita etiam theologi, saltem communissime. Contrahentes enim non censentur his alligare suum consensum : nam praesumendi sunt eo modo consentire, quem expostulant, sive natura contractus, sive si quibuscum contrahitur, sive praxis tribunalium : atqui haec omnia postulant ut... 1<sup>o</sup> natura contractus : est indissolubilis; porro plerumque daretur via illud dissolvendi, si sufficeret ejusmodi error. 2<sup>o</sup> Si quibuscum contrahitur : Quis enim nubere vellet, quinam etiam parentes liberos nuptui traderent, si sub eo praetextu possent dimitti? 3<sup>o</sup> Praxis tribunalium : ita omnia judicant, sive ecclesiastica, sive civilia ; porro ex axioma, *Ea veniunt in contractibus, quae sunt juris et consuetudinis*. Et ratio ulterior est, quia semper remanet indivi-

Nous avons une réflexion à faire au sujet des raisons données d'abord par l'auteur. Il paraît généralement les présenter comme établissant que l'erreur sur les qualités ne peut pas vicier le consentement tandis qu'en fait de preuve rigoureuse elles démontrent seulement que la vérification de l'erreur dont il s'agit ne saurait être prudemment admise. Comme nous l'avons dit dans la section I, l'erreur sur les qualités peut très bien indirectement entraîner le défaut de consentement : c'est ce qui arrive si on a subordonné son consentement à l'existence de telle qualité, si, en ce sens, l'erreur a été dominante; mais la preuve de l'erreur n'est pas recevable, parce qu'elle resterait conjecturale, quand la subordination dont il s'agit n'a pas été expresse ou n'est pas rendue vraisemblable par ce fait que la personne était inconnue physiquement, et c'est à l'appui de cette idée que viennent les motifs donnés par Carrière.

De la théorie que nous venons de faire connaître on trouve dans les auteurs ecclésiastiques une application intéressante qui est discutée entre jurisconsultes et qui montre bien que

duum aptum matrimonio, ac proinde motivum sufficiens contrahendi, nempe ad actum conjugalem.

« Dixi *regulariter*, quia duo casus sunt excipiendi : 1° si errans contrahat cum expressa conditione qualitatis aut fortunæ; quia tunc, deficiente conditione, deficit consensus, ac proinde matrimonium. Illudque verum est, etiamsi conditio non apponatur nisi interius, quia nihilominus tollitur consensus; solummodo tunc applicanda sunt quæ diximus *de consensu ficto* (vide n° 459 et seq.).

— 2° Si error redundet in personam. Id omnes admittunt, et per se patet. Sed ad determinandum quandonam error redundet in personam, questio est maximi momenti, simul et difficillima, ait Sanchez, l. VII. d. XVIII, n° 25, qui, postquam plura disseruit, eam tradit regulam, n° 38 : tunc error redundat in personam, quando erratur circa qualitatem quæ certam personam designat, quæ contrahenti prius nota non erat absque illa qualitate, nec constat mentem contrahentis fuisse in personam sibi præsentem, quæcumque illa sit, consentire ».

l'erreur sur les qualités rejetée par la jurisprudence canonique comme insuffisante pour que le mariage soit nul, comprend l'erreur dite sur la personne civile. Nous l'empruntons à Gury qui, en la donnant reproduit une doctrine unanimement admise par les théologiens :

« Le mariage est valide entre une jeune fille noble et un aventurier qui faussement se vante d'être noble et possesseur de grands biens et le prouve par de faux témoignages. Mais cette épouse n'est pas tenue d'habiter avec lui et elle peut immédiatement se séparer de lui pour toujours. — En ce sens, saint Alphonse de Liguori et tous les autres théologiens » (1).

La preuve de l'erreur sur les qualités est déclarée inadmissible par les auteurs alors même qu'on alléguerait qu'elle a été déterminante, qu'elle a été la cause du contrat. C'est ce que dit l'illustre cardinal De Lugo :

« Si ce n'est pas au sujet de la personne que l'erreur ou le dol se sont produits, le mariage n'est ni nul ni annulable, alors même qu'ils auraient été *la cause* du contrat » (2).

Cette solution ne doit pas surprendre puisqu'il faut encore aller plus loin et exiger, comme on le fait, que dans le cas où l'erreur aurait été même dominante, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le consentement lui aurait été subordonné et aurait été rattaché à lui non pas seulement comme à sa cause

(1) « Valide contrahit puella nobilis cum viro vago, qui falso se jactat nobilem et bonorum multorum possessorem, idque falsis testimonis probat. Sed mulier illa non tenetur cum ipso cohabitare, et divortium perpetuum quoad torum et habitationem statim facere potest. — S. Lig., et alii omnes » (tome II, n° 796).

(2) « Si error vel dolus non versetur circa substantiam, etiamsi det causam contractui, non reddit illum irritum nec irritandum... » (De *justitia et jure*, Disp. 22, n. 88).

mais à sa condition même d'existence, il l'ait été formellement, sauf le cas très exceptionnel où la personne était physiquement inconnue.

Dans la citation que nous venons de faire nous avons nommé le dol. On a pu remarquer qu'il ne figure point dans l'énumération des empêchements dirimants. Et en effet, pas plus selon le droit ecclésiastique que selon le droit naturel le dol n'est une cause de nullité distincte de l'erreur. Quand l'erreur qu'il a produite est de celle dont la preuve est recevable, il agit judiciairement sur le contrat ; mais autrement non. Ce n'est point parce que l'erreur sur une qualité résulte d'un dol qu'il cesse d'être conjectural, en dehors des deux cas de réserve expresse et de défaut de connaissance physique de la personne, que le consentement ait été subordonné à l'existence de la qualité usurpée. On pourrait, il est vrai, opposer une fin de non-recevoir et dire : Peu importe que l'on ne sache pas mieux discerner si le consentement a fait défaut, car il y a un autre obstacle à la validité qui est suscité par le dol, à savoir le manque de sanction divine, Dieu étant obligé pour sa gloire de ne pas ratifier un pacte frauduleux. Il ne nous paraît pas que les auteurs ecclésiastiques aient prévu l'objection, mais nous l'avons discutée dans la section I et nous l'avons écartée en montrant que le bien des hommes et la gloire divine demandaient la sanction du mariage malgré les artifices employés pour obtenir le consentement, parce qu'un trop grand nombre de familles se trouveraient par là désorganisées.

#### *Conditio.*

316. A vrai dire, cette indication d'empêchement est inexacte. Il n'y a pas de condition ou de rang social qui prive du mariage. Ce contrat, ce sacrement est à la portée des plus humbles, même des esclaves. Mais la condition de l'esclave

en tant qu'ignorée de l'autre partie est une cause de nullité; l'ignorance de la condition servile d'une personne que l'on consent à épouser est un empêchement dirimant. Pourquoi? Il n'est pas malaisé d'en trouver le motif, insuffisant toutefois au point de vue de la raison seule. C'est le grand obstacle que la servitude de l'un des époux crée à la pratique ordinaire de la vie conjugale et qui serait extrêmement pénible au conjoint qui ne l'a pas prévu. Par esclave il ne faut entendre ici, dit Carrière, que « ceux qui sont sous la puissance d'un maître à ce point qu'il puisse les louer ou les vendre selon ce qui était autrefois pratiqué chez les Romains et ce qui est encore aujourd'hui en usage chez certains peuples » (1).

Si l'Église admet la nullité du mariage de l'esclave pour cause d'erreur au sujet de sa condition, elle n'en a pas moins fait faire à cet infortuné un progrès immense en la matière même du mariage. Chez les Romains il n'y avait pas de lien conjugal possible pour l'esclave, puisque, suivant la maxime : « Non tam viles quam nulli sunt », il n'était pas capable d'avoir un droit. Au contraire, dans la législation ecclésiastique il est reconnu que deux esclaves peuvent se marier valablement, même malgré le maître, et que l'union d'un esclave avec une personne libre est possible aussi. Non seulement le consentement du maître n'est pas indispensable, mais la théologie déclare que cet homme manque gravement à la justice s'il empêche positivement son esclave de se marier ou si, à cause de l'union une fois contractée, il le traite plus durement. Même il ne lui est pas permis d'empêcher un esclave en le vendant de contracter un mariage promis par fiançailles, et la plupart des auteurs ecclésiastiques pensent

---

(1) « Nomine autem servorum non intelligantur famuli quales apud nos, sed tantum ii qui ita sunt sub potestate domini, ut possit illos locare, vendere, sicut olim usitatum erat apud Romanos, et hodie etiam apud quosdam populos » (n° 636).



aussi que, le mariage étant une fois conclu, l'esclave ne peut être aliéné que s'il est aisé à la femme de le suivre (1).

C'est l'empêchement d'erreur au sujet de la condition servile de l'une des parties que nous avons placé et que l'on place presque universellement sous le second terme de l'énumération classique des nullités de mariage. Quelques auteurs cependant ont vu dans ce nom de *conditio* la clause insérée dans le pacte matrimonial et qui ou bien serait contraire à la substance du mariage ou viendrait à défaillir. C'est là une interprétation insolite, mais si elle consigne en un lieu mal choisi l'effet des conditions sur le consentement, cet effet n'en est pas moins réel, sauf la présomption formulée par

(1) « Hoc porro impedimentum, uti patet, valet solum quoad matrimonium liberi cum servo : nam (et hæc sedulo notanda pro locis, in quibus adhuc servitus viget) conjugia inter servos extra controversiam valida habenda sunt, etiamsi contrahantur sine heri consensu ; quocirca sicut servus licite, etiam hero suo invito, matrimonium contrahit, sic herus graviter contra justitiam peccat, si servum aut positive a matrimonio impediat, aut illum, postquam contraxit, durius, hac de causa tractet. Non tamen positive consentire tenetur, et consequens inde ex plurimum doctorum sententia præjudicium subire, ut servus tunc possit ac debeat præferre conjugem debitum petentem hero petenti servitium ; quamquam Sanchez censet, id locum habere, etiamsi matrimonium fiat hero non consentiente. Quandoquidem autem herus jus habet vendendi servos, difficultatem inde profluentem, si sine illius consensu matrimonium contractum fuerit, doctores sic componunt : 1<sup>o</sup> Si nondum a servo inchoatum sit matrimonium per sponsalia de futuro, herus potest servum vendere, quia sic matrimonium non impedit, et alioquin utitur jure suo ; — 2<sup>o</sup> Si vero matrimonium per sponsalia de futuro jam sit inchoatum, non licet hero uti eo medio, quia sponsæ jam est jus quesitum, ut servus stet promissis et matrimonium contrahat ; quod herus, servum alio mittens, impediret ; — 3<sup>o</sup> Denique si matrimonium jam contractum sit, quidam putarunt, posse servum venumdari, quia sic non matrimonium, sed tantum ejusdem usus impeditur ; alii tamen magis coherentem id negant, nisi uxor commode possit virum sequi » (Gury-Ballerini, tome II. p. 776, note).

Grégoire IX et, de fait, facilement admissible, que le consentement n'a pas été subordonné à l'accomplissement de la condition.

*Votum.*

317. Le vœu solennel de chasteté est une cause de nullité, tandis que le vœu simple n'est qu'un empêchement prohibitif. Évidemment il s'agit ici, comme plus haut, du vœu de chasteté absolue et non du vœu même solennel de chasteté conjugale qui se fait dans certains ordres de chevalerie. Le concile de Trente renouvelant des décisions de la première et de la seconde assemblées œcuméniques de Latran s'exprime ainsi :

« Si quelqu'un dit que les clercs admis dans les ordres sacrés ou les religieux qui ont fait le vœu solennel de chasteté peuvent contracter mariage et que leur union est valide nonobstant la loi ecclésiastique ou le vœu, que la règle contraire ne serait rien autre que la condamnation du mariage, que tous peuvent contracter mariage qui ne sentent point qu'ils ont le don de la chasteté, même après l'avoir promise, qu'il soit anathème, car Dieu ne refuse point cette grâce à ceux qui la demandent justement et il ne permet point que nous soyons tentés au dessus de nos forces » (1).

Mais quand est-ce qu'un vœu est solennel ? Il n'y a pas

---

(1) « Si quis dixerit: Clericos in sacris ordinibus constitutos, vel Regulares, castitatem solemniter professos, posse matrimonium contrahere contractumque validum esse non obstante lege ecclesiastica, vel voto, et oppositum nihil aliud esse quam damnare matrimonium, posseque omnes contrahere matrimonium qui non sentiunt se castitatis, etiamsi eam voverint, habere donum; anathema sit: cum Deus id recte petentibus non denegat, nec patiatur nos supra id quod possumus tentari » (Session XXIV, canon IX).

moins de trois opinions en présence. D'après la plus commune le seul criterium qui existe à cet égard est la volonté de l'Église. Cette volonté, d'ailleurs, ne doit pas être cherchée dans la pompe dont les rites de l'Église peuvent entourer tel ou tel vœu : il y a des vœux sans solennité qui sont des vœux solennels et il y a des vœux avec solennité qui sont simples (Carrière, n° 646). Pratiquement, il n'y a de vœux solennels que dans les instituts de religieux ou de religieuses approuvés par l'Église et érigés en vraies sociétés religieuses. Or, ce dernier caractère manque aux congrégations fondées en France depuis la Révolution. Du moins, ce point nous paraît admis. Mais les anciens ordres qui émettaient autrefois des vœux solennels le peuvent-ils encore aujourd'hui en France ? La négative est principalement soutenue en ce qui concerne les ordres de femmes pour une double raison. Il ne paraît point, à cause du maintien de leur droit de propriété dans la loi civile française sous les effets de laquelle l'immobilité résultant de la clôture les fait demeurer, que le vœu de pauvreté des *moniales* puisse être tenu pour solennel : il n'est pas même susceptible d'un complet accomplissement ; et d'autre part, des trois vœux de chasteté, de pauvreté et d'obéissance on n'admet pas qu'il y en ait un de solennel si les autres ne le sont point également. Quant aux ordres religieux d'hommes on a aussi élevé des doutes ; mais il est à remarquer que la solennité des vœux émis par des religieux en Angleterre, en Hollande et dans les autres régions soumises à des gouvernements protestants n'a jamais été discutée (Carrière, n° 658-663).

L'empêchement résultant du vœu de chasteté existe pour les frères convers comme pour les religieux de chœur. En cas d'expulsion le vœu subsiste.

#### *Cognatio.*

318. Suivant le droit canon la parenté est ou naturelle ou

spirituelle ou légale, et en chacun de ces cas elle est, dans des limites qui varient, un empêchement dirimant.

*La parenté naturelle* est susceptible, on le sait, de deux aspects : elle existe en ligne directe et en ligne collatérale. Nous savons que dans chaque ligne il y a des degrés. Nous avons vu aussi dans la section I quel est le système canonique de calcul des degrés entre collatéraux ; les degrés ne se comptent que dans une ligne, dans celle où il y en a le plus.

En ligne directe, la parenté naturelle est un empêchement dirimant sans distinction de degré ou à l'infini, suivant une déclaration du pape Nicolas I<sup>er</sup>. Mais il y a controverse entre les auteurs ecclésiastiques sur le point de savoir si cet empêchement est naturel ; la question a, en effet, de l'intérêt pour eux aux deux points de vue des dispenses et des mariages entre infidèles devenus depuis chrétiens. Il y a un certain désaccord même au sujet de la parenté entre le père et la fille (Carrière, n<sup>o</sup> 674). Pour nous, nous avons dit dans la section I et rappelé dans la section IV quel est notre sentiment. En dehors du fait de l'ordre social nous ne verrions dans aucune parenté un empêchement dirimant ; mais grâce à ce fait la parenté devient, à nos yeux, une cause naturelle de nullité dans la mesure de la détermination faite par le souverain.

En ligne collatérale, la parenté naturelle empêche et détruit le mariage jusqu'au quatrième degré canonique inclusivement. La discipline de l'Église a varié à cet égard. Ainsi nous avons vu dans la section I qu'au temps de saint Thomas l'empêchement allait jusqu'au septième degré. Mais le quatrième concile général de Latran en 1215 sous le pontificat d'Innocent III établit la règle actuelle parce que la défense plus rigoureuse qui existait auparavant ne pouvait généralement plus être observée sans grave inconvénient. On sait que les principaux motifs de l'empêchement sont la sauve-

garde de la pureté entre proches et l'extension des liens d'affection entre les hommes.

Peu importe si deux collatéraux au lieu d'être issus d'un même couple, comme il arrive d'ordinaire, n'ont littéralement qu'un auteur commun, c'est-à-dire proviennent de deux unions de leur même ancêtre : la parenté et la demi-parenté sont assimilées. Peu importe aussi que la parenté, soit directe, soit collatérale, dérive d'un commerce illégitime au lieu d'avoir son origine dans le mariage.

*La parenté spirituelle*, dit Gury, dans la définition la plus nette que nous ayons trouvée de ce lien, est « une proximité qui dans le droit de l'Église résulte de l'administration et de la susception du baptême et de la confirmation entre certaines personnes que la législation canonique détermine » (1).

Par susception, terme de notre langue qui est spécial aux matières ecclésiastiques, on entend, lorsqu'il s'agit du baptême et de la confirmation, les rôles de parrain et de marraine ou la fonction de ceux qui assistent, tiennent sur les fonts baptismaux, le sujet du sacrement.

La parenté spirituelle est un empêchement dirimant entre cette personne ou ses auteurs et soit le ministre du sacrement, soit le parrain ou la marraine. Le motif est, d'une part, que ceux-ci lui ont communiqué, au moins par coopération, la vie spirituelle et qu'ainsi ils ont par rapport à lui une certaine paternité ou maternité ; c'est, d'autre part, qu'entre eux et les auteurs du baptisé, du confirmé, s'est établie une proximité analogue à celle de la famille.

Mais il n'y a pas et il ne saurait rationnellement exister

(1) « Cognatio spiritualis est propinquitatis quedam, que ex statuto Ecclesie oritur ex administratione et susceptione baptismi et confirmationis inter certas personas in Jure canonico determinatas » (tome II, n° 804).

d'empêchement entre le ministre du sacrement qui, dans le baptême, peut à la rigueur être un laïque, et d'autre part le parrain ou la marraine ou entre ces deux derniers.

L'empêchement de parenté spirituelle n'existe pour le parrain ou la marraine du baptême que s'ils ont tenu l'enfant au moment du sacrement (Gury, tome II, n° 806, 6°).

La cause de nullité qui nous occupe se trouve mentionnée pour la première fois dans une constitution de Justinien : le concile de Trente fut sur le point de la supprimer. Disons encore que, d'après Carrière, l'Église accorde plus facilement dispense de la consanguinité que de la parenté spirituelle : « Comme cet empêchement, dit l'auteur que nous venons de citer, ne dérive que du droit positif, il n'est pas douteux que l'Église ne puisse en accorder dispense. Plus difficilement cependant la dispense est accordée que quand il s'agit de parenté naturelle » (1).

319. *La parenté légale* est celle qui résulte de l'adoption. On appelle ainsi le fait, en tant qu'il est consacré par la loi, qu'une personne en traite une autre comme son enfant : « *assumptio personæ extraneæ in filium vel nepotem.* » C'est par approbation des lois romaines sur l'empêchement produit par l'adoption que le pape Nicolas I<sup>er</sup> fit de la parenté légale une cause de nullité. Aussi Benoît XIV dit-il que si quelque application de l'empêchement soulève des doutes, la difficulté doit être résolue d'après les lois civiles ; seulement, dans le temps du savant Pape, on réservait encore ce nom aux lois romaines. Or, les auteurs ecclésiastiques rappellent qu'à Rome il y avait, suivant une innovation de Justinien, l'adoption parfaite ou adrogation et l'adoption imparfaite ou

---

(1) « *Cum illud impedimentum non oriatur nisi ex jure positivo, nullum dubium est quin Ecclesia possit in illo dispensare. Difficilius tamen conceditur dispensatio, quam ubi de cognatione naturali* » (n° 700).



simple. La première, relative à un homme libre de la puissance paternelle, le faisait entrer sous celle de l'adoptant et dans la famille de celui-ci où l'adopté acquérait tous les droits d'un fils. La seconde qui concernait une personne en puissance faisait bien de l'adopté un fils ou un petit-fils, mais cependant le laissait dans sa famille et sous l'autorité de son père, de sorte que cet adopté ne devenait pas comme un véritable fils héritier nécessaire ayant droit à une légitime ; il était seulement héritier *ab intestat* (Carrrière, n°701). D'autre part, les auteurs ecclésiastiques estiment en général que la loi romaine faisait de l'adrogation seule et non de l'adoption imparfaite une cause de nullité de mariage. L'empêchement existait entre l'adoptant et l'adopté ainsi qu'avec ses descendants, entre l'adopté et les fils de l'adoptant aussi longtemps que ces derniers et l'adopté étaient réunis sous la puissance de l'adoptant, enfin entre l'adoptant et l'époux de l'adopté et réciproquement. D'un autre côté encore on estime que l'adoption française rentre dans le genre de l'adoption imparfaite. On s'appuie, pour le dire, sur ces premiers termes de l'article 348 du Code civil : « L'adopté restera dans sa famille naturelle..... » De là est née la question de savoir si à l'adoption française ou à d'autres semblables est applicable la décision de Nicolas I<sup>er</sup>. En faveur de l'affirmative Carrière allègue que la raison de l'empêchement, la vie commune entre l'adopté et l'adoptant et les leurs, existe également, que l'adoption soit parfaite ou imparfaite. Mais on répond que les lois irritantes doivent être, d'après une règle d'interprétation insérée dans le *Corpus juris canonici* (1), interprétées d'une manière restrictive, et qu'il en est ainsi spécialement dans la matière du mariage. Ce

---

(1) « *Odia restringi, favores convenit ampliari* » (*Sextus*, De regulis juris, regula XV).

contrat, en effet, doit être favorisé. A la vérité, la S. Pénitencerie ayant reçu du diocèse de Périgueux (*Petrocoriorum*) la question suivante : « L'adoption étant admise en France par les lois, on demande si l'empêchement dirimant canonique d'adoption y existe » (1), a répondu affirmativement, mais les adversaires de l'empêchement font remarquer que dans la demande il n'était pas dit de quelle adoption, parfaite ou imparfaite, il s'agissait.

Nous n'aurons garde de prendre parti dans cette discussion. Il y a cependant deux remarques que nous pouvons faire, mais qui vont l'une contre l'autre. En premier lieu, l'adoption française est plus énergique dans ses effets que l'adoption imparfaite. Tandis, en effet, que celle-ci, donnait simplement un droit héréditaire *ab intestat*, celle-là fait un héritier à réserve, d'après l'article 350 du Code civil français qui dit que « l'adopté aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption ». L'adoption française se rapproche donc de l'adoption parfaite ; si elle ne se confond pas avec elle, c'est parce qu'à la différence de Rome notre pays n'admet point la perpétuité de la puissance paternelle. Il y a bien ces mots de l'article 348 : « L'adopté restera dans sa famille naturelle » ; mais ils ont pour but, suivant la suite du texte : « et y conservera tous ses droits », de maintenir les droits de l'adopté par rapport à celle-ci, et non d'empêcher qu'il n'en acquière ailleurs.

En second lieu, si cette première remarque indique de notre part une tendance à assimiler l'adoption française à

---

(1) « Cum in eodem regno (Gallie) adoptionis jus modo legaliter sit receptum, queritur an canonicum impedimentum adoptionis dirimens locum etiam habere debeat » (Carrière, n° 704).

l'adoption parfaite des Romains, nous ferons pourtant une seconde observation qui, malgré ce rapprochement, nous porterait plutôt à croire que l'adoption française n'est pas comme l'adrogation un empêchement dirimant. Dans l'établissement de l'empêchement dirimant de parenté légale, quelle ligne de conduite a suivie l'Église ? Elle a voulu, sans doute, faire acte de préservation morale en détournant de l'idée de s'unir entre elles des personnes que l'adoption rend membres d'une même famille ; mais selon une parole de Benoît XIV citée plus haut, elle n'a voulu le faire que dans la mesure où la loi civile le faisait. Or, il y a un point qui n'a peut-être pas attiré assez l'attention des théologiens ; c'est que dans le droit français l'adoption ne crée qu'un empêchement prohibitif. Telle est, du moins, l'opinion la plus sûre (Demolombe, *Traité du mariage*, tome I, n° 338) ; et si l'on objecte qu'elle est combattue, n'y a-t-il pas la règle d'interprétation, déjà citée, qui veut que les lois irritantes soient appliquées restrictivement ?

#### *Crimen.*

320. Il n'y a plus un seul crime qui empêche le mariage de son auteur avec toute personne. Autrefois il en fut autrement. Le meurtre de l'épouse, *uxoricidium*, fut un empêchement prohibitif ; mais il est tombé en désuétude. Le meurtre du mari, *viricidium*, était-il frappé de la même manière ? Les canons restaient muets à cet égard. Mais il y a, d'après la législation ecclésiastique, des crimes qui sont un obstacle à ce qu'une personne qui a commis l'un ou l'autre d'entre eux prenne certain conjoint. Il y a, en effet, deux crimes qui rendent impossible le mariage entre un veuf ou une veuve auteur de l'un ou de l'autre et son complice. C'est l'adultère, c'est le meurtre du conjoint. Assez facilement l'espoir du mariage pourrait porter deux personnes, dont une est mariée, à

commettre ensemble le mal, assez aisément aussi la même perspective les unirait dans un attentat aux jours de l'époux dont l'existence entrave leur union ; c'est pourquoi l'Église statue que l'adultère, que le meurtre du conjoint empêcheront radicalement l'époux coupable devenu veuf de se marier avec son complice. Seulement, ces deux règles sont tempérées par leur subordination à certaines circonstances. Mais, d'autre part, plusieurs de celles-ci cessent d'être exigées lorsque l'adultère et le meurtre du conjoint se trouvent réunis. Aussi sous le nom de *crimen* faut-il entendre trois empêchements : *adulterium solum, homicidium* ou *conjudicium solum, utrumque simul*.

Indiquons rapidement les conditions de l'accomplissement desquelles dépend l'effet irritant de ces trois crimes.

Dans le cas d'adultère seul, il faut, outre la validité du mariage puisque sans elle il n'y aurait point d'adultère, la connaissance par les deux parties du lien matrimonial de l'une ou de l'autre, une promesse de mariage antérieure ou simplement postérieure au crime faite par l'un des coupables à l'autre et que celui-ci ait acceptée ; il faut que cette promesse ait eu lieu du vivant de l'époux envers lequel l'infidélité a été commise. Pourquoi faut-il qu'il y ait promesse ? Parce que celle-ci montre avec plus de vraisemblance dans l'adultère l'espoir d'un mariage, et que c'est précisément cet espoir que l'Église veut détruire. Il y a, sans doute, aussi cette raison que l'engagement dont il s'agit est un acte inique, disent certains théologiens (Carrière, n° 721), et qui s'ajoutant à l'adultère rend les parties plus dignes de châtement.

Dans le cas d'homicide seul, c'est-à-dire suivant ce qui a été expliqué tout d'abord, de meurtre d'une personne par son conjoint et un complice, il y a empêchement de mariage entre ces deux derniers si cette unique condition s'accomplit que la victime meure de l'attentat dirigé contre elle. A

la vérité, il faut aussi, lors du crime, l'intention chez l'un des coupables d'épouser l'autre, mais dans le for externe cette intention est toujours présumée (Gury-Ballerini, tome II, p. 798, note *b*).

Enfin dans le cas d'adultère et d'homicide réunis, il n'est plus nécessaire qu'il y ait eu promesse de mariage. Il n'est pas non plus indispensable que le meurtre du conjoint délaissé ait été concerté par les deux parties ; mais il doit encore avoir eu le mariage pour but.

*Cultus disparitas.*

321. Nous nous sommes déjà occupés de la diversité de religion entre personnes baptisées. Elle est un empêchement prohibitif. Mais la diversité de religion entre un chrétien et un infidèle doit empêcher avec plus de force le mariage ; elle est une cause de nullité. Nous avons déjà eu l'occasion de le dire, (page 532). C'est de la coutume de l'Église que dérive ce principe ; il n'est pas écrit dans les canons et l'on sait par d'illustres exemples qu'il n'existait point dans les premiers siècles du christianisme.

*Vis.*

322. Les théologiens et les canonistes, dit Carrière, distinguent deux sortes de violence, l'une qui est absolue, et l'autre qui n'imposant pas, à proprement parler, une marque de consentement, agit par la crainte (n° 766). L'une est la contrainte matérielle, l'autre la contrainte morale. Toutes les deux sont comprises sous le terme de *vis*. Mais la seconde seule arrête et mérite de fixer l'attention. Dans les ouvrages elle est aussi appelée *metus*. L'étendue attribuée par les canonistes à cet empêchement est celle que nous lui avons donnée dans la section I. Il faut une crainte qui soit grave

pour celui qui la subit, injustement inspirée et, par conséquent, qui ne provienne pas d'un danger qui menace de lui-même comme le péril de mourir de misère si l'on n'accepte tel parti. De nombreux auteurs présentent comme exigé aussi en droit canonique que la crainte pousse directement au mariage : *ut metus inferatur in ordine ad matrimonium*. Mais d'autres autorités, notamment Lugo et Carrière rejettent cette règle. Assurément, dit en substance ce dernier auteur, il peut fort bien arriver qu'une crainte qui ne tend pas directement au mariage ne soit pas un empêchement, parce qu'elle n'est pas injuste, ainsi celle que nous venons de prévoir de la misère dans le célibat. Mais, d'autre part, supposez que l'on a fait telle menace injuste qui n'ayant pas un certain mariage pour objectif ne peut cependant être évitée que par lui ; comme la crainte est injustement inspirée il y aura nullité (n<sup>os</sup> 774 et 775). Nos explications de la section I sont conformes à cette doctrine.

Il y a controverse au sujet du cas de crainte légère mais ayant néanmoins déterminé le consentement. Pour nous, au point de vue naturel, il n'y a pas alors de nullité. Nous dirons comme dans le cas de dol : le consentement, d'après l'hypothèse même, n'en est pas moins réel et il n'est pas à croire, malgré le fait coupable des menaces, que Dieu refuse sa sanction à l'échange des volontés. Trop de mariages seraient nuls.

Est discuté aussi le point de savoir si l'empêchement de crainte, dans les hypothèses où la législation de l'Église l'admet, est de droit naturel ou de droit ecclésiastique. Mais ceux-là même qui tiennent pour la seconde opinion, arrivent à peu près aux mêmes résultats que s'ils défendaient la première : ils reconnaissent que le mariage de l'infidèle lui-même est vicié par la crainte et que l'Église ne pourra point pratiquement accorder dispense parce que le bien



public en souffrirait. En ce qui nous concerne, nous avons placé la crainte parmi les empêchements dirimants naturels. Lorsque la crainte a été grave et injuste, il est présumable que l'on n'a pas consenti, et par suite, un tribunal, en cas de conflit, doit prononcer la nullité. Il n'est donc pas besoin, pour qu'il y ait un empêchement dirimant dans le cas de crainte, que la loi positive intervienne.

#### *Ordo.*

323. Dans les explications sur l'empêchement dirimant qui résulte du vœu solennel de chasteté, nous avons déjà cité cette décision du concile de Trente (Session XXIV, can. IX) :

« Si quelqu'un dit que les clercs admis dans les ordres sacrés.... peuvent contracter mariage et que leur union est valide...., qu'il soit anathème ».

Par ordres sacrés, on entend la prêtrise, le diaconat et le sous-diaconat.

Il est généralement admis que l'empêchement dirimant qui nous occupe est de droit ecclésiastique ; mais on discute le point de savoir à quelle époque il a été établi. Au plus tard, il l'a été par les deux premiers conciles de Latran, qui se tinrent dans la première moitié du douzième siècle (Carrière, n° 789).

Parfois, l'ordre a été imposé aux enfants encore sans raison ; Benoît XIV et Carrière attestent l'existence d'un usage de ce genre chez les Coptes. Y aura-t-il alors empêchement dirimant ? Benoît XIV répond que l'ordonné arrivé à l'âge de seize ans, aura le choix ou de rester dans les ordres, car il les a reçus valablement, et alors, de se lier par le vœu de chasteté inhérent aux ordres sacrés, ou de rentrer dans le monde et de pouvoir se marier. Les mêmes solutions sont

applicables au cas où les ordres auraient été reçus par suite d'une crainte grave. C'est encore Benoît XIV qui nous l'apprend (Carrière, n° 798).

*Ligamen.*

324. Si une personne est engagée dans les liens d'un premier mariage, elle ne peut, avant la dissolution de celui-ci, contracter une seconde union. C'est là, en tant qu'il s'agirait d'une union dont on n'aurait pas l'intention de différer l'effet jusqu'à la mort du premier conjoint, une conséquence très simple de la loi de l'unité qui est naturelle et appartient aussi aux législations positives du Créateur et de Jésus-Christ. Une dispense ne saurait être accordée par l'Église. Il est vrai seulement, qu'en vertu d'une prérogative, à lui conférée par Dieu, le Pape peut, pour un motif grave, dissoudre un mariage non encore consommé, et ainsi, indirectement, faire disparaître l'empêchement dirimant de lien conjugal.

Pour qu'un second mariage soit possible, il faut, au moins, la certitude morale de la mort du premier conjoint. Le droit canon n'exige pas, mais il en est autrement des statuts de certains diocèses, la production d'un acte de décès. Des témoignages suffisent. Un seul serait même assez, s'il était corroboré par les circonstances de façon à ne pas laisser de doutes ; autrement on suit la maxime qui, d'après ce qui vient d'être dit, n'a rien d'absolu : *testis unus, testis nullus*. Un second mariage contracté en dehors de ces conditions est illicite. Est-il nécessairement nul ? Non. Il est valide si en réalité l'absent du sort duquel on n'est pas sûr a cessé de vivre. A l'inverse, le second mariage se trouve être nul et l'avoir toujours été si le premier conjoint, dont le décès a été moralement certain, reparaît. Conséquemment, il faut, à

moins de cause de séparation de corps, que l'époux remarié retourne près du conjoint revenu.

S'il est né des enfants de la seconde union, quelle situation leur sera faite dans le cas de bonne foi de l'époux remarié ou de son second conjoint ? Ou leur appliquera le chapitre XIV, déjà cité, du titre *Qui filii sunt legitimi*, aux Décrétales (livre IV, titre XVII) : ils bénéficieront de l'institution du mariage putatif.

### *Honestas.*

325. La dénomination complète de l'empêchement dont il s'agit est *honestas publica*, ou encore *justitia publicæ honestatis* ; nous dirons cependant ici simplement l'honnêteté publique. Ce qui est indirectement désigné par ces termes, c'est la proximité que les fiançailles et le mariage non consommé, valide ou même invalide pour une autre cause que le défaut de consentement, établissent entre l'une des parties et certains parents de l'autre. Cette cause de nullité remonte aux premiers siècles de l'Église. Nous ne parlons que du mariage non consommé, car si des rapports sexuels ont eu lieu, c'est l'empêchement d'affinité ou d'alliance qui surgit.

Quels sont les parents écartés par l'*honestas publica* ? Jusqu'à quel degré cette cause de nullité étend-elle ses effets ? Il faut distinguer entre le cas de fiançailles et celui de mariage. Au sujet de la première hypothèse, le concile de Trente s'exprime ainsi :

« L'empêchement de justice d'honnêteté publique est supprimé totalement par la sainte assemblée, pour les cas où, par suite d'une cause quelconque, les fiançailles ne seront pas valides ; si elles sont valides, l'empêchement n'existera qu'au premier degré, car en ce qui concerne les degrés

ultérieurs la prohibition ancienne ne peut plus être observée sans inconvénient » (1).

Ainsi, l'empêchement n'existe qu'au premier degré. Les personnes qu'il atteint sont donc le père ou la mère, le fils ou la fille, le frère ou la sœur du fiancé ou de la fiancée. On ne distingue pas entre les deux lignes, directe et collatérale. D'après le texte que nous venons de citer, pour qu'il y ait empêchement, il faut que les fiançailles soient valides. Antérieurement, il n'en était pas ainsi. Faut-il qu'elles aient eu lieu devant l'Église ? La négative semble devoir être admise, car, selon Benoît XIV, l'avis de presque tous les auteurs est que les fiançailles même privées suffisent. La résiliation du contrat de fiançailles est généralement regardée comme ne détruisant pas l'empêchement.

En tant qu'il résulte du mariage non consommé, l'empêchement d'honnêteté publique ne se fonde pas sur un texte spécial ; il se rattache à une règle ancienne d'après laquelle les « *sponsalia de præsentî* », c'est-à-dire les mariages même non consommés, étaient comme les « *sponsalia de futuro* » ou fiançailles proprement dites, un empêchement jusqu'au quatrième degré inclusivement. Or, le concile de Trente n'a apporté de changement, d'après la constitution *ad Romanum* de saint Pie V (constitution LXXXV, du 1<sup>er</sup> juillet 1568, Bullaire romain, tome IV, III<sup>e</sup> partie), que pour les fiançailles proprement dites. Le mariage, indépendamment de l'empêchement d'alliance qui résulte de sa consommation, est donc resté un empêchement dirimant

(1) « *Justitiæ publicæ honestatis impedimentum, ubi sponsalia quacumque ratione valida non erunt, sancta Synodus prorsus tollit; ubi autem valida fuerint primum gradum non excedant: quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest hujusmodi prohibitio absque dispendio observari* » (Session XXIV, *de Reformatione matrimonii*, ch. III).

jusqu'au quatrième degré. De plus, comme la règle ancienne était applicable même en cas de mariage nul, pourvu que la cause de l'invalidité ne fût pas le défaut de consentement, il en est encore présentement ainsi, malgré la modification en sens contraire apportée par le concile de Trente, au sujet des fiançailles. On fait cependant une exception quelque peu compliquée. Lorsqu'un premier mariage est lui-même invalide par suite de l'empêchement d'honnêteté publique, il ne crée pas un obstacle à une seconde union avec la fiancée que l'on avait délaissée pour épouser sa mère ou sa sœur. Cette solution est presque unanimement admise. Il ne faut pas, dit Kugler, qu'une jeune fille, jalouse, comme il arrive souvent, du mariage heureux qui se prépare pour sa sœur déjà fiancée, puisse l'empêcher en obtenant elle-même du fiancé une promesse semblable ou en contractant mariage avec lui. Un autre auteur donne cette raison que l'empêchement d'honnêteté publique a précisément pour but de permettre au fiancé de revenir à sa fiancée ; mais c'est là une erreur. Le motif de cette cause de nullité est, comme dans les cas de parenté et d'alliance, la sauvegarde de la pureté des relations entre personnes qui sont devenues des proches.

Nous lisons dans Carrière que l'empêchement qui vient de nous occuper est un de ceux dont l'Église dispense le plus aisément (n° 809-826).

#### *Ætas.*

326. Cet empêchement est principalement celui de l'impuberté ; il ne concerne qu'accessoirement le temps où l'on n'a pas encore l'usage de la raison, la période de l'enfance.

En vertu du droit ecclésiastique, l'homme ne peut valablement contracter mariage avant quatorze ans révolus et la femme avant l'expiration de la douzième année. Toutefois,

le droit canonique fait cette réserve : « à moins que la malice ne supplée à l'âge » (1). Le mariage, en d'autres termes, n'est pas nul si les personnes plus jeunes, déjà suffisamment capables de comprendre l'état conjugal, sont en outre pubères avant l'âge légal. Ce dernier n'est donc pas dans le droit de l'Église, comme dans le code civil français, une condition absolue.

S'il n'est pas toujours nécessaire, est-il toujours suffisant ? Le mariage sera-t-il valide si une personne ayant l'âge de la puberté ne la possède pas ? Oui. L'impuberté ne peut, en effet, être admise comme empêchement dirimant que dans la mesure où elle entraîne la nullité d'après le droit ecclésiastique, et encore d'après cette législation restrictivement interprétée, puisqu'il s'agit d'une règle irritante. Or, d'après les canons, c'est seulement jusqu'à quatorze, jusqu'à douze ans que l'impuberté est un empêchement dirimant.

Cette cause de nullité est susceptible de dispense quoique rarement les Papes aient consenti à l'écartier.

L'âge fixé par le droit canonique pour la puberté, peut paraître à certains bien précoce ; mais, il ne faut pas oublier que la nature l'est plus encore dans certaines contrées, même au Nord de l'Afrique (voir en ce sens une discussion sur l'Algérie à la Chambre des députés français, au commencement de l'année 1891), et que l'Église, puissance universelle, a pu prendre un âge moyen. D'ailleurs, si le mariage de l'impubère est valide après quatorze ou douze ans, il reste, selon le droit naturel, généralement illicite comme contraire au bien moral et physique d'une personne qui n'a encore ni assez de réflexion, ni assez de force. Il est même en grande partie indirectement illicite selon le droit de l'Église, car les parents souvent s'y opposeront et leur refus

---

(1) « .... modo malitia non suppleat ætatem » (Carrière, n° 902).



de consentement est un empêchement prohibitif, ou bien même il pourra arriver que le curé ait le droit d'y mettre obstacle en vertu du système des prohibitions particulières qui rentrent dans l'empêchement prohibitif appelé *Ecclesiae velitum*.

Nous devons dire que le mode de détermination de la puberté actuellement reçu dans l'Église ne semble pas y avoir toujours été admis. Grégoire IX qui vivait au treizième siècle a, en effet, inséré dans son recueil des Décrétales la solution suivante d'Isidore qui, selon l'école des Cassiens, fixait la puberté uniquement d'après l'état du corps :

« Les pubères tirent leur dénomination de *pubes*..... Certains, il est vrai, fixent la puberté d'après le nombre des années ; ils estiment pubère celui qui a quatorze ans accomplis, bien qu'il ne devienne velu que très tard. Mais il est certain que celui-là est pubère qui a la puberté sur son corps et peut déjà engendrer. De même sont nubiles les filles qui deviennent mères dans les années de l'enfance » (1).

Nous n'avons considéré jusqu'à présent l'empêchement d'âge que comme empêchement d'impuberté, et c'est la seule manière dont il a été envisagé par certains auteurs. Il peut cependant l'être aussi comme nullité pour défaut de raison ou comme empêchement de première enfance. Carrière commence ses explications sur l'*Atlas*, en disant : « Si le mariage se fait avant le temps où l'homme possède sa raison,

---

(1) « Puberes a pube sunt vocati, id est, a pudentia corporis nuncupati, quia hæc loca primo lanuginem ducunt. Quidam tamen ex annis pubertatem existimant : id est, eum puberem, qui XIII annos impleverit, quamvis tardissime pubescat. Certum autem est, eum puberem esse, qui ex habitu corporis pubertatem ostendit, et generare jam potest. Et puerperæ sunt quæ in annis puerilibus pariunt » (Décrétales, livre IV, titre II, *De desponsatione impuberum*, chap. III).

aucun doute n'est possible ; évidemment le contrat est nul » (1).

A la première enfance, il faut incontestablement assimiler la folie complète. Certains étudient même à part l'*impedimentum amentiaë*. Mais les personnes qui ont encore assez de raison pour pouvoir pécher mortellement, sont capables de contracter le lien matrimonial et il en est de même des aliénés ayant des intervalles lucides. Carrière dit : « Ceux dont la démence n'est pas perpétuelle et qui ont des intervalles lucides peuvent, dans ces intervalles, contracter » (2). Seulement, dans la plupart des cas, ils doivent être détournés du mariage, à cause des maux qui ont coutume de résulter d'unions de ce genre et spécialement des difficultés que rencontre l'éducation des enfants.

#### *Affinis.*

327. Nous arrivons à l'empêchement d'affinité ou d'alliance. Comme on a pu le pressentir quand nous avons dit que l'empêchement d'honnêteté publique résultait du mariage non consommé, l'alliance n'est pas tout à fait dans le droit canon ce que l'on désigne actuellement par ce terme dans le langage le plus ordinaire et dans le droit français. Selon ces derniers, l'alliance est le lien qui unit l'un des époux aux parents de l'autre, tandis que pour l'Église elle est le lien entre une personne et les parents de celle avec qui elle a eu le commerce de la chair, soit dans le mariage, soit illicitement. Ainsi l'alliance canonique est tout à la fois plus

(1) « Si matrimonium ineatur ante rationis usum, nullum est dubium : prorsus invalidum est » (n° 900).

(2) « Illi quorum amentia non est perpetua, sed qui lucida habent intervalla, possunt his in intervallis contrahere » (n° 827).

étroite et plus étendue que l'alliance prise dans le sens du code civil français ; elle est plus étroite puisqu'elle ne résulte du mariage que s'il est consommé, et elle est plus étendue puisqu'elle dérive même de l'union sexuelle illicite.

Suivant la définition donnée et également, du reste, suivant celle du droit français, le mariage ne crée point d'alliance entre époux ; le lien conjugal qui les unit est d'un ordre à part. Mais l'alliance peut ensuite, par l'effet du crime d'inceste, s'établir entre les conjoints. Que l'un d'eux ait des relations illicites avec un parent de l'autre, il y aura désormais affinité entre les conjoints et celui envers lequel l'infidélité a été commise pourra, indépendamment de la question de séparation de corps, refuser au coupable la cohabitation intime si le parent complice est au premier ou au second degré. C'est là une application par analogie de la règle relative à l'empêchement d'affinité dérivée d'un commerce illicite.

Cette alliance, en effet, n'empêche le mariage que jusqu'au second degré inclusivement. Ainsi a statué le concile de Trente (Session XXIV, chapitre IV).

Quant à l'alliance en cas de mariage, elle est une cause de nullité, en ligne directe, sans distinction de degré, et jusqu'au quatrième degré en ligne collatérale. Avant le quatrième concile de Latran, commencé en 1205 sous le Pape Innocent III, cet empêchement était plus étendu.

Un mariage qui est invalide produit-il cependant l'empêchement d'alliance ? Empêche-t-il l'union de l'une des parties avec un parent de l'autre, jusqu'au quatrième degré ? Nous avons vu qu'il en est ainsi, à titre d'empêchement d'honnêteté publique, pour un mariage nul non consommé. Toutefois la question est controversée (Carrière, n<sup>os</sup> 836 et suivants).

L'empêchement d'affinité est regardé par tous les auteurs ou à peu près comme étant de droit ecclésiastique en ce qui

concerne les alliés en ligne collatérale ; mais au sujet des alliés en ligne directe, il y a controverse. Certains canonistes soutiennent qu'alors il y a empêchement de droit naturel ; il en est aussi qui distinguent suivant que l'alliance a été produite par un mariage ou qu'elle dérive d'un commerce illicite. Quoiqu'il en soit théoriquement, il est de fait que le Saint-Siège accorde dispense dans ce dernier cas et point quand l'alliance en ligne directe résulte d'une union légitime.

Avant le quatrième concile de Latran, ce n'étaient pas seulement l'un des auteurs de l'union sexuelle et les parents de l'autre qui étaient regardés comme alliés et entre lesquels l'empêchement d'affinité avait lieu. On considérait qu'il y avait aussi alliance par l'intermédiaire de deux personnes. Elle existait, notamment, entre l'un des époux et les personnes dont l'autre conjoint, par suite d'une première union était déjà l'allié ; ainsi le second mari d'une veuve devenait l'allié des parents du premier époux. L'alliance se transmettait même par l'intermédiaire de trois personnes. C'est ce que Carrière fait comprendre par un exemple en rapport avec le précédent. Si le second mari de la veuve lui survivait, la femme qu'il venait à épouser se trouvait l'alliée des parents du premier mari de la défunte. L'alliance existait par l'intermédiaire de ces trois personnes : le premier mari de la défunte, celle-ci et son second conjoint. Bref, on admettait la règle : *affinitas parit affinitatem*, tandis qu'au contraire on dit, depuis le quatrième concile de Latran, que l'alliance n'engendre pas l'alliance.

*Si clandestinus.*

328. La qualification de clandestin appliquée à un mariage se prête à une signification assez indéterminée et est susceptible d'emploi toutes les fois qu'une formalité requise pour la

publicité du mariage a fait défaut, par exemple les bans. Mais depuis le concile de Trente on appelle proprement mariage clandestin l'union qui est conclue sans la présence de deux témoins et du curé de l'une des parties, c'est-à-dire de son domicile ou de son quasi-domicile. Or, ce mariage est nul. Dans le chapitre I<sup>er</sup> du décret de *Reformatione matrimonii* (session XXIV) du concile qui vient d'être nommé, on lit :

« Ceux qui, autrement qu'en la présence du curé ou d'un autre prêtre autorisé par ce curé ou par l'Ordinaire, et en la présence de deux ou trois témoins, oseront tenter de contracter mariage, la sainte assemblée les rend absolument inhabiles à contracter ainsi, et elle statue que les contrats de ce genre seront infirmes et nuls, comme par le présent décret elle les infirme et les annule » (1).

Le motif principal de cette innovation a été de prévenir la fraude alors fréquente qui consistait à contracter de fait un second mariage avant la dissolution du précédent, grâce au manque de constatation de celui-ci. Benoît XIV dit même que souvent on voyait des hommes mariés profiter de la même circonstance pour recevoir les ordres sacrés.

Il est très digne de remarque que la sainte assemblée, en même temps qu'elle établit la nullité du mariage clandestin la subordonne pour chaque paroisse à une publication faite dans cette localité :

« La sainte assemblée statue que le présent décret entrera

(1) « Qui aliter, quam præsentè Parocho, vel alio Sacerdote, de ipsius Parochi seu Ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus Matrimonium contrahere attentabunt ; eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit : et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos præsentì decreto irritos facit et annullat ».

en vigueur pour chaque paroisse trente jours après la première publication qui en aura été faite dans cette même paroisse » (1).

Mais comme il peut arriver avec le temps que la preuve positive de la publication se perde, il faut bien qu'une présomption finisse par pouvoir démontrer suffisamment l'accomplissement de la formalité requise ; on suppose donc, très raisonnablement, qu'elle a eu lieu dans les paroisses où le décret sur la clandestinité a été observé pendant quelque temps comme décret du concile de Trente (2).

Ces derniers mots sont une allusion au cas qui s'est présenté pour les Ruthènes, où une règle semblable à celle du concile de Trente, mais émanant d'une autorité locale, aurait été établie par celle-ci pour une circonscription.

329. Conformément à cette règle d'interprétation le décret est regardé comme étant en vigueur dans l'Italie, l'Espagne, le Portugal, la France, la Hollande, la Belgique, l'Irlande et dans certaines parties de l'Allemagne catholique. Au contraire, ne sont pas encore soumis à la nouvelle loi l'Angleterre, la Suède, la Saxe, le Danemark et plusieurs parties soit de l'Allemagne, soit de la Suisse.

De plus, par une déclaration de 1741, Benoît XIV a statué qu'en Hollande et dans la Belgique confédérée les mariages entre hérétiques ou entre hérétiques et catholiques seraient valides quoique clandestins. A cette décision se rattache une

(1) « Decernit insuper, ut hujusmodi decretum in unaquaque Parochia suam robur post triginta dies habere incipiat, a die primæ publicationis, in eadem Parochia factæ, numerandos » (même chap.).

(2) « In dubio, an alicubi promulgatum Decretum hoc fuerit, promulgatio præsumitur, ubi decretum fuerit aliquo tempore in Parochia, tanquam decretum Concilii, observatum. Ita S. Congregatio apud Bened. XIV, De Synod. » (Gury-Ballerini, tome II, page 810, note b).



question débattue entre les canonistes et très grave, car d'elle dépend la légitimité d'un nombre immense d'unions ; c'est celle de savoir si le décret du concile de Trente est applicable aux hérétiques. On sait, en effet, qu'en principe les lois de l'Église les obligent. Si d'une part on peut alléguer qu'une exception a été faite pour un pays seulement, d'un autre côté il semble assez plausible de répondre que par analogie elle doit être étendue. N'est-ce pas l'interprétation qu'adopta Pie VII lorsque, dans son refus à Napoléon I<sup>er</sup> de déclarer nul pour clandestinité le mariage de Jérôme Bonaparte avec une hérétique de Baltimore, il s'exprima ainsi au sujet de la décision de Benoît XIV :

« Le décret n'établissant pas un nouveau droit, mais étant seulement une déclaration, comme porte son titre (c'est-à-dire une détermination de ce que ces mariages sont en réalité), on comprend aisément que le même principe doit être appliqué aux mariages contractés entre un catholique et une hérétique dans un pays sujet à des hérétiques, quand même, parmi les catholiques y existant, on aurait publié le susdit décret » (Artaud, Hist. du Pape Pie VII, tome II, c. VI. Carrière, n<sup>o</sup> 1216).

Toutefois ces paroles n'ont été prononcées qu'au sujet « d'un pays originairement *acatholique* ». Elles font suite, en effet, à celles-ci : « Quand même cette publication y eût été faite, on ne l'aurait faite que dans les paroisses catholiques, s'agissant d'un pays originairement acatholique, de sorte qu'on ne pourrait jamais en déduire la nullité d'un mariage mixte, c'est-à-dire entre un catholique et une hérétique, à l'égard de laquelle la publication n'est pas censée être faite ».

De là Carrière conclut par une triple distinction. Dans un pays où les hérétiques avaient déjà leurs paroisses au temps du concile de Trente, le décret n'est pas applicable et les mariages clandestins sont valides. Là, au contraire, où les

hérétiques n'ont pas d'organisation séparée, il y a plutôt lieu de se prononcer pour l'application du décret, s'ils habitent, bien entendu, dans un pays où la publication a été faite. Dans cette seconde hypothèse, comme ils sont mêlés à la population, la publication a eu lieu pour eux comme pour les autres chrétiens. Enfin, dans les contrées où les hérétiques n'ont de paroisses à eux que depuis le concile de Trente, l'auteur considère comme probable que l'Église entend leur appliquer l'empêchement de clandestinité aussi longtemps que tout espoir prochain n'est pas perdu de les ramener à la vérité ; mais après, il conviendrait d'assimiler la troisième hypothèse à la première. A côté de cette doctrine, il y a les systèmes absolus, l'un pour l'application, l'autre pour l'inapplication du décret aux hérétiques.

330. Une autre question plus aisée à résoudre se présente. Nous avons vu qu'il est des pays dont les habitants échappent maintenant encore au principe nouveau. L'exemption demeure-t-elle quand ils se sont transportés dans un pays soumis à cette loi ? Non, même s'ils ne font que passer ; l'immunité est locale et non personnelle. Mais aussi les personnes qui d'une région soumise à la loi passent dans une autre qu'elle n'atteint point y contractent valablement un mariage clandestin ; il faut cependant qu'elles y aient au moins un quasi-domicile, c'est-à-dire qu'elles y viennent avec l'intention de s'y fixer pour leurs intérêts pendant un certain temps (Gury-Ballerini, tome II, p. 811, note *b*), et que leur séjour en ce lieu remonte déjà au moins à un mois. Ce sont les conditions habituelles du quasi-domicile (Gury, tome II, n<sup>os</sup> 846 et 847). Ceux qui passent dans un pays où le décret du concile de Trente n'est pas en vigueur, en Angleterre, par exemple, et n'ont d'autre intention que de faire fraude à la loi restent obligés par elle. Il y a en ce sens un décret d'Urbain VIII, de l'année 1627 (Gury, II, n<sup>o</sup> 839). Pareillement les interprètes du Code civil admettent

assez que les Français qui vont, afin de se soustraire aux prescriptions du droit français, se marier à l'étranger ou faire, comme on l'a dit, le mystérieux pèlerinage de Gretna-Green (Duchesne, *Du mariage suivant les législations des États modernes*, ch. XV, p. 479, et Demolombe, *Traité du mariage*, tome I, n° 223), ne contractent pas valablement.

Si l'une des parties seulement appartient à un pays exempt, le mariage clandestin est valide. Elle communique à l'autre contractant le bénéfice de l'exemption qui existe pour elle. C'est également grâce à cette communication que si l'un des futurs n'a ni domicile ni quasi-domicile, est *vagus*, le mariage peut avoir lieu devant un curé quelconque (Gury, tome II, n° 848).

331. La présence purement matérielle du curé ne suffirait pas à la validité du mariage : il doit voir et entendre ; mais il n'est pas nécessaire qu'il ait été appelé pour assister à ce contrat. Peu importe même, au point de vue de la validité, que le curé ait été attiré par un faux prétexte ou malgré lui (Carrière, n° 1257). Dans ce cas de présence forcée, les mariages étaient autrefois *mariages à la Gaulmine*.

Le rôle du curé est celui d'un témoin. L'histoire du décret le dit assez. Les orateurs français du concile de Trente avaient demandé que fussent déclarés nuls les mariages qui ne seraient pas contractés devant un prêtre et trois témoins. Mais la sainte assemblée trouva que c'était trop exiger, et dans les trois premières rédactions du décret il ne fut question que de trois témoins. Alors on fit observer que sur les trois témoins il en fallait un qui fût stable et on choisit entre un greffier et le curé. A bon droit, on préféra celui-ci. Ce point une fois acquis, les orateurs français demandèrent qu'il fût dit que le curé présiderait au mariage (*præset*), mais l'assemblée s'en tint à l'idée primitive d'un troisième

témoin, vraisemblablement pour ne point donner à croire que le curé est le ministre du sacrement de mariage. Le cardinal de Lorraine paraissait cependant désirer une déclaration en ce sens. Le décret se borna à dire sur le rôle du curé : « Ceux qui autrement qu'en la présence du curé.... » (Carrière, n° 1255).

Il est défendu au curé, à moins d'un cas grave, de recevoir les consentements des époux dans un lieu profane ; même, sauf une permission de qui de droit, il ne peut intervenir dans un mariage ailleurs qu'en son église paroissiale. Mais au point de vue de la validité la présence du prêtre et de deux témoins en un lieu quelconque suffit.

Ces témoins peuvent être des femmes, des mineurs, aussi des infidèles. (Gury-Ballerini, II, p. 809, note c.) Il suffit qu'ils aient le discernement et puissent attester le fait de l'échange des volontés des conjoints. Ne sont pas applicables les deux vers suivants qui réunissent les qualités qu'en certaines matières on exige des témoins (Carrière, n° 1350) :

« *Conditio, sexus, ætas, discretio, fama*  
« *Et fortuna, fides, in testibus ista requires* ».

*Et impos.*

332. En démontrant que l'impuissance antérieure au mariage et perpétuelle est selon la nature un empêchement dirimant, nous avons déjà eu l'occasion de dire que le droit ecclésiastique admet cette cause de nullité. Mais il dit aussi que si elle est douteuse et même si les probabilités sont principalement pour sa réalité, le mariage est présumé valable. Les époux ont trois ans pour tenter la consommation de leur union. D'après cela, il y a rarement lieu de juger que l'empêchement qui nous occupe existe. Sont tenus de plein droit pour frappés d'impuissance perpétuelle ceux qui ont subi une castration complète.

*Raptave sit mulier, nec parti reddita tutæ*

333. Le rapt a été diversement frappé par l'Église suivant les temps. Dans la section VI nous avons vu que de très rigoureuses pénalités extérieures furent édictées contre lui. D'après le concile de Trente, le rapt constitue un empêchement dirimant, même indépendamment de la contrainte qui a pu être exercée au moment du contrat. La sainte assemblée s'est exprimée en ces termes :

« Le concile statue, au sujet du ravisseur et de la femme enlevée, qu'aussi longtemps que celle-ci restera en la puissance du ravisseur aucun mariage ne pourra se former. Que si la femme enlevée se trouve séparée du ravisseur, établie en un endroit sûr et libre, et qu'en cet état elle consente à l'avoir pour mari, le ravisseur pourra l'épouser. Mais lui et tous ceux qui l'ont conseillé, secouru, favorisé, sont de plein droit excommuniés, frappés d'infamie perpétuelle et incapables de recevoir aucune dignité ; si ce sont des clercs, ils encourent la dégradation. En outre, le ravisseur, soit qu'il épouse ou n'épouse point la femme enlevée, sera tenu de lui fournir une dot convenable d'après estimation du juge » (1).

On distingue le rapt de violence et le rapt de séduction. Manifestement c'est au premier que se rapporte notre texte puisqu'il dit : « Aussi longtemps que la femme enlevée

---

(1) « Decernit sancta Synodus, inter raptorem et raptam, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere Matrimonium. Quod si rapta a raptore separata, et in loco tuto et libero constituta, illum in virum habere consensuit, eam raptor in uxorem habeat ; et nihilominus raptor ipse, ac omnes illi consilium, auxilium et favorem præbentes, sint ipso jure excommunicati ; ac perpetuo infames, omniumque dignitatum incapaces. Teneatur præterea raptor mulierem raptam, sive eam uxorem duxerit, sive non duxerit, decenter arbitrio judicis dotare » (Session XXIV, chap. VI).

restera sous la puissance du ravisseur.... » Mais quand y a-t-il rapt de violence ? On n'est pas absolument d'accord à cet égard. Ainsi Carrière et Gury exprimant deux manières de voir qui ont chacune leurs partisans définissent de façons différentes le fait qui nous occupe. Le premier dit que le rapt de violence est : « l'enlèvement violent d'une personne en un lieu où elle est sous la domination du ravisseur qui veut ou l'épouser ou satisfaire sa passion » (1). Le second adopte les termes suivants : « enlèvement violent d'une femme d'un lieu dans un autre où elle est sous la domination du ravisseur qui veut l'épouser » (2). Conformément aux diversités de langage qu'il est aisé de constater dans ces lignes, certains disent que le mot d'enlèvement doit être pris ici littéralement dans le sens de la translation d'un lieu dans un autre, tandis que Billuart, Carrière et d'autres auteurs déclarent que la détention sans transfert, par exemple la captivité d'une jeune fille dans sa propre demeure, suffit. Mais de l'aveu de tous il faut qu'il y ait domination sur la femme dans un lieu séparé. Ainsi ce ne serait pas assez d'avoir entraîné une femme d'une chambre dans une autre ou d'une place publique dans quelque enfoncement solitaire (Carrière, n° 911 ; Gury, tome II, n° 860). Alors, sans doute, il peut y avoir empêchement au mariage, mais seulement pour défaut de consentement par suite de violence. Carrière dit : « enlèvement d'une personne », tandis que dans l'autre définition nous lisons : « enlèvement d'une femme » ; et effectivement beaucoup, les plus autorisés

(1) « *Abductio violenta personæ in locum ubi sit sub potestate raptoris, matrimonii ineundi, vel libidinis explendæ causa* » (n° 906).

(2) « *Violenta abductio mulieris de loco tuto in alium, ubi sub potestate raptoris detineatur, matrimonii ineundi causa* » (tome II, n° 857).



même, nous semble-t-il, notamment Sanchez, Schmalzgrueber et Billuart, sont pour une interprétation limitative du décret qui ne parle que du rapt de la femme, tandis que d'autres théologiens, en grand nombre Français, défendent la solution opposée. Ils invoquent l'autorité, nulle en la matière, des édits royaux et la pratique de l'Église française. Enfin, la première définition dit : « qui veut l'épouser ou satisfaire sa passion », tandis que la seconde s'arrête à la première intention. Sont marquées par cette diversité de langage deux opinions dont chacune a ses défenseurs. Il y en a même une troisième qui distingue suivant que la personne enlevée consent au mariage comme à un moindre mal ou l'admet librement : dans le second cas, il n'y a point empêchement si le ravisseur n'a voulu que satisfaire sa passion. Carrière se prononce en ce sens (n° 912). L'injure est moins grave, dit-il, quand le ravisseur n'a pas voulu imposer le mariage. Dans les deux définitions nous avons rencontré l'idée que le rapt de violence est « un enlèvement violent ». Cependant d'une décision de la S. Congrégation du concile, en date du 25 juin 1864, il résulte que le décret du concile de Trente est applicable si c'est par des artifices que la personne a été amenée contre son gré sous la domination du ravisseur (Gury-Ballerini, tome II, p. 832, note *b*).

Nous l'avons fait remarquer, l'empêchement de rapt est distinct de celui de crainte ; si libre que se trouve être le consentement de la femme, le contrat est nul. Mais cet effet n'est pas nécessairement perpétuel. La femme vient-elle à être séparée du ravisseur, dit le texte, et à être établie en un lieu sûr et libre ? Alors cet homme peut l'épouser. Il n'est donc pas toujours indispensable que la femme soit rendue à un protecteur. Seulement cette nécessité peut se présenter en fait comme une condition de la remise en lieu sûr, par exemple s'il s'agit d'une jeune fille. On voit par là

que ces mots : « *nec parti reddita tutæ* », qui entrent dans la désignation classique de l'empêchement de rapt, ne doivent pas être pris à la lettre.

Jusqu'à présent nous nous sommes occupés du rapt de violence. Le rapt de séduction, même aggravé par la désobéissance de la fille séduite envers ses parents, n'est pas une cause de nullité. La solution contraire ne s'appuierait sur aucune règle de l'Église. Mais de nombreux théologiens français ont allégué, en ce qui concerne leur pays, une coutume d'après laquelle le rapt de séduction serait un empêchement dirimant. Nous croyons cette théorie abandonnée. Elle rentrait dans le système que la théologie régaliennne aurait voulu faire prévaloir de nullité du mariage contracté malgré l'opposition des parents.

Nous voici arrivés au terme de notre exposé du droit matrimonial canonique. Ce qui frappe principalement dans cette législation, c'est le soin dont l'Église entoure la formation du mariage, c'est la matière des empêchements et spécialement celle des empêchements dirimants. Tous tendent à rendre plus bienfaisant et plus noble le contrat nuptial. A la vérité, ces nombreuses nullités peuvent faire songer à dire que la puissance religieuse brise bien aisément des unions en fait déjà établies et porte ainsi elle-même indirectement à admettre l'idée du divorce ; mais cette critique ne serait pas réfléchie, car les chrétiens avertis par les prescriptions légales et par la coutume évitent de fonder des familles qui seraient d'avance condamnées à la dispersion.

---

## SECTION IX.

EXAMEN DE LA LÉGISLATION MATRIMONIALE FRANÇAISE,  
AU POINT DE VUE CHRÉTIEN.

334. Les principes d'après lesquels cet examen doit se faire ont été exposés dans les sections VI et VII. Là nous avons montré que l'Église a seule les pouvoirs qui consistent à régler l'usage du sacrement de mariage.

Les souverains sont incompetents, lorsqu'il s'agit de l'union d'un chrétien, à l'effet d'établir des empêchements dirimants ou prohibitifs, de statuer soit sur la validité, la licéité naturelles d'un mariage, soit sur la validité des fiançailles, de se prononcer sur les devoirs personnels des conjoints, de décider en matière de légitimité des enfants.

Au contraire, sous la réserve du droit pour l'Église d'intervenir en cas d'abus, restent aux souverains les pouvoirs suivants : infliger des peines à ceux qui sont reconnus par l'Église avoir manqué aux devoirs personnels des époux, frapper aussi ceux qui vivant maritalement sont tenus par l'Église pour non mariés ou pour violateurs d'empêchements prohibitifs, s'il y a gravité, punir ceux qui attaquent l'institution du mariage, imposer des sacrifices en vue du bien de la société conjugale, notamment abaisser la condition des enfants de personnes qui, selon l'Église, ne sont pas mariées, forcer les époux à remplir leurs devoirs personnels tels que l'Église les a déterminés, sanctionner le régime pécuniaire naturel des conjoints et les droits des enfants, octroyer des faveurs au mariage, enfin obliger les époux à déclarer à l'autorité civile leur mariage une fois contracté, mais sans

le droit pour le souverain de méconnaître l'union non enregistrée.

La législation matrimoniale française rentre-t-elle dans les limites que nous venons de retracer ? On sait bien que non. Nous l'avons vue, en effet, à propos des mariages non chrétiens, exercer des pouvoirs beaucoup plus étendus ; or, d'autre part, personne n'ignore qu'entre ces unions et celle d'un chrétien le droit français ne distingue pas. Si c'est là une sorte d'égalité elle n'est qu'apparente, puisque d'un côté aucun droit n'est atteint, tandis que, de l'autre, des prérogatives surnaturelles sont violées.

Au surplus, un nouveau coup d'œil sur les textes principaux de la législation matrimoniale française permettra de constater les usurpations commises, de voir ce qui dans cet ensemble doit disparaître et ce qui n'est pas attaquant au point de vue, du moins, du respect de l'ordre chrétien en matière de mariage.

Au Code civil, dans le titre *Des actes de l'état civil* il y a un chapitre III, *Des actes de mariage*, qui est relatif aux publications de mariage, à la production du consentement des parents et à la rédaction d'un acte de mariage. De toutes ces dispositions il ne peut rester que l'idée d'une déclaration du mariage contracté, déclaration dont l'absence ne peut faire considérer le mariage comme non-venu. L'autorité civile, incompétente en matière d'empêchements, n'a point à exiger la preuve du consentement des parents. Tout son rôle, par rapport à ce dernier, serait de réprimer la désobéissance du fils ou de la fille si l'Église faisait appel au bras séculier pour punir un époux qu'elle jugerait condamnable pour s'être marié malgré l'opposition paternelle.

Pareillement, bien peu de dispositions du titre *Du mariage* sont à conserver. Les rubriques des chapitres dont il se compose le disent assez. Le premier traite *des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage*, le

second *des formalités relatives à la célébration du mariage*, le troisième *des oppositions au mariage*, le quatrième *des demandes en nullité de mariage*. Il s'agit donc dans toutes ces séries d'articles de régler l'usage du sacrement de mariage, et cette action n'appartient pas au souverain parce que l'Église seule a le pouvoir de diriger le chrétien dans l'emploi des moyens de salut. Le chapitre V intitulé *Des obligations qui naissent du mariage* ne se rapporte en réalité qu'aux devoirs pécuniaires envers les enfants et à la dette alimentaire. Il est donc irrépréhensible au point de vue de l'ordre matrimonial chrétien ; il ne règle pas l'usage d'un moyen de salut, comme s'il était relatif aux devoirs personnels des conjoints, parce que l'accomplissement des obligations pécuniaires entre parents et même entre époux prises en elles-mêmes n'est point garanti comme celui des devoirs personnels par la grâce du sacrement (1). Ces réflexions disent la distinction qui s'impose dans l'appréciation du chapitre VI, *Des droits et des devoirs respectifs des époux*, où les devoirs personnels et les obligations pécuniaires des conjoints sont réunis. Les chapitres VII et VIII composés chacun d'un seul article et qui traitent l'un *de la dissolution*

---

(1) Nous lisons dans Carrière (n° 60) : « Le sacrement de mariage a été institué, premièrement pour que les époux se comportent chrétiennement dans la procréation et l'éducation des enfants, secondement, pour qu'ils s'aiment mutuellement et s'aident dans leurs nécessités et leurs infirmités, troisièmement pour qu'ils réfrènent la concupiscence par les lois de la chasteté et de la tempérance ; c'est pourquoi une grâce leur est communiquée en vue de l'obtention de ces fins, quand ils apportent dans le mariage les dispositions requises : Cum ergo sacramentum matrimonii institutum sit, 1° ut conjuges christiane se gerant in liberorum procreatione et educatione ; 2° ut sese mutuo diligant et adjuvent in necessitatibus et infirmitatibus ; 3° ut juxta castitatis et temperantiæ leges concupiscentiam coerceant, gratiam ad fines illos assequendos recipiunt, quando ad matrimonium accedunt cum debitis dispositionibus »

*du mariage, l'autre des seconds mariages*, concernent comme les cinq premiers l'usage d'un sacrement; ils sont donc sans valeur.

Dans le Code civil primitif, au titre du mariage faisait suite celui du divorce. Abrogée en 1816, cette dernière législation a été rétablie en partie par la loi du 27 juillet 1884, que nous avons citée plus d'une fois (Dalloz, 1884, IV<sup>e</sup> partie, p. 27). Mais elle est non-avenue pour le chrétien, puisque, sans parler de la loi divine de l'indissolubilité, si le divorce était possible la question de savoir quand il doit être prononcé concernerait l'usage d'un sacrement et serait, dès lors, de la compétence exclusive de l'Église. Cette observation dit également pourquoi dans le titre du divorce le chapitre V lui-même relatif à la séparation de corps n'est pas admissible. Nous l'avons déjà considérablement critiqué, même abstraction faite de l'ordre chrétien.

N'est pas non plus pleinement acceptable le titre qui vient immédiatement après les deux précédents. Il traite *de la paternité et de la filiation*; dans le chapitre I<sup>er</sup> il s'agit *de la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage*; dans le chapitre II *des preuves de la filiation des enfants légitimes*, et enfin dans le chapitre III *des enfants naturels*. Or, quand une question de filiation implique plus qu'un débat sur l'identité et met en cause l'existence d'un mariage entre le père et la mère au temps de la conception, l'autorité séculière n'est qu'en partie compétente; le second point, la *questio natiuitatis*, suivant l'expression d'un texte important que nous avons cité dans la section VI, est réservé à la juridiction religieuse.

Jusqu'à présent nous avons surtout critiqué. Il y a par contre tout un titre qui est irréprochable au point de vue des droits de l'Église en matière de mariage, c'est celui qui sous la rubrique *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux* traite des droits pécuniaires entre conjoints.



Au Code pénal, les articles 199 et 200 constituent un attentat d'une gravité extrême. Ce crime a été dénoncé bien des fois. Ils sont ainsi conçus :

« Tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil, sera, pour la première fois, puni d'une amende de seize francs à cent francs.

« En cas de nouvelles contraventions de l'espèce exprimée en l'article précédent, le ministre du culte sera puni, savoir : — Pour la première récidive, d'un emprisonnement de deux à cinq ans ; — Et pour la seconde, de la détention ».

Sous plusieurs rapports ces dispositions sont condamnables. Elles mettent une condition à l'emploi d'un moyen de salut, elles sont des auxiliaires de la prétention du législateur français, implicitement formulée dans le Code civil, de méconnaître la nécessité de la présence du curé et d'imposer sous peine de nullité l'intervention de l'officier d'état civil, de supprimer, par conséquent, un empêchement dirimant et d'en créer un autre ; enfin elles méconnaissent l'immunité juridictionnelle du clerc et son inviolabilité ou le *privilegium fori* et le *privilegium canonis*, elles méconnaissent en même temps ce privilège plus absolu de l'indépendance du clerc devant les lois civiles qui ne sont pas ratifiées par les canons.

Il y a encore des lois spéciales qui peuvent en notre matière être reprochées au législateur français. Ce sont celles qui interdisent le mariage aux hommes astreints au service militaire, celles aussi par qui le mariage des fonctionnaires est subordonné à des conditions de fortune. Nous ne disons point que ces prohibitions, les premières surtout, n'aient pas de raison d'être, mais elles ne seraient à l'abri de la critique que si elles avaient été établies avec l'autorisation de la puissance spirituelle.

## SECTION X.

## DU CÉLIBAT.

335. Notre étude du mariage ne serait pas complète si, après avoir considéré celui-ci, nous ne traitions de l'état de vie qui lui est opposé. C'est ce que nous ferons dans cette section et aussi dans la suivante où nous nous occuperons d'un ouvrage qui contient une théorie célèbre et mal connue sur le célibat.

Le célibat peut être illicite pour une personne, soit à cause du péril prochain d'incontinence dans laquelle il la mettrait, soit principalement par suite d'une promesse acceptée de mariage. Mais en lui-même, le célibat n'est point illégitime ; quelqu'un qui peut se marier n'est pas tenu de le faire. Dans les premiers temps, le protestantisme soutint cependant le contraire. On disait : la loi du mariage a existé au commencement du genre humain, or, il n'y a pas de preuve qu'elle ait été abrogée. De fait, des théologiens catholiques ont eux-mêmes pensé que primitivement cette règle fut en vigueur. Il ont invoqué en ce sens, les circonstances du premier mariage et particulièrement ces paroles : « Croissez et multipliez ». Ils ont allégué aussi que le Créateur voulait certainement la propagation du genre humain et, par conséquent, le mariage. Mais la conclusion que l'on tire de ces arguments est pour le moins bien exagérée, d'après Carrière

qui paraît exprimer l'opinion dominante (n° 165). Ils prouvent, tout au plus, que Dieu a imposé le mariage au premier homme et à la première femme, et ensuite, à telles ou telles personnes, d'une manière éventuelle, pour le cas où, malgré l'instinct qui porte au mariage, la conservation de la race humaine serait en péril. Dès lors, ou bien la loi du mariage n'a point existé, et conséquemment, les protestants n'étaient pas recevables à invoquer l'absence d'abrogation, ou bien elle a existé dans les premiers temps, mais depuis, elle a perdu sa raison d'être et disparu.

336. Non seulement le célibat est, de soi, licite ; mais, quand il est gardé par amour du Souverain Maître, il est supérieur au mariage.

Le célibat religieux est plus parfait, parce qu'il laisse la personne qui le pratique plus libre de s'unir exclusivement à Dieu. L'homme marié se trouve entraîné, par suite de la faiblesse de notre volonté que le péché diminue, à aimer pour lui-même et pour elle-même sa compagne ; puis, s'il rapporte à Dieu tout son amour, du moins, il s'assujettit, selon son devoir, aux préoccupations et au service de la famille et ainsi s'expose beaucoup à vivre moins assidûment dans le commerce de la Divinité, dans cette union où est la force pour le bien. A cette justification de notre thèse, objecterait-on que si elle est vraie il n'y a plus qu'à dire que le mariage étant un état nuisible à nos rapports envers Dieu est illicite ? La méprise serait assez surprenante. Le mariage est loin d'être nécessairement illicite, malgré les dangers auxquels il est susceptible d'exposer, parce qu'en somme, au lieu de périls, ce sont des garanties qu'il apporte à la plupart des hommes. Le plus grand nombre, loin de vivre plus uni à Dieu dans le célibat, s'éloignerait davantage de ce Maître suprême, qu'il offenserait par une vie égoïste et irrégulière. Pour ceux-là seulement qui profitent de leur liberté afin de se donner plus à Dieu, le célibat est supérieur au mariage.

A la cause de supériorité qui vient d'être indiquée s'ajoutent le mérite du triomphe sur les passions, le sacrifice de la vie de famille qui va si bien au cœur de l'homme et est si conforme à ses besoins, le sacrifice du bonheur qu'il éprouve à voir son âme et son sang se perpétuer dans ses fils. Ces sacrifices sont particulièrement grands chez le chrétien : les traditions qu'il a à transmettre ne sont-elles pas plus belles et plus fécondes, ne puise-t-il pas dans le culte du Dieu véritable une plus grande tendresse ? Néanmoins, ce dernier groupe de considérations n'a, dans notre démonstration, que le rôle d'un complément de preuve. Par lui-même, il ne nous permettrait pas de conclure, car il donnerait prise à cette objection qu'il laisserait sans réponse : nous voyons bien qu'à raison de l'intention qui l'anime celui qui embrasse le célibat religieux, acquiert un mérite spécial, et qu'ainsi au point de vue de l'intention, le célibat religieux est au-dessus du mariage, mais il n'est point établi par là qu'en lui-même ou comme état de vie, le premier l'emporte sur le second. Aussi, avons-nous envisagé préalablement le célibat religieux au point de vue intrinsèque des garanties qu'il procure d'union avec Dieu.

Ah ! Nous le savons bien et notre cœur, à la vérité non désintéressé dans cette appréciation, l'a souvent senti : il n'y a rien de beau extérieurement comme la famille. Seule l'accoutumance pourrait empêcher certains hommes de s'en rendre compte. Où trouver Dieu mieux représenté que dans cet ensemble de puissance, d'autorité, de dignité, de grâce et de tendresse, de sollicitude, qui s'appelle la paternité et la maternité ? Du côté des enfants, si l'image de la divinité n'est plus aussi vive, la bonté et la sagesse du Créateur se révèlent avec un charme particulier dans les caresses et l'affection confiante de l'enfant, et l'on voit le père et la mère goûter le bonheur d'être aimés de leurs fils, comme Dieu fait ses délices de l'amour de sa créature. Oui, là est la

grande beauté de la nature visible, elle ne pâlit point devant les splendeurs du monde de la matière ; mais, c'est une œuvre qui a son développement sur cette terre ; tandis que le célibat religieux est une union dont ici-bas nous voyons seulement le prélude.

337. La doctrine de la supériorité du célibat religieux sur le mariage est de foi. Aggravant l'erreur de Jovinien qui, au quatrième siècle, avait soutenu que la virginité gardée pour Dieu n'était pas plus méritoire que le mariage, les protestants venaient d'affirmer que la première était même illicite. C'est pourquoi le concile de Trente formula dans les termes suivants la vérité méconnue :

« Si quelqu'un dit que l'état conjugal doit être préféré à l'état de virginité ou au célibat et qu'il n'est pas meilleur et plus heureux de demeurer dans la virginité ou le célibat que d'être uni par le mariage, qu'il soit anathème » (1).

Dans le *Syllabus*, Pie IX a rappelé ce principe. Le paragraphe VIII relatif aux erreurs concernant le mariage chrétien, se termine par la note suivante :

« Ici peuvent se placer deux autres erreurs, l'une disant que le célibat des clercs doit être aboli et l'autre que l'état du mariage doit être préféré à celui de virginité. Elles sont mises à néant, la première dans la Lettre Encyclique *Qui pluribus* du 9 novembre 1846 et la seconde dans la Lettre Apostolique *Multiplices inter* du 10 juin 1851 » (2).

(1) « Si quis dixerit, statum conjugalem anteponendum esse statui virginitatis, vel cœlibatûs, et non esse melius ac beatius manere in virginitate aut cœlibatu, quam jungi Matrimonio ; anathema sit » (Session XXIV, canon X).

(2) « Huc facere possunt duo alii errores : de clericorum cœlibatu abolendo et de statu matrimonii statui virginitatis anteferendo. Confo-diuntur, prior in Epist. Encycl. *Qui pluribus*..... »

La croyance que nous avons défendue et que l'Église a couverte de son infailibilité est générale parmi les peuples. De Maistre nous le montre dans un exposé saisissant (*Du pape*, livre III, ch. III) :

« C'est, dit-il, une opinion commune aux hommes de tous les temps, de tous les lieux et de toutes les religions, qu'il y a dans la continence quelque chose de céleste qui exalte l'homme et le rend agréable à la divinité; que, par une conséquence nécessaire, toute fonction sacerdotale, tout acte religieux, toute cérémonie sainte, s'accorde peu ou ne s'accorde point avec l'usage même légitime des femmes..... Voilà ce qu'on pensait dans tout le monde connu..... Les vierges consacrées à Dieu se trouvent partout et à toutes les époques du genre humain. Qu'y a-t-il au monde de plus célèbre que les Vestales....? C'était une croyance assez générale dans l'antiquité que la Divinité s'incarnait de temps en temps et venait, sous une forme humaine, instruire ou consoler les hommes. Ces sortes d'apparitions s'appelaient des *théophanies* chez les Grecs, et dans les livres sacrés des Brahmes, elles se nomment des *avantaras*. Or, ces mêmes livres déclarent que lorsqu'un Dieu daigne ainsi visiter le monde, il s'incarne dans le sein d'une vierge, sans mélange de sexes.... Suivant les Japonais, leur grand dieu Xaca était né d'une reine qui n'avait eu de commerce avec aucun homme..... Après la virginité, c'est la viduité qui a joui partout du respect des hommes..... »

A l'encontre de la supériorité du célibat sur le mariage, les protestants ont invoqué cette parole de l'Apôtre : « Que chacun ait sa femme et que chacune ait son mari » (1). Mais Carrière répond d'une manière qui nous paraît mani-

---

(1) « Unusquisque suam uxorem habeat, et unaquæque suum virum habeat » (1, Corinth., VII, 2).



festement juste. Ce texte, dit-il, « indique seulement que chaque homme marié doit éviter d'être infidèle à son épouse ; ou tout au plus elle concerne l'hypothèse de cette nécessité possible dont nous avons parlé, à savoir le cas de faiblesse de la chair, comme paraissent l'indiquer ces paroles (1) : « à cause de la fornication ». Mais l'Apôtre est si loin de donner un précepte, que dans le même passage il ne permet même que *par indulgence* l'usage du mariage aux personnes mariées, et qu'il recommande fortement la virginité ; il y aurait là une contradiction qui n'est pas possible » (2). On ne peut non plus rien induire de ces paroles : « Croissez et multipliez » que, d'après la Genèse (I, 28), Dieu dit à nos premiers parents. Non seulement il faut admettre avec tous les auteurs, comme nous l'avons vu, qu'il n'y a point là un ordre, au moins dans la situation actuelle du genre humain ; mais on doit reconnaître que les paroles citées n'indiquent même pas une préférence en faveur du mariage sur le célibat religieux. Elles sont, d'après Carrière, « une simple bénédiction, pareille à celle qui fut donnée aux animaux » (n° 165). Dans un texte de la Bible souvent cité il est dit que « la fécondité est une récompense » (3). Tirera-t-on de ce mot un argument contre notre thèse ? Nous ne le pensons

(1) Elles précèdent immédiatement les paroles de Saint-Paul qui viennent d'être citées.

(2) « Textus S. Pauli quem citant protestantes, *unusquisque uxorem suam habeat*, I. Cor. VII, 2, indicat tantum unumquemque nuptum non debere ab uxore discedere ; vel ad summum respicit casum necessitatis hypotheticæ, de qua modo loquebamur, nempe ex infirmitate, ut innuere videntur illa verba, *propter fornicationem*. Sed tantum abest a præcepto imponendo, ut eodem loco, etiam nuptis, non nisi *secundum indulgentiam*, usum matrimoni permittat, et virginitatem valde commendet ; non potest autem ita sibi contradicere » (n° 167).

(3) « Merces, fructus ventris » (Psaume 126, *Nisi Dominus*, 3).

pas. De ce que le mariage attire sur ceux qui le contractent une récompense, il ne suit nullement que la virginité ne l'emporte pas sur lui, soit en mérite, soit aussi en bénédictions. Mentionnons encore deux passages desquels certains ont conclu que le mariage était prescrit aux Juifs : « Il n'y aura dans votre terre ni femme sans enfants, ni femme stérile. — Dans ton sein, aucun ne sera stérile, soit de l'un, soit de l'autre sexe, soit parmi les hommes, soit parmi les animaux » (1). Mais cette interprétation est rejetée par un grand nombre d'auteurs et par Carrière qui, malgré sa circonspection habituelle, l'écarte absolument (n° 166) ; il ne voit dans les textes cités qu'une promesse. Peu importerait d'ailleurs, puisqu'il ne s'agit que d'une loi particulière aux Hébreux.

Bien autrement probants en faveur de la supériorité du célibat nous paraissent être les passages qui suivent :

« Heureuse la femme stérile qui a conservé sa couche pure et sans tache. Elle en recevra la récompense lorsque Dieu visitera les âmes saintes » (2) ;

« Les disciples lui dirent : Si tel est le devoir d'un homme vis-à-vis de sa femme, il vaut mieux ne pas se marier. Jésus leur répondit : Tous ne comprennent pas cette vérité, mais ceux à qui il a été donné. Il y a, en effet, des eunuques qui sont sortis tels du sein de leur mère, et des eunuques qui doivent leur état à la main de l'homme ; mais il y a des eunuques qui se sont mutilés eux-mêmes en vue du

(1) « Non erit infœcunda, nec sterilis terrâ tuâ » (Exode XXIII, 26). Non erit apud te sterilis utriusque sexus, tam in hominibus quam in gregibus tuis » (Deutéronome, VII, 14).

(2) « Felix est sterilis : et incoquinata, quæ nescivit thorum in delicto, habebit fructum in respectione animarum sanctarum » (Sagesse, III, 13).

royaume des cieux. Que celui-là qui peut comprendre comprenne » (1) ;

« Au sujet de ce que vous m'avez écrit, je vous dirai : Il est bon à l'homme de ne s'approcher d'aucune femme.... C'est pourquoi celui qui marie sa fille fait bien, et celui qui ne la marie pas fait mieux » (2) ;

« Et ils chantaient comme un cantique nouveau devant le trône et devant les quatre animaux et les vieillards, et nul ne pouvait dire le cantique si ce n'est ces cent quarante-quatre mille qui ont été rachetés de la terre. Ce sont ceux qui ne se sont point souillés avec des femmes ; ils sont vierges, en effet. Ils suivent l'Agneau partout où il va. Ils ont été rachetés d'entre les hommes comme les prémices consacrées à Dieu et à l'Agneau » (3).

Il est donc surabondamment établi par l'Écriture que le célibat gardé pour Dieu lui est particulièrement agréable.

338. Certes, ce n'est point que la Bible n'honore le mariage. A la vérité, elle dit dans un poétique langage

(1) « Dicunt ei discipuli ejus : Si ita est causa hominis cum uxore, non expedit nubere. Qui dixit illis : Non omnes capiunt verbum istud, sed quibus datum est. Sunt enim eunuchi qui de matris utero sic nati sunt, et sunt eunuchi qui facti sunt ab hominibus ; et sunt eunuchi qui se ipsos castraverunt propter regnum caelorum. Qui potest capere, capiat » (S. Math., XIX, 10-12).

(2) « De quibus autem scripsistis mihi : Bonum est homini mulierem non tangere.... Igitur et qui matrimonio jungit virginem suam, bene facit : et qui non jungit, melius facit » (1<sup>re</sup> aux Corinthiens, 1, 38).

(3) « Et cantabant quasi canticum novum ante sedem, et ante quatuor animalia, et seniores ; et nemo poterat dicere canticum, nisi illa centum quadraginta quatuor millia qui empti sunt de terra. Hi sunt qui cum mulieribus non sunt coinquinati : virgines enim sunt. Hi sequuntur Agnum quocumque ierit. Hi empti sunt ex hominibus primitiæ Deo et Agno » (Apocalypse, XIV, 3 et 4).

destiné à mettre le jeune homme en garde contre les séductions :

« Ne t'arrête pas aux artifices de la femme » (1) ;

« Que la sagesse te garde de la femme étrangère, ainsi que de celle d'autrui, qui se fait un doux langage » (2) ;

« Et j'ai trouvé la femme plus amère que la mort : c'est le rets des chasseurs et son cœur est un filet, ses mains sont des chaînes. L'homme qui plaît à Dieu la fuira, mais le méchant sera séduit par elle » (3) ;

« J'ai découvert un homme sur mille, mais une femme entre toutes, je ne l'ai pas trouvée » (4).

« Toute malice est dans la méchanceté de la femme » (5) ;

« Ne considère personne à cause de la beauté de son visage, et ne demeure pas au milieu des femmes, car comme le ver s'engendre dans les vêtements, ainsi l'iniquité du mari vient de la femme. L'iniquité de l'homme est, en effet, meilleure que la femme avec ses attentions, que la femme qui confond dans l'opprobre » (6).

(1) « Ne attendas fallaciæ mulieris » (Proverbes, 1, 2).

(2) « Ut custodiat (sapientia) te a muliere extranea, et ab aliena, quæ verba sua dulcia facit » (Proverbes, VII, 5).

(3) « Et inveni amariorum morte mulierem, quæ laqueus venatorum est, et sagena cor ejus, vincula sunt manus illius. Qui placet Deo, effugiet illam : qui autem peccator est capietur ab illa » (Ecclésiaste, VII, 27).

(4) « Virum de mille unum reperi, mulierem ex omnibus non inveni » (Ecclésiaste, VII, 29).

(5) « Omnis malitia, nequitia mulieris » (Ecclésiastique, XXV, 17).

(6) « Omni homini noli intendere in specie : et in medio mulierum noli commorari : de vestimentis enim procedit tinea, et a muliere iniquitas viri. Melior est enim iniquitas viri, quam mulier benefaciens, et mulier confundens in opprobrium » (Ecclésiastique, XLII, 12-14).

Mais en même temps que par ces avis répétés la Bible détourne de la femme pernicieuse, elle dit :

« Réjouis-toi avec la femme de ta jeunesse » (1) ;

« Une maison, des richesses sont données par les parents, mais c'est par Dieu lui-même qu'est donnée une épouse prudente » (2) ;

« Ne t'éloigne pas de la femme sage et bonne qui est devenue ton partage dans la crainte du Seigneur, car la grâce de sa pudeur est au-dessus de l'or » (3).

« Bienheureux celui qui habite avec une femme sage » (4) ;

« Bienheureux le mari d'une femme qui est bonne, car le nombre de ses années sera doublé. La femme forte réjouit son mari et elle remplit de paix les années de ce dernier. C'est un heureux partage une femme qui est bonne ; elle sera réservée à ceux qui craignent Dieu, l'homme la recevra pour ses bonnes œuvres » (5) ;

« Celui qui possède une femme qui est bonne fonde sa maison : il a un aide semblable à lui et son repos est comme une colonne. Où il n'y a point de haie une terre est

(1) « *Lætare cum muliere adolescentiæ tuæ* » (Proverbes, V, 18).

(2) « *Domus et divitiæ dantur a parentibus : a Domino autem proprie uxor prudens* » (Proverbes, XIX, 14).

(3) « *Noli discedere a muliere sensata et bona quam sortitus es in timore Domini : gratia enim verecundiæ illius super aurum* » (Ecclésiastique, VII, 21).

(4) « *Beatus qui habitat cum muliere sensata* » (Ecclésiastique, XXV, 11).

(5) « *Mulieris bonæ beatus vir : numerus enim annorum illius duplex. Mulier fortis oblectat virum suum, et annos vitæ illius in pace implebit. Pars bona, mulier bona, in parte timentium Deum dabitur viro pro factis bonis* » (Ecclésiastique, XXVI, 1-3).

au pillage, et où il n'y a point de femme l'homme gémit dans le dénûment » (1) ;

« L'ami et le compagnon qui s'unissent au jour du besoin sont une force, mais une femme et son mari auquel elle est unie l'emportent sur l'un et sur l'autre » (2) ;

« Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé son Église et s'est livré pour elle.... » (St Paul, lettre aux Éphésiens, V, 25....).

339. Avantageux au point de vue décisif d'une plus grande gloire procurée à Dieu, le célibat pieux n'est point nuisible à la société. On lui a cependant reproché parfois de ralentir l'accroissement de la population, et de fait, si l'on considère l'hypothèse où tous les hommes seraient mariés et auraient tous les enfants qu'ils pourraient avoir, il y a certainement du chef du célibat diminution. Mais, premièrement, personne n'oserait affirmer qu'un ralentissement à cette multiplication poussée au maximum soit un mal, car on ne saurait être certain qu'elle ne dépasserait point la fécondité de la terre (De Maistre, Du Pape, L. III, ch. III, vers la fin) ; pour tous ceux qui voient dans le célibat religieux une institution voulue de Dieu comme utile à sa gloire, c'est même plutôt le contraire qui est indubitable : le Créateur qui a tout fait avec mesure aura prévu cette institution quand il a commandé au sol de fournir aux hommes leur subsistance. En second lieu, s'il faut reconnaître que par rapport au cas que nous avons indiqué le célibat religieux restreint

(1) « Qui possidet mulierem bonam, inchoat possessionem : adiutorium secundum illum est, et columna ut requies. Ubi non est sepes, diripietur possessio : et ubi non est mulier, ingemiscit egens » (Ecclésiastique, XXXVI, 26, 27).

(2) « Amicus et sodalis in tempore convenientes, et super utrosque mulier cum viro » (Ecclésiastique, XL, 23).



l'accroissement de la population, cette hypothèse n'est que théorique et en réalité l'abstention sainte du mariage ne diminue vraisemblablement point la multiplication du genre humain. Quel est le grand obstacle à celle-ci ? Ce n'est certainement point la stérilité, car, de l'avis des hommes compétents, elle est rare (Voir en ce sens dans la *Réforme Sociale* du 1<sup>er</sup> juin 1891, p. 869, les observations du docteur Lagneau). Ce n'est pas non plus la continence absolue dans le mariage : l'instinct et, en ce qui concerne notre temps, l'amointrissement de la vie surnaturelle, le disent assez. Le grand obstacle à l'accroissement de la population, c'est, tout à l'opposé, l'incontinence de la part des époux, c'est l'usage frauduleux, attentatoire à la loi du Créateur, qu'ils font de l'union sexuelle. Or, cette cause de dépopulation, la virginité gardée pour Dieu la combat. Par la chasteté parfaite elle donne l'exemple de la chasteté conjugale, par le zèle pour le service de Dieu elle apprend à aimer et à redouter le Souverain Maître, par la considération des récompenses éternelles elle enseigne aux époux à supporter volontiers les charges de la famille. Nous sommes donc fondés à dire que vraisemblablement le célibat religieux n'est point, dans la réalité, un obstacle au développement de la population. Montesquieu le donne bien à entendre (*Esprit des lois*, livre XXIII, ch. II), lorsqu'il dit « que la continence publique est naturellement jointe à la propagation de l'espèce ».

Notre conclusion est surtout vraie du célibat du prêtre. Le ministre du Seigneur, en effet, n'exhorte pas seulement à la pureté par sa conduite ; il a dans le tribunal de la pénitence et dans la direction des âmes de puissants moyens de faire régner la chasteté conjugale.

« Il ne faut jamais perdre de vue, dit De Maistre (*Du pape*, livre III, ch. III, à la fin), qu'il n'existe pas de véritable prêtre dont la sage et puissante influence n'ait donné peut-

être cent sujets à l'État ; car l'action qu'il exerce sur ce point n'est jamais suspendue, et sa force est sans mesure ; en sorte qu'il n'y a rien de si fécond que la stérilité du prêtre.... Toutes les religions du monde, sans en excepter même le christianisme séparé, s'arrêtent à la porte de la chambre nuptiale. Une seule religion entre avec les époux et veille sur eux sans relâche. Un voile épais couvre son action ; mais il suffit de savoir ce qu'elle est pour savoir ce qu'elle fait. Une très grande partie de son immense pouvoir est dévolue entièrement à la législation des mariages... Or, dire du ministre célibataire de cette sainte puissance, qu'il nuit à la population, c'est dire que l'eau nuit à la végétation, parce que ni le froment ni la vigne ne croissent dans l'eau».

Et quand même le célibat religieux apporterait quelque ralentissement à la multiplication de l'espèce humaine au delà de ce que peut commander la quantité des subsistances, serait-on fondé à dire qu'il est nuisible à la société ? Le bien de celle-ci n'est pas tout entier dans le nombre de ses membres, il est encore dans leur valeur morale et intellectuelle et conséquemment il ne souffre pas si, pour augmenter cette dernière, il y a quelque retranchement à subir au point de vue de l'accroissement numérique. Le célibat religieux bénéficie-t-il de cette considération ? Nous savons qu'il contribue puissamment à la pureté des mœurs. Qu'il serve aussi le progrès des intelligences, même en dehors de l'enseignement religieux qui est déjà le plus indispensable et le plus riche en lumières, on n'en saurait douter. Il n'y a point, en effet, d'essor de l'esprit dans une jeunesse captive de la chair. D'ailleurs, les immenses travaux accomplis jadis par les moines du moyen-âge et maintenant par leurs successeurs témoignent que le célibat religieux contribue puissamment au développement du savoir. Personne n'en est surpris. L'intelligence de l'homme consacré à Dieu est libre des préoccupations de la famille ; détachée des

choses matérielles elle vit dans le monde de la pensée, elle vit près de Dieu duquel elle reçoit, grâce à cette proximité et à des prières plus pressantes, des clartés exceptionnelles. Vainement donc la virginité sainte serait convaincue de ralentir un peu le mouvement de la population, elle ne s'en justifierait pas moins devant la société par les services qu'elle lui rend aux points de vue de la morale et de la culture intellectuelle.

Elle pourrait encore et avec plus de force alléguer que le bien essentiel d'une nation est la protection divine, et que le célibat religieux contribue à former dans un État une portion réservée au Seigneur par laquelle les bénédictions célestes descendent sur tout le peuple. Le célibat religieux a le rôle d'intermédiaire entre Dieu et la société, et ce rôle est pour elle une immense garantie de bonheur. « La perfection de la société humaine, dit saint Thomas, exige que quelques hommes s'adonnent à la vie contemplative », et il ajoute que « celle-ci est très contrariée par le mariage. » (1). Il estime donc que c'est le célibat religieux qui procure à la société l'élite qui vivra dans la communication avec le Créateur.

---

(1) « Cum ergo ad perfectionem humanæ multitudinis sit necessarium aliquos contemplativæ vitæ inservire, quæ maxime per matrimonium impeditur.... » (S. théol. Suppl. q. XLI, art. 2).

---

## SECTION XI.

## DE LA THÉORIE DE MALTHUS.

340. Cette théorie rentre bien dans la matière du mariage, car elle tend à le défendre aux pauvres et à interdire au souverain de le favoriser. Elle est en réalité peu connue, bien qu'il y soit fait allusion très souvent. Elle parut pour la première fois en 1798 dans *l'Essai sur le principe de population*. Ce terme de *principe de population* est obscur et équivoque. L'auteur le prend parfois pour désigner la règle qu'il faut suivre en matière de peuplement d'un État. Ainsi à l'appendice, page 631 de la 2<sup>e</sup> édition des traducteurs MM. Pierre et Guillaume Prévost, l'économiste dit : « J'ai toujours considéré le principe de population comme une loi particulièrement assortie à un état de discipline et d'épreuve ». Mais ailleurs, à la page 474, par exemple, la même expression signifie la tendance de la population à s'accroître ou la fécondité. « C'est à diriger, est-il dit en cet endroit, et à régler le principe de population que nous devons nous appliquer, et non à l'affaiblir ou à l'altérer ».

Malthus a pour but dans l'ouvrage dont nous venons d'indiquer le titre, de résoudre ces deux questions : quel est la principale cause de la pauvreté, quel est le meilleur moyen de combattre celle-ci ? L'écrivain laisse voir cette intention

dès les premières lignes de l'*Essai* et il l'a rappelée çà et là formellement (Voir notamment la page 484, 2<sup>e</sup> alinéa).

En ce qui concerne le premier point, l'économiste croit pouvoir formuler une loi de l'ordre physique, c'est-à-dire une vérité d'observation ou l'énoncé d'un phénomène qui se reproduit d'une façon constante.

Cette loi, dite spécialement loi de Malthus, nous allons la reproduire textuellement.

D'une part, « Nous pouvons, dit l'auteur, tenir pour certain que lorsque la population n'est arrêtée par aucun obstacle, elle va doublant tous les vingt-cinq ans, et croît de période en période selon une progression géométrique » (p. 8).

D'autre part, « Les moyens de subsistance, dans les circonstances les plus favorables à l'industrie, ne peuvent jamais augmenter plus rapidement que selon une progression arithmétique » (p. 10).

En résumé, la population est portée à se multiplier beaucoup plus vite que les moyens d'alimentation, car l'une tend à s'accroître selon une progression géométrique, et l'autre seulement selon une progression arithmétique.

C'est là la loi Malthus. Quelques lignes plus loin il la rend encore plus saisissable par un exemple.

« Portons à mille millions le nombre des habitants actuels de la terre : la race humaine croîtrait comme les nombres 1, 2, 4, 8, 16, 32, 64, 128, 256 ; tandis que les subsistances croîtraient comme ceux-ci : 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9. Au bout de deux siècles, la population serait aux moyens de subsistance comme 256 est à 9 ; au bout de trois siècles, comme 1096 est à 13, et après deux mille ans, la différence serait immense et comme incalculable » (p. 11).

Cette disproportion entre la fécondité du genre humain et l'augmentation des subsistances, telle est, d'après Malthus, la cause véritable et permanente de la pauvreté (p. 484).

Passant alors à la seconde et dernière des questions qu'il

s'est posées, l'auteur cherche le meilleur moyen de combattre la misère, et il le trouve dans une tendance qu'il voudrait voir s'opposer à celle d'où vient le mal, dans la tendance à réduire le nombre des naissances. « Dans plusieurs parties de cet *Essai*, dit Malthus dans l'Appendice (p. 585), j'ai insisté sur l'avantage d'obtenir la population requise dans un pays, au moyen du moindre nombre possible de naissances ».

Le moyen de combattre la misère indiqué par l'auteur est donc la réduction du nombre des naissances parmi les pauvres. Je me hâte d'ajouter que Malthus ne conseille pas d'arriver à ce résultat par des procédés illicites. Même il ne recommande à aucune personne mariée de limiter le nombre de ses enfants. Si quelqu'un affirme le contraire, je crois pouvoir dire qu'il n'a pas lu l'*Essai sur le principe de population*. Mais, en revanche, il déclare cette réduction obligatoire par application et dans la mesure des deux lois suivantes dont il affirme l'existence et que l'on peut appeler morales par opposition au caractère physique de la précédente, bien qu'elles peuvent constituer, selon nous, des immoralités.

1<sup>o</sup> C'est un devoir pour une personne de ne point se marier avant d'être en état de suffire avec son conjoint aux besoins d'une famille assez nombreuse.

« C'est, affirme l'auteur, le devoir de tout individu de l'espèce humaine, de ne songer au mariage que lorsqu'il a de quoi suffire aux besoins de sa progéniture » (p. 474).

« L'obligation de s'abstenir du mariage, tant que l'on n'a pas la perspective de pouvoir suffire à l'entretien d'une famille, est un objet digne de toute l'attention du moraliste » (p. 474).

Ailleurs, après avoir dit : « Tout ce que la société est en droit d'exiger de chacun de ses membres est de ne point avoir une famille sans être en état de la nourrir », l'auteur



ajoute : « Cette maxime peut être prescrite comme un devoir positif » (p. 523).

Ce devoir est ce que Malthus appelle d'un nom qu'il a rendu célèbre : la contrainte morale :

« Jusqu'à l'époque où nous avons de quoi pourvoir à l'entretien d'une famille, la contrainte morale est pour nous un devoir » (p. 485).

De Maistre (*Du Pape*, l. III, ch. III, § 3), qui cite Malthus avec honneur, à cause, peut-être, de ce qu'il y a d'indirectement favorable au célibat religieux dans la doctrine de cet écrivain, adopte l'expression de « restreinte morale ».

Je prie le lecteur de remarquer le sens donné par l'économiste à cette expression de devoir de la « contrainte morale ». Par ces mots, Malthus ne désigne pas le devoir ou la loi de passer le temps du célibat dans la continence. Assurément il est loin de les nier ; mais ce n'est pas là ce qu'il entend par les termes ci-dessus. Dans son langage, la contrainte morale est le célibat de celui qui ne pourrait suffire par lui-même aux besoins d'une famille, c'est le célibat gardé par crainte de la pauvreté, ou le célibat du pauvre, comme nous dirons par abréviation. Partant, le devoir et la loi de la contrainte morale, ce sont l'obligation et la règle de rester dans le célibat, quand on n'est pas en mesure d'élever une famille, ou, dans le même sens, quand on est pauvre.

Quel est, d'après notre économiste, le nombre d'enfants qu'avant de se marier on doit être assuré de pouvoir nourrir ? La note de la page 600 répond :

« Pour qu'un homme en se mariant soit exempt de reproches, le moins qu'il doive avoir, le plus petit revenu sur lequel il doit pouvoir compter, est un salaire tel, en état de santé, qu'il puisse suffire à nourrir, au prix moyen du blé, le nombre moyen des enfants produits par un mariage ».

Nous trouvons même dans les dernières lignes de la page

475 une détermination plus précise. En cet endroit, l'auteur fait le tableau d'une société selon ses idées, et nous y voyons :

« Toute action sollicitée par le désir de quelque avantage immédiat, mais qui entraîne après elle une plus grande mesure de peine, serait considérée comme la violation d'un devoir. En conséquence, un homme qui gagne de quoi nourrir deux enfants seulement ne consentirait jamais à se mettre dans une situation où il pourrait être forcé d'en nourrir quatre ou cinq, quelles que fussent à cet égard les suggestions d'une passion aveugle ».

Ainsi, la première des deux règles morales formulées par Malthus, c'est le célibat obligatoire pour celui dont les gains réunis à ceux de la personne qu'il pourrait épouser ne suffiraient pas aux besoins de quatre enfants.

Quant au célibat des personnes qui ne rentrent point dans cette catégorie, naturellement notre économiste ne l'exige point ; mais il veut que le monde revenant sur un préjugé ne blâme pas cet état :

« On ne peut douter que bien des femmes ne se soient mariées pour éviter le nom de vieilles filles. Trop alarmées de l'espèce de ridicule qu'un préjugé sot et absurde semble y avoir attaché, elles se sont déterminées à épouser des hommes pour qui elles avaient de l'éloignement ou tout au moins une parfaite indifférence » (p. 499). — « Quant aux personnes d'un rang élevé, d'après ce qu'on connaît de leurs habitudes, il suffirait que dans le monde on accordât plus d'estime à celles qui vivent dans le célibat, et qu'elles jouissent à cet égard des mêmes avantages que les femmes mariées. Ce serait d'ailleurs une chose raisonnable et conforme aux premiers principes de la justice et de l'équité » (p. 523 et 524).

2° La seconde règle morale dont Malthus affirme l'exis-

tence, c'est que les souverains doivent s'efforcer de diminuer le nombre des naissances dans le peuple, ou, en d'autres termes, de sanctionner la loi de la contrainte morale.

« Je souhaiterais qu'on essayât maintenant d'en diminuer le nombre (des ouvriers). Dans les États anciens et bien peuplés, ce moyen est le seul duquel nous puissions attendre raisonnablement quelque amélioration importante et permanente au sort des classes inférieures » (p. 486).

Comment l'autorité s'y prendra-t-elle pour remplir ce prétendu devoir ? De trois manières surtout, car Malthus ne laisse pas cette question indécise, et il complète l'énoncé de sa seconde loi morale par trois applications qui caractérisent celle-ci.

Voici la première. D'abord, d'une façon générale, il faut « abolir toutes les institutions qui encouragent la population » (p. 523). Très certainement, l'expression est ici plus étendue que la pensée de l'auteur. Abolir toutes les institutions qui encouragent l'accroissement de la population, ce serait par exemple, supprimer la sanction de l'autorité paternelle ou des testaments et la succession légale. Indirectement, en effet, ces institutions encouragent l'accroissement de la population. Malthus les a-t-il visées ? Certainement non. Il n'a voulu parler que des institutions qui ont directement ou positivement ce but.

La seconde application de la loi faite par l'économiste anglais aux souverains de réduire le nombre des naissances est indiquée dans les lignes suivantes :

« L'obligation imposée à chaque homme de pourvoir à l'entretien de ses enfants, soit légitimes, soit illégitimes, est si évidente et si impérieuse, qu'il serait juste d'armer la société de tout le pouvoir nécessaire pour lui donner une nouvelle force, en choisissant les moyens les plus propres à produire cet heureux effet. Mais il n'y a, je crois, aucun moyen de force, à la portée du pouvoir civil, qui pût être

aussi efficace à cet égard, qu'un simple avis universellement répandu, portant qu'à l'avenir les enfants ne seraient plus entretenus que par leurs parents ; et que si ces protecteurs naturels venaient à les abandonner, ils ne devraient point s'attendre à voir leurs soins remplacés autrement que par les secours casuels de la charité des particuliers » (p. 519).

Ainsi l'autorité doit refuser l'assistance aux enfants nés d'un mariage pauvre.

Enfin, d'après Malthus, un gouvernement doit éviter de recourir à des menaces légales pour contraindre un séducteur sans ressources à épouser la fille indigente aussi, qu'il a trompée par des promesses de mariage.

« C'est une chose reçue dans la plupart des paroisses, lorsqu'on peut atteindre le père d'un enfant illégitime, de l'effrayer par la prison et de faire tous les efforts imaginables pour l'amener au point d'épouser la mère de cet enfant. On ne saurait trop blâmer cet usage. C'est d'abord, de la part des officiers de la paroisse, une bien fausse politique ; car, dans le système des lois actuelles, c'est en général se préparer la charge de trois ou quatre enfants au lieu d'un. Mais de plus, c'est un scandale, et une vraie profanation de la plus sainte cérémonie. Prétendre sauver ainsi l'honneur d'une femme et rendre un homme à la vertu, en le liant par un engagement forcé et le déterminer à mentir en face de Dieu, c'est se faire, de la délicatesse et de la probité, d'assez étranges idées. Si un homme a abusé la mère de l'enfant par une promesse de mariage, il s'est rendu coupable d'une fourberie très noire et mérite un sévère châtement ; mais je ne saurais me résoudre à lui infliger celui de faire un second mensonge, qui n'aura probablement pour effet que de rendre très misérable celle à laquelle il sera uni par d'éternels liens, et de charger la société d'une nouvelle famille d'indigents » (p. 518 et 519).

Telle est dans ses lignes principales la théorie de Malthus. Il nous reste à l'examiner.

Mon premier devoir est de mettre hors de cause les intentions de l'auteur. Malthus était un esprit religieux. Il aimait les pauvres, nous n'en doutons point, quoiqu'on l'ait appelé le plus dur des économistes (note de la page 499). Il recherchait sans prétention la vérité. Aux dernières lignes de son Appendice, il avoue « qu'un grand nombre des objections élevées contre les principes et les conséquences de l'*Essai de la population* viennent de personnes dont le caractère moral et religieux lui inspire un vrai respect », et il exprime son regret d'avoir vu l'opposition venir de ces hommes dont il « lui aurait été singulièrement agréable d'avoir l'approbation et d'obtenir le suffrage ». « Il est probable, ajoute-t-il, qu'ayant trouvé l'arc trop courbé en un sens, je l'ai trop courbé de l'autre, en vue de le redresser ». Et son dernier mot est pour protester, avec l'accent le plus sincère, que malgré les erreurs qu'il a pu commettre, son but a été « d'améliorer le sort et d'augmenter le bonheur des classes inférieures de la société ». Nous avons même dit que De Maistre parle de l'économiste protestant avec beaucoup de considération.

341. Reprenons les différentes parties de la doctrine qu'il s'agit d'apprécier.

Malthus se pose d'abord la question de savoir quelle est la principale cause de la misère, et il répond : le défaut de proportion entre l'accroissement de l'espèce humaine et l'augmentation de la nourriture ; bref, la multiplication trop rapide des naissances. Cette solution est-elle exacte ? Prise avec tous les développements que donne l'auteur, nous ne voudrions certes point garantir qu'elle est juste, mais dans le sens que nous allons préciser elle l'est. Il y a sans doute des vieillards ou des malades qui sont dans la détresse parce qu'ils ne peuvent plus gagner leur vie. Mais ces causes de l'indigence sont exceptionnelles. De qui se compose la majorité des pauvres ? De familles dans lesquelles nous

trouvons un homme et une femme entourés d'enfants. Or, quelle est l'histoire commune à peu près à toutes ? Qu'est-ce qui les a réduites à la misère ? Une chose fort simple. Le père et la mère gagnaient aisément leur vie ; mais les enfants sont venus, et les subsistances ne s'étant pas assez multipliées dans le même temps pour baisser de prix suffisamment, l'indigence est apparue. N'est-ce pas là ce que nous voyons chaque jour ? La cause principale de la pauvreté est donc bien, comme le dit Malthus, la multiplication trop rapide des naissances. On peut accuser aussi, sans doute, l'imprévoyance et les vices ; mais finalement, malgré ces défauts, les parents n'étaient pas pauvres quand ils étaient seuls. La cause véritable de leur misère est donc bien la survenance des enfants. Remarquez que je ne dis pas que Malthus soit dans le vrai quand il précise que les subsistances augmentent seulement suivant une progression arithmétique tandis que la population s'accroît selon une progression géométrique, je ne dis pas que matériellement il n'y a pas de pain pour les nouveaux venus, je ne nie point davantage que la diminution d'un peuple ne puisse être une cause d'amointrissement de sa richesse ; mais je m'en tiens à ce fait que généralement ceux qui sont pauvres, ce sont, avec leurs enfants, un homme et une femme qui avant de les avoir n'étaient pas dans l'indigence et qui y sont tombés parce que les subsistances ne se sont pas multipliées assez vite pour que les parents aient pu, moyennant le salaire du père et le peu qu'il a été loisible à la mère de gagner, se procurer le nécessaire de toute une famille. De Maistre se rallie aussi très formellement, dans un passage déjà indiqué, à la thèse générale de Malthus sur la cause principale de la misère. La dégager à son importance au point de vue du juste salaire et du jugement à porter sur le célibat religieux.

Quel est maintenant le meilleur moyen de combattre celle-ci ? C'est, dit l'économiste, la tendance à réduire le



nombre des naissances par l'observation des deux lois morales exposées plus haut. Ici nous nous séparons plus complètement de Malthus. On sait, en effet, que la première de ces deux lois est celle de la contrainte morale, du célibat du pauvre, et bien qu'elle ne soit nullement, nous l'avons dit, le principe de la contrainte dans le mariage ou de la stérilité systématique des personnes mariées, elle est loin d'être pleinement admissible. A la vérité, au nombre des empêchements prohibitifs naturels nous avons mis la pauvreté des deux futurs, en disant qu'il y avait là une conséquence possible du devoir de sollicitude dont nous sommes tenus envers notre postérité. Mais en même temps nous avons ajouté et justifié ces deux restrictions : premièrement, notre doctrine ne s'applique point à celui qui n'a pas l'espoir d'arriver à fonder une famille non misérable, et secondement il faut que l'avantage d'un établissement meilleur, lorsqu'on peut l'espérer, ne soit point balancé par un inconvénient grave, surtout par le danger prochain d'incontinence. Or, la loi du célibat du pauvre, telle que l'entend Malthus, ne comporte point ces atténuations, pas même la seconde. D'après cet auteur, il ne faut pas négliger le devoir du célibat pour rester fidèle à celui de la pureté. Malthus ne paraît point admettre que l'homme qui n'a point la force nécessaire pour remplir en même temps le devoir de la contrainte morale et celui de la chasteté parfaite, puisse se marier pour ne point manquer à cette dernière obligation ; même alors, l'économiste maintient sa défense :

« Je serais inconsolable de dire quoi que ce soit qui pût, directement ou indirectement, être interprété dans un sens défavorable à la cause de la vertu. Mais, je ne pense pas que les fautes dont il s'agit doivent, dans les questions morales, être envisagées seules, ni même qu'elles soient les plus graves que l'on puisse concevoir. Elles ne manquent jamais, il est vrai, ou du moins elles manquent rarement d'entraîner

après elles des malheurs, et, par cette raison, elles doivent être fortement réprimées ; mais, il y a d'autres vices dont les effets sont encore plus pernicioeux, et il y a des situations dont on doit être plus alarmé. L'extrême pauvreté expose à plus de tentations encore. Plusieurs individus de l'un et de l'autre sexe ont passé honorablement une vie chaste et vertueuse, hors des liens du mariage. Je ne crois pas qu'on en trouve beaucoup qui, soumis à l'épreuve de la dernière misère, ou même d'une vie continuellement traversée, n'aient rien perdu de leur délicatesse, et dont le caractère ne se soit point insensiblement dégradé » (p. 489).

Ainsi, le devoir de la contrainte morale l'emporte sur celui de la pureté, parce que l'indigent, dans la misère où son mariage le plongerait peut-être, perdrait de sa délicatesse et s'avilirait insensiblement ! Mais la luxure, est-ce qu'elle n'est pas la plus complète des dégradations ?

Nous venons de rejeter en grande partie, la loi du célibat du pauvre. Il ne nous paraît pas utile de nous arrêter à ce que l'*Essai* dit du célibat du riche. Ici, en effet, l'auteur se borne à demander que le célibataire ne soit pas moins estimé qu'une personne mariée. Je ne puis cependant m'empêcher de faire certaines restrictions. Assurément, le célibat peut être aussi honorable que le mariage. Il est même plus digne d'éloges, lorsque c'est par amour de Dieu qu'il est gardé. Mais le monde n'obéit pas à un inique préjugé, lorsqu'il a peu d'égards pour ceux qui, par mollesse ou par avarice, reculent devant les charges de la famille. Il n'est pas moins juste, lorsqu'il méprise le célibataire corrompu.

342. La seconde loi morale affirmée par Malthus, celle de la sanction par les gouvernements de sa règle du célibat du pauvre, est encore moins vraie que celle-ci. Non, ce n'est pas un devoir pour les souverains d'abolir les institutions qui encouragent positivement dans leurs États l'accroissement, légitime bien entendu, de la population : dispenses de

service militaire accordées aux hommes mariés et aux familles légitimes nombreuses, remise ou modération des impôts en faveur de celles-ci et autres avantages à elles concédés comme des honneurs ou une protection spéciale du souverain. Non, les gouvernements ne sont point obligés de tendre à diminuer le nombre des naissances dans le peuple à l'aide du refus d'assistance, ou par la liberté laissée au séducteur indigent de ne point épouser la femme, sans ressources également, qu'il a trompé par des promesses de mariage. Nous nions donc les trois devoirs que Malthus voudrait imposer aux souverains par la seconde loi morale.

Reprenons ces trois obligations et démontrons qu'elles n'existent point.

Pour que la première fût réelle, que faudrait-il ? Que le bien des nations exigeât de leurs gouvernements l'attitude réclamée par l'économiste. Or, est-ce là la vérité ? Sans doute, la multiplication des naissances est la cause principale de la misère et les gouvernements doivent tenir compte de cette considération en usant du droit que nous leur avons reconnu d'appliquer, dans la mesure restreinte où il existe, l'empêchement prohibitif naturel de détresse notoire des deux futurs, mais en dehors de cette réserve, comment dire que les souverains doivent s'abstenir de favoriser l'accroissement de la population ? N'y a-t-il point à servir cet intérêt de l'État qui veut des travailleurs et des défenseurs nombreux, n'y a-t-il point principalement à sauvegarder la chasteté des citoyens ou la continence publique ? Or, les institutions qui dans un État favorisent positivement l'accroissement légitime de la population, répondent à ce besoin. D'où viennent, en effet, les fautes contre la pureté des mœurs ? En grande partie de deux causes : de l'état de célibat, parce qu'il oblige à une chasteté parfaite, et plus encore de l'appréhension, chez les personnes mariées, des charges de la famille. Les institutions qui, dans un État,

portent positivement les hommes au mariage et à la propagation légitime de leur espèce, tendent donc aussi à la continence publique. Dès lors, le bien commun est loin d'exiger qu'elles soient supprimées. Le souverain, par conséquent, n'a pas, comme prétend Malthus, le devoir de les abolir.

En second et en troisième lieu, nous nions absolument le devoir de refuser l'assistance aux enfants nés de parents indigents, et celui de ne pas intervenir en faveur de la femme pauvre qui réclame de son séducteur, également sans ressources, l'union conjugale promise.

Comment d'abord la cruauté, dont Malthus fait une loi aux souverains, serait-elle obligatoire ? Sans doute, l'autorité n'est pas obligée et même doit éviter de se substituer aux parents ; mais, ce n'est pas ce devoir que veut affirmer notre auteur. S'il l'énonce, c'est pour le transformer immédiatement en devoir de refus d'assistance. Or, il est clair que la société a le devoir de ne pas laisser mourir de détresse ses membres, quelle que soit leur origine, et que, par suite, le souverain peut, comme l'intérêt est grave, la contraindre à remplir son obligation. En outre et plus largement le droit du souverain d'assister le fils du nécessiteux repose, comme les institutions parmi lesquelles il rentre qui tendent à encourager l'accroissement de la population, sur le bien de la continence publique.

D'autre part, pour des raisons semblables, c'est à tort que Malthus prétend que l'autorité est tenue, lorsqu'il s'agit de pauvres, de ne pas user de menaces légales pour contraindre le séducteur à épouser sa victime. En sens contraire, l'auteur invoque, à la vérité, deux motifs ; une raison d'économie et une considération d'ordre moral.

« C'est d'abord, dit-il, de la part des officiers de la paroisse, une bien fausse politique ; car, dans le système des lois actuelles, c'est en général se préparer la charge de trois ou quatre enfants au lieu d'un ».

Ce calcul n'est pas sûr. Si le mariage est plus fécond que la débauche, d'un autre côté, le meilleur moyen pour la société d'être déchargée de l'enfant conçu dans des relations illicites, n'est-ce pas le mariage de ses parents ? Ils seront plutôt économes quand ils auront constitué un ménage. N'y a-t-il pas lieu de croire, en effet, qu'ils seront moins tentés d'aller chercher au dehors des distractions ou des plaisirs ruineux ? Le père vivant avec son enfant et l'aimant ainsi davantage, ne se privera-t-il pas plus volontiers pour ce dernier ? L'inexactitude du second motif n'est pas moins certaine. Ce mariage, dit Malthus, est « un scandale ». Pourquoi ? Parce qu'il est « une vraie profanation de la plus sainte cérémonie ». Comment cela ? C'est, continue-t-il, qu'on lie le séducteur par un engagement forcé ; c'est finalement qu'on le détermine à mentir en face de Dieu. L'argument est donc que le mariage du séducteur est un scandale, parce que l'on contraint cet homme par la menace des châtimens à exprimer un consentement qui n'est pas dans sa pensée. Mais, en premier lieu, c'est là une simple conjecture. D'une certaine manière, le consentement est forcé, sans doute ; mais cela permet-il de dire qu'il n'est point réel ? Cette supposition est très vraisemblable lorsqu'il s'agit d'une personne injustement violentée par un particulier, d'autant mieux qu'alors, selon toute probabilité, le promettant se réserve intérieurement de recourir aux tribunaux qui ne manqueront point de présumer que la volonté de contracter a existé seulement en paroles. Mais ici la contrainte tend à l'accomplissement d'une obligation. De plus, comme elle émane du pouvoir lui-même, l'espoir dont nous venons de parler n'est pas possible. Il y a donc deux raisons qui s'opposent à ce que le défaut d'intention soit vraisemblable. Aussi, ne croyons-nous pas que dans l'opinion son consentement sera tenu pour fictif. Toutefois, admettons le contraire. Est-ce qu'alors le mariage forcé de

cet individu deviendra un scandale ? Certainement non. Les hommes verront quand même dans cette union, aussi bien que si elle était spontanée, le triomphe de la loi des engagements pris et de celle qui interdit les relations sexuelles en dehors du mariage. Même, ils le verront d'autant mieux que ce mariage sera le résultat de menaces écrites dans les lois du pays. Cette intervention du législateur en vue de l'application des deux lois que nous venons de rappeler est une affirmation tout à fait de nature à convaincre : les hommes croient l'autorité civile avec une facilité particulière, parce qu'elle est une grande force.

La dernière des obligations que Malthus voudrait imposer aux gouvernements, à l'aide de sa seconde loi morale, n'existe donc pas plus que les précédentes, et partant cette règle est fautive de tout point.

343. En la discutant, nous nous sommes tenu strictement sur le terrain de la négation. L'économiste affirmant que les souverains ont les devoirs dont nous venons de parler, notre premier soin devait être d'établir que ces devoirs n'existent pas. Mais, ne faut-il pas dire que le pouvoir est tenu d'obligations contraires à celles qu'indique l'auteur anglais ?

Le souverain ne doit-il pas respecter les institutions qui, dans son État, ont pour but d'encourager l'accroissement légitime de la population, ou s'il n'en existe point, ne doit-il pas en créer ? Assurément : il s'agit de la préservation des âmes et des corps.

Secondement, le souverain ne serait-il pas coupable, s'il ne soutenait point les enfants du pauvre, lorsque la charité privée ne vient pas suffisamment à leur secours ? Troisièmement enfin, ne faut-il pas que l'autorité contraigne par des menaces légales le séducteur à épouser sa complice ? Nous répondons de même affirmativement. D'une part, la loi d'assistance mutuelle commande aux citoyens de ne pas abandonner leurs semblables dans la détresse, et au souve-



rain de procurer l'accomplissement de ce devoir. Au surplus, n'est-il pas évident qu'au point de vue du bien public, ce serait une grande imprudence de jeter le pauvre dans le désespoir ? D'autre part, quant au mariage du séducteur, il est réclamé peut-être, s'il y a des enfants, par l'intérêt économique de la société sainement entendu ; c'est ce que nous avons établi. Il l'est certainement par l'intérêt moral public, car le mariage des coupables constitue une atténuation et une réparation de leur faute ; il l'est aussi par le bien des enfants.

Ce que nous avons dit de l'encouragement au mariage ne doit pas faire perdre de vue que le célibat religieux importe, même plus encore, au bien public et que, dès lors, le devoir du souverain est de l'honorer.

---

*Virgini parturienti honos almoque ejus conjugii.*

FIN DU TOME SECOND

---



# TABLE DES MATIÈRES

## DU TOME SECOND.

Avertissement .....	P.	7
---------------------	----	---

### CHAPITRE VI.

DE LA SOCIÉTÉ CONJUGALE OU DU MARIAGE .....		11
---	--	----

#### SECTION I.

Du mariage au point de vue de la nature seule ou de la raison pure.....		20
ARTICLE I. — Des empêchements dirimants naturels .....		39
§ I. — De l'impuissance.....		40
§ II. — Existe-t-il parfois des impossibilités d'ordre moral naturel à la ratification divine de la convention de mariage ? .....		43
§ III. — Du défaut de consentement des parties à l'échange du droit conjugal.....		62
ARTICLE II. — Des empêchements prohibitifs naturels.....		93
ARTICLE III. — De l'autorité maritale.....		111
§ I. — Du fondement de l'autorité maritale .....		112
§ II. — De l'étendue de l'autorité du mari .....		114
§ III. — De la perte de l'autorité maritale. ....		123
ARTICLE IV. — Du régime pécuniaire naturel des conjoints..		128
§ I. — Quel est le régime pécuniaire naturel des conjoints ?		131
<i>Première règle.</i> — Les charges du ménage ne pèsent sur la femme qu'à défaut de biens du mari.....		137
<i>Deuxième règle.</i> — Chacun des époux conserve la propriété de ses biens .....		140

<i>Troisième règle.</i> — Les biens qui sont subrogés à ceux qui sont la propriété de l'un des époux appartiennent également à ce conjoint. ....	146
<i>Quatrième règle.</i> — Le mari a l'administration des biens de sa femme. ....	146
<i>Cinquième règle.</i> — Le mari doit faire fructifier les biens de sa femme et pareillement les siens propres.	158
<i>Sixième règle.</i> — Les revenus de la femme doivent être capitalisés, et pareillement ceux du mari, déduction faite des charges domestiques. ....	158
<i>Septième règle.</i> — Les biens de la femme sont inaliénables. ....	159
<i>Huitième règle.</i> — Les biens du mari sont inaliénables.	183
<i>Neuvième règle.</i> — Le mari peut aliéner seul les biens dotaux, quand il y a exception à la loi de l'inaliénabilité. ....	185
<i>Dixième règle.</i> — Régulièrement, les époux ne peuvent s'engager. ....	188
<i>Onzième règle.</i> — Le mari peut obliger seul sa femme, quand il y a exception à la loi du non-engagement des époux en ce qui concerne la femme. ....	195
<i>Douzième règle.</i> — Le mari peut acquérir seul pour sa femme. ....	196
<i>Treizième règle.</i> — La femme ne peut aliéner, s'engager ni acquérir qu'avec l'autorisation de son mari.	198
<i>Quatorzième règle.</i> — La femme ne peut plaider, quant à ses biens, sans l'autorisation de son mari. ....	202
<i>Quinzième règle.</i> — Les époux ne peuvent s'obliger l'un à la place de l'autre, mais ils peuvent cautionner mutuellement leurs engagements valides. ....	202
<i>Seizième règle.</i> — Les époux ne peuvent emprunter pour le paiement de leurs dettes, à moins d'avantage considérable dans la libération. ....	206
<i>Dix-septième règle.</i> — Dans les hypothèses d'aliénation ou d'engagement permis, les époux ne peuvent contracter ensemble, à moins que l'opération ainsi faite ne soit considérablement préférable. Les contrats sans importance ne sont pas prohibés. ....	208
<i>Dix-huitième règle.</i> — Les époux ne sont pas contraignables par corps. ....	212
<i>Dix-neuvième règle.</i> — Les dettes contractuelles d'un conjoint sont payables sur tous les biens de famille	

ou sur certains d'entre eux ou seulement sur ses acquêts et ses menus objets, suivant la cause de l'engagement.....	214
<i>Vingtième règle.</i> — Il y a lieu à restitution par équivalent à la suite d'un service rendu, uniquement lorsque, sans ce service, l'époux secouru se serait trouvé dans un cas de dépense obligée.....	216
<i>Vingt-unième règle.</i> — Lorsqu'il y a lieu à restitution par équivalent à la suite d'un service rendu, la dette est payable sur les revenus et sur les biens eux-mêmes que, sans l'intervention du tiers, il aurait fallu aliéner.....	220
<i>Vingt-deuxième règle.</i> — Les dettes de réparation ne sont payables que sur les acquêts et les menus objets.	220
<i>Vingt-troisième règle.</i> — L'un des époux ne peut payer pour l'autre, à moins qu'il ne soit légitime caution ou que la libération n'offre un avantage considérable...	231
<i>Vingt-quatrième règle.</i> — Les dettes entre conjoints prennent rang suivant la date de chacune parmi les dettes envers les tiers. Les dettes dont le mari est tenu par suite d'abus de pouvoir sur les biens de sa femme prennent rang immédiatement après les dettes antérieures au mariage.....	232
<i>Vingt-cinquième règle.</i> — L'époux créancier a le droit d'être payé sur les biens aliénés invalidement par l'époux débiteur. Les aliénations valides lui sont opposables.....	248
<i>Vingt-sixième règle.</i> — En cas de prédécès du mari, la veuve conserve droit à son entretien tel qu'elle l'avait, et le fils héritier est administrateur de la dot.	254
<i>Vingt-septième règle.</i> — La veuve a pour successeur le fils héritier du mari.....	265
<i>Vingt-huitième règle.</i> — En cas de prédécès de la femme, la dot appartient au fils héritier présomptif du mari. Celui-ci reste l'administrateur des biens maternels.....	271
§ II. — Examen des lois françaises, relatives au régime pécuniaire des conjoints.....	278

## SECTION II.

Du mariage d'après le droit divin positif des premiers temps....	284
ARTICLE I — Les lois naturelles du mariage confirmées par le droit divin positif des premiers temps.....	287

ARTICLE II. — Les principes naturels de la société conjugale rendus plus strictement obligatoires par le droit divin positif des premiers temps.....	294
SECTION III.	
Du mariage d'après les lois de Jésus-Christ.....	297
ARTICLE I — Les lois naturelles du mariage confirmées par Jésus-Christ.....	298
ARTICLE II. — Jésus-Christ a fait du mariage un sacrement..	303
SECTION IV.	
Des pouvoirs du souverain en matière de mariage, abstraction faite de l'ordre chrétien.....	328
ARTICLE I. — Du pouvoir du souverain de contraindre à l'observation des lois matrimoniales, des empêchements au mariage et du régime pécuniaire naturel des conjoints.	331
§ I. — De l'observation forcée de la loi du contrat préalable public, au point de vue de l'antériorité de la convention. . . . .	341
1 <sup>er</sup> POINT. — Pourquoi la recherche de la paternité est-elle permise? . . . . .	344
2 <sup>e</sup> POINT. — Comment la recherche de la paternité illégitime peut-elle être faite? . . . . .	354
3 <sup>e</sup> POINT. — Quelles mesures coercitives sont permises au souverain après la recherche de la paternité illégitime?.....	357
— Contrainte à l'effet d'empêcher que l'enfant naturel ne reçoive ou ne prenne le nom de famille du père.	358
— Contrainte à l'effet d'obtenir que l'enfant naturel soit élevé dans une condition infime.....	361
— Contrainte à l'effet d'empêcher que l'enfant naturel ne soit héritier de son père.....	366
— Contrainte à l'effet d'empêcher que le père de l'enfant naturel ne reçoive de celui-ci, en cas de détresse, plus que le strict nécessaire.....	369
§ II. — De l'observation forcée de la loi du mariage préalable public, au point de vue de la publicité.....	373
§ III.— De l'observation forcée de la loi de la communauté perpétuelle d'existence. . . . .	377
§ IV. — De l'observation forcée de la loi de l'autorité maritale . . . . .	387



§ V. — De l'observation forcée de la loi de l'unité.....	390
§ VI. — De l'observation forcée de la loi de l'indissolubilité. ....	396
§ VII. — De l'observation forcée de l'empêchement dirimant d'impuissance.....	399
§ VIII. — De l'observation forcée de l'empêchement dirimant de défaut de consentement.....	401
§ IX. — De l'observation forcée des empêchements prohibitifs naturels .....	418
§ X. — Le souverain peut-il refuser les effets civils au mariage? ...	422
— Du refus des effets civils aux mariages qui ne sont qu'illicites naturellement ou à certains mariages qui n'ont pas même ce caractère.....	425
— Du refus des effets civils aux mariages nuls naturellement et du mariage putatif.....	427
§ XI. — Le souverain peut-il établir des empêchements dirimants?.....	436
§ XII. — De l'observation forcée du régime pécuniaire naturel des conjoints.....	442
ARTICLE II. — Du pouvoir de contraindre les tiers en vue du bien de la société conjugale .....	447
ARTICLE III. — Du pouvoir de contraindre la société conjugale en vue du bien de l'État.....	450

## SECTION V.

Examen de la législation matrimoniale française, au point de vue de l'ordre non chrétien.....	452
---	-----

## SECTION VI.

Des pouvoirs de l'Église en matière de mariage.....	461
---	-----

## SECTION VII.

De l'incompétence des souverains en matière de mariage, dans l'ordre chrétien.....	497
ARTICLE I. — De l'incompétence de l'autorité civile en matière d'empêchements dirimants .....	499
ARTICLE II. — De l'incompétence de l'autorité civile à l'effet d'établir des empêchements prohibitifs, de statuer sur la validité et la licéité naturelles d'un mariage et sur la validité de fiançailles, enfin sur les devoirs personnels des conjoints.	525

## SECTION VIII

Aperçu de la législation matrimoniale canonique.....	535
<b>EMPÊCHEMENTS PROHIBITIFS.....</b>	<b>545</b>
<i>Ecclesiæ vetitum</i> .....	545
Prohibitions générales.....	545
Mariages sans publications préalables.....	546
Mariages sans le consentement des parents... ..	551
Mariage entre catholique et hérétique.....	553
Prohibitions particulières.....	557
<i>Tempus</i> .....	558
<i>Sponsalia</i> .....	559
<i>Votum</i> .....	563
<b>EMPÊCHEMENTS DIRIMANTS.....</b>	<b>564</b>
<i>Error</i> .....	566
<i>Conditio</i> .....	571
<i>Votum</i> .....	574
<i>Cognatio</i> .....	575
<i>Crimen</i> .....	581
<i>Cultus disparitas</i> .....	583
<i>Vis</i> .....	583
<i>Ordo</i> .....	585
<i>Ligamen</i> .....	586
<i>Honestas</i> .....	587
<i>Ætas</i> .....	589
<i>Affinis</i> .....	592
<i>Si clandestinus</i> ... ..	594
<i>Et impes</i> .....	600
<i>Raptave sit mulier, nec parti reddita tutæ</i> .....	601

## SECTION IX.

Examen de la législation matrimoniale française, au point de vue chrétien.....	605
---	-----

## SECTION X.

Du célibat.....	611
-----------------	-----

## SECTION XI.

De la théorie de Malthus.....	624
-------------------------------	-----

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU TOME SECOND.

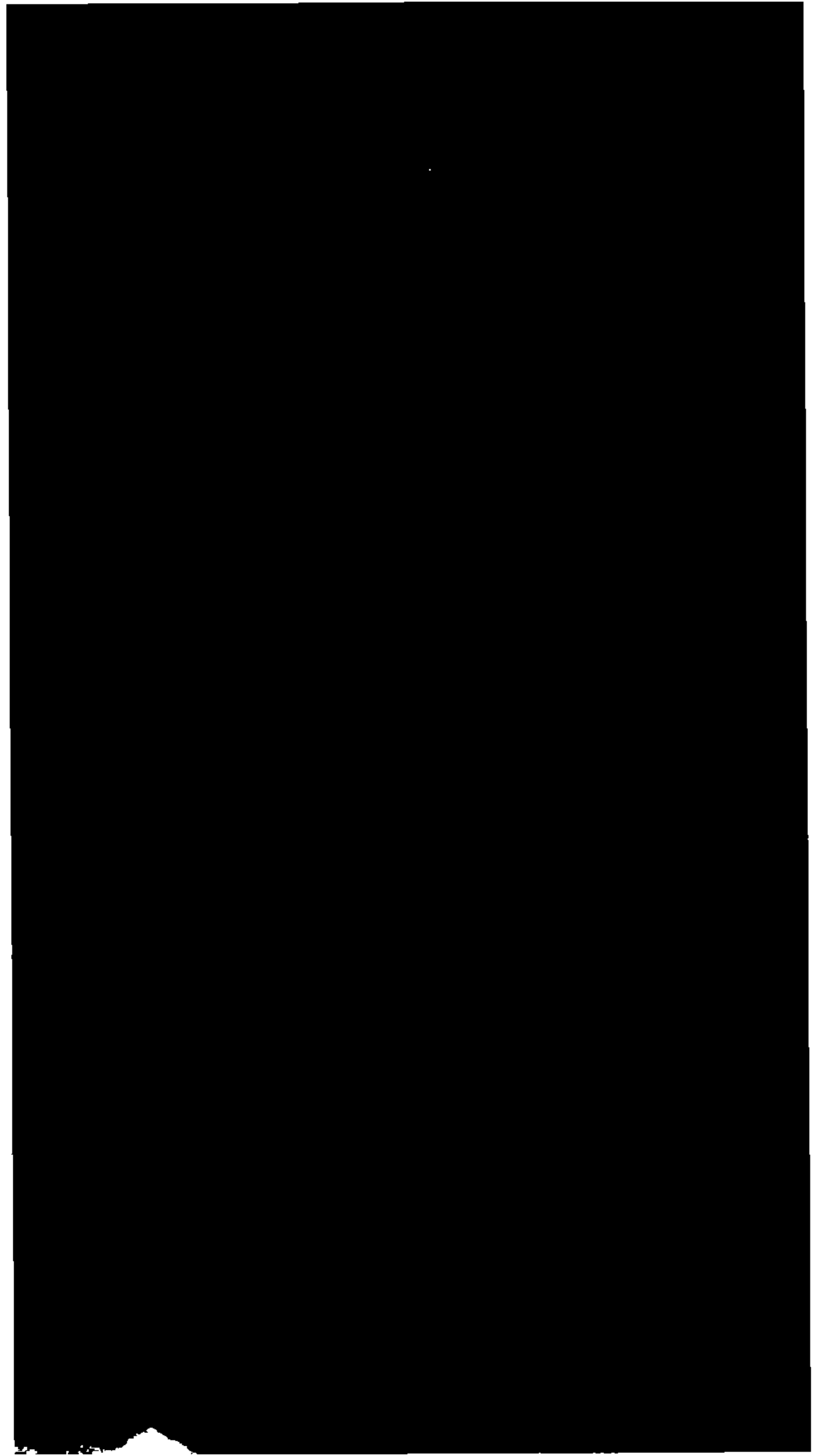


TABLE DES MATIÈRES DU TOME SECOND.

Avertissement

CHAPITRE VI.

DE LA SOCIÉTÉ CONJUGALE OU DU MARIAGE

SECTION I.

Du mariage au point de vue de la nature seule ou de la raison pure

ARTICLE I. - Des empêchements dirimants naturels

§ I. - De l'impuissance

§ II. - Existe-t-il parfois des impossibilités d'ordre moral naturel à la ratification divine de la convention de mariage ?

§ III. - Du défaut de consentement des parties à l'échange du droit conjugal

ARTICLE II. - Des empêchements prohibitifs naturels

ARTICLE III. - De l'autorité maritale

§ I. - Du fondement de l'autorité maritale

§ II. - De l'étendue de l'autorité du mari

§ III. - De la perte de l'autorité maritale

ARTICLE IV. - Du régime pécuniaire naturel des conjoints

§ I. - Quel est le régime pécuniaire naturel des conjoints ?

Première règle. - Les charges du ménage ne pèsent sur la femme qu'à défaut de biens du mari

Deuxième règle. - Chacun des époux conserve la propriété de ses biens

Troisième règle. - Les biens qui sont subrogés à ceux qui sont la propriété de l'un des époux appartiennent également à ce conjoint

Quatrième règle. - Le mari a l'administration des biens de sa femme

Cinquième règle. - Le mari doit faire fructifier les biens de sa femme et pareillement les siens propres

Sixième règle. - Les revenus de la femme doivent être capitalisés, et pareillement ceux du mari, déduction faite des charges domestiques

Septième règle. - Les biens de la femme sont inaliénables

Huitième règle. - Les biens du mari sont inaliénables

Neuvième règle. - Le mari peut aliéner seul les biens dotaux, quand il y a exception à la loi de l'inaliénabilité

Dixième règle. - Régulièrement, les époux ne peuvent s'engager

Onzième règle. - Le mari peut obliger seul sa femme, quand il y a exception à la loi du non-engagement des époux en ce qui concerne la femme

Douzième règle. - Le mari peut acquérir seul pour sa femme

Treizième règle. - La femme ne peut aliéner, s'engager ni acquérir qu'avec l'autorisation de son mari

Quatorzième règle. - La femme ne peut plaider, quant à ses biens, sans l'autorisation de son mari

Quinzième règle. - Les époux ne peuvent s'obliger l'un à la place de l'autre, mais ils peuvent cautionner mutuellement leurs engagements valides

Seizième règle. - Les époux ne peuvent emprunter pour le paiement de leurs dettes, à moins d'avantage considérable dans la libération

Dix-septième règle. - Dans les hypothèses d'aliénation ou d'engagement permis, les époux ne peuvent contracter ensemble, à moins que l'opération ainsi faite ne soit considérablement préférable. Les contrats sans importance ne sont pas prohibés

Dix-huitième règle. - Les époux ne sont pas contraignables par corps

Dix-neuvième règle. - Les dettes contractuelles d'un conjoint sont payables sur tous les biens de famille ou sur certains d'entre eux ou seulement sur ses acquêts et ses menus objets, suivant la cause de l'engagement

Vingtième règle. - Il y a lieu à restitution par équivalent à la suite d'un service rendu, uniquement lorsque, sans ce service, l'époux secouru se serait trouvé dans un cas de dépense obligée

Vingt-unième règle. - Lorsqu'il y a lieu à restitution par équivalent à la suite d'un service rendu, la dette est payable sur les revenus et sur les biens eux-mêmes que, sans l'intervention du tiers, il aurait fallu aliéner

Vingt-deuxième règle. - Les dettes de réparation ne sont payables que sur les acquêts et les menus objets

Vingt-troisième règle. - L'un des époux ne peut payer pour l'autre, à moins qu'il ne soit légitime caution ou que la libération n'offre un avantage considérable

Vingt-quatrième règle. - Les dettes entre conjoints prennent rang suivant la date de chacune parmi les dettes envers les tiers. Les dettes dont le mari est tenu par suite d'abus de pouvoir sur les biens de sa femme prennent rang immédiatement après les dettes antérieures au mariage

Vingt-cinquième règle. - L'époux créancier a le droit d'être payé sur les biens aliénés invalidement par l'époux débiteur. Les aliénations valides lui sont opposables

Vingt-sixième règle. - En cas de prédécès du mari, la veuve conserve droit à son entretien tel qu'elle l'avait, et le fils héritier est administrateur de la dot

Vingt-septième règle. - La veuve a pour successeur le fils héritier du mari

Vingt-huitième règle. - En cas de prédécès de la femme, la dot appartient au fils héritier présomptif du mari. Celui-ci reste l'administrateur des biens maternels

§ II. - Examen des lois françaises, relatives au régime pécuniaire des conjoints

SECTION II.

Du mariage d'après le droit divin positif des premiers temps

ARTICLE I. - Les lois naturelles du mariage confirmées par le droit divin positif des premiers temps

ARTICLE II. - Les principes naturels de la société conjugale rendus plus strictement obligatoires par le droit divin positif des premiers temps

SECTION III.

Du mariage d'après les lois de Jésus-Christ

ARTICLE I. - Les lois naturelles du mariage confirmées par Jésus-Christ

ARTICLE II. - Jésus-Christ a fait du mariage un sacrement

SECTION IV.

Des pouvoirs du souverain en matière de mariage, abstraction faite de l'ordre chrétien

ARTICLE I. - Du pouvoir du souverain de contraindre à l'observation des lois matrimoniales, des empêchements au mariage et du régime pécuniaire naturel des conjoints

§ I. - De l'observation forcée de la loi du contrat préalable public, au point de vue de l'antériorité de la convention

1er POINT. - Pourquoi la recherche de la paternité est-elle permise ?

2e POINT. - Comment la recherche de la paternité illégitime peut-elle être faite ?

3e POINT. - Quelles mesures coercitives sont permises au souverain après la recherche de la paternité illégitime ?

- Contrainte à l'effet d'empêcher que l'enfant naturel ne reçoive ou ne prenne le nom de famille du père

- Contrainte à l'effet d'obtenir que l'enfant naturel soit élevé dans une condition infime

- Contrainte à l'effet d'empêcher que l'enfant naturel ne soit héritier de son père

- Contrainte à l'effet d'empêcher que le père de l'enfant naturel ne reçoive de celui-ci, en cas de détresse, plus que le strict nécessaire

§ II. - De l'observation forcée de la loi du mariage préalable public, au point de vue de la publicité

§ III. - De l'observation forcée de la loi de la communauté perpétuelle d'existence

§ IV. - De l'observation forcée de la loi de l'autorité maritale

§ V. - De l'observation forcée de la loi de l'unité

§ VI. - De l'observation forcée de la loi de l'indissolubilité

§ VII. - De l'observation forcée de l'empêchement dirimant d'impuissance

§ VIII. - De l'observation forcée de l'empêchement dirimant de défaut de consentement

§ IX. - De l'observation forcée des empêchements prohibitifs naturels

§ X. - Le souverain peut-il refuser les effets civils au mariage ?

- Du refus des effets civils aux mariages qui ne sont qu'illicites naturellement ou à certains mariages qui n'ont pas même ce caractère

- Du refus des effets civils aux mariages nuls naturellement et du mariage putatif

§ XI. - Le souverain peut-il établir des empêchements dirimants ?

§ XII. - De l'observation forcée du régime pécuniaire naturel des conjoints

ARTICLE II. - Du pouvoir de contraindre les tiers en vue du bien de la société conjugale

ARTICLE III. - Du pouvoir de contraindre la société conjugale en vue du bien de l'État

SECTION V.

Examen de la législation matrimoniale française, au point de vue de l'ordre non chrétien

SECTION VI.

Des pouvoirs de l'Église en matière de mariage

SECTION VII.

De l'incompétence des souverains en matière de mariage, dans l'ordre chrétien

ARTICLE I. - De l'incompétence de l'autorité civile en matière d'empêchements dirimants

ARTICLE II. - De l'incompétence de l'autorité civile à l'effet d'établir des empêchements prohibitifs, de statuer sur la validité et la licéité naturelles d'un mariage et sur la validité de fiançailles, enfin sur les devoirs personnels des conjoints

SECTION VIII

Aperçu de la législation matrimoniale canonique

EMPÊCHEMENTS PROHIBITIFS

Ecclesiae vetitum

Prohibitions générales

Mariages sans publications préalables

Mariages sans le consentement des parents

Mariage entre catholique et hérétique

Prohibitions particulières

Tempus

Sponsalia

Votum

EMPÊCHEMENTS DIRIMANTS

Error

Conditio

Votum

Cognatio

Crimen

Cultus disparitas

Vis

Ordo

Ligamen

Honestas

Aetas

Affinis

Si clandestinus

Et impes

Raptave sit mulier, nec parti reddita tutae

SECTION IX.

Examen de la législation matrimoniale française, au point de vue chrétien

SECTION X.

Du célibat

SECTION XI.

De la théorie de Malthus