

Université de France.
Académie de Rennes. Faculté
de droit. Thèse pour le
doctorat. Du Mariage... par M.
Henri Du Fou de [...]

Du Fou de Kerdaniel, Henri. Auteur du texte. Université de France. Académie de Rennes. Faculté de droit. Thèse pour le doctorat. Du Mariage... par M. Henri Du Fou de Kerdaniel,... 1858.

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 reutilisationcommerciale@bnf.fr.

INVENTAIRE

N° 34055

DE
LA
BIBLIOTHÈQUE
NATIONALE

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADEMIE DE RENNES.

Faculté de Droit.

THÈSE POUR LE DOCTORAT.

Du Mariage.

Cette thèse sera soutenue le jeudi 3 juin 1858, à 2 heures du soir,

PAR

HENRI DU FOU DE Kerdaniel, avocat,

Né à Dinan (Côtes-du-Nord).



Examineurs :

MM. RICHELLOT, *doyen*; BIDARD, DE CAQUERAY, BODIN, *professeurs*;
ARNAULT-MÉNARDIÈRE, *suppléant provisoire*.

RENNES,

IMPRIMERIE DE CH. CATEL ET C^{ie},
rue du Champ-Jacquet.

1858.

34 055

INTRODUCTION.

Le mariage est sans contredit le plus important et le plus solennel des actes de la vie. Non-seulement il associe pour toujours à une commune destinée et comme dans une même existence deux êtres qui se sont choisis mutuellement, mais encore il est la source des liens les plus forts qui réunissent et rapprochent les hommes. Bientôt, en effet, de cette union naissent des enfants qui, pour éviter tous les dangers auxquels ils sont exposés, ont besoin d'être entourés de la sollicitude la plus constante et des soins les plus assidus. De là, entre les époux et ceux à qui ils donnent le jour, de nouveaux rapports de secours et de reconnaissance, d'autorité et d'affection. Le lien du mariage est doublé par celui de la naissance. Peu à peu ces nœuds s'accroissent et s'étendent par la parenté qui embrasse tous les descendants du même auteur; ils se multiplient par les alliances qui donnent à la famille des membres nés hors de son sein; et c'est ainsi que cette société, si simple et si peu considérable d'abord, devient le principe dont se compose et se lie la grande société du genre humain tout entier. Il n'est donc pas surprenant que, dans tous les temps et chez tous les peuples, les législateurs civils et religieux se soient efforcés de soustraire le plus grave et le plus sacré des contrats au caprice ou à l'entraînement des passions.

Le premier mariage remonte jusqu'à la création du monde; et l'on peut regarder comme constant que la société fondée par Dieu lui-même entre l'homme et la femme fut la société du mariage. Il est donc impossible de méconnaître que cette institution soit

d'origine divine, avant d'appartenir aux législations humaines. C'est à cette grande vérité que M. Demante rendait hommage dans son rapport à l'Assemblée législative, quand il disait que si la loi civile peut bien réglementer le mariage, elle ne peut du moins, en aucun cas, en altérer les principes ni les conditions essentielles.

Ce serait une curieuse étude que celle des cérémonies qui, chez les divers peuples de l'antiquité, accompagnèrent cet acte si important. Partout nous retrouvons la religion mêlée à ces solennités, comme pour attester le double caractère de cette institution. « C'est qu'en effet, dit Montesquieu, dès que de certaines choses « ont été regardées comme impures ou illicites, et que cependant elles étaient nécessaires, il a bien fallu y appeler la religion pour les légitimer dans un cas, et les réprover dans les autres. » (*Esprit des Lois*, liv. 26, ch. 13.) Aussi voyons-nous les nations les plus barbares et les plus dégradées choisir parmi leurs dieux les divinités les plus pures pour consacrer et bénir l'union des époux. Nulle part peut-être, dans l'antiquité païenne, cette union ne tint un rang plus éminent qu'à Rome, nulle part elle ne fut envisagée sous un point de vue plus noble et plus digne de l'humanité.

Sans nous préoccuper des autres peuples, nous nous bornerons à étudier la législation romaine par rapport au mariage. Nous verrons ce qu'il fut avant l'apparition du Christianisme; nous constaterons comment, malgré les notions si pures et si élevées des philosophes et des juriconsultes, il tomba peu à peu à un degré d'abaissement dont la religion chrétienne pouvait seule le relever. Nous suivrons ensuite cette grande institution à travers le moyen âge; et enfin nous étudierons les principes qui la régissent de nos jours.

DROIT ROMAIN.

I.

Aperçu historique.

La première définition du mariage que nous aient donnée les jurisconsultes romains est celle que nous devons à Modestin, et que nous trouvons reproduite dans la loi 1, D., *De ritu nuptiarum* : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio.* » Quoi de plus exact et de plus profond à la fois que cette définition, dont la dernière partie semble déjà inspirée par cette religion divine que Jésus-Christ venait d'apporter à la terre? Qu'indiquent en effet ces expressions « *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio,* » sinon cette grande loi de la perpétuité et de l'indissolubilité du lien conjugal, que le paganisme lui-même avait conçue comme tellement fondamentale dans le mariage, que sans elle il ne le croyait point possible, et le regardait au contraire comme un péril social?

Peu à peu la pensée humaine s'épura encore davantage; et quand Justinien, dans ses Institutes, vint nous donner une nouvelle définition du mariage, ce législateur chrétien ne le considérait déjà plus comme l'union grossière de deux individus d'un sexe différent, *conjunctio maris et feminae*; il était devenu pour lui *conjunctio viri et mulieris*, l'union de l'homme et de la femme, ces deux êtres les plus nobles de la création, appelés à se soulager mutuelle-

ment dans une vie commune, et à se compléter l'un par l'autre.

Remarquons enfin qu'aux yeux de tous les jurisconsultes romains le mariage était plus qu'un contrat, c'était une union, *conjunctio*. En effet, ils ne reconnaissent la nature et le titre de contrats qu'aux conventions sanctionnées par une action, et qui touchaient à des intérêts pécuniaires. Or, les droits de famille ne sont pas de cette classe. Si les contrats produisent des obligations, le mariage produit des devoirs; et en le mettant au nombre des contrats consensuels, en l'assimilant à une société ordinaire, le commentateur Doneau nous semble avoir commis une erreur qu'il eût évitée sans doute, s'il se fût reporté aux termes si précis des définitions que nous venons de rappeler. (Comment., *jur. civ.*, liv. 13, chap. 21.)

Les expressions mêmes par lesquelles on désignait à Rome le lien du mariage semblent à la hauteur de l'idée que s'en étaient faite les philosophes et les jurisconsultes. C'est d'abord *conjugium*, c'est-à-dire un engagement mutuel, et comme un joug commun auquel se soumettent les parties. C'est en outre *nuptia*, terme plein de pudeur, et qui semble voiler à la fois et la modestie de la jeune mariée, et les mystères de la famille. C'est enfin *matrimonium*, expression qui résume toute la philosophie du mariage en rappelant aux époux leurs devoirs respectifs, et particulièrement ceux de la mère.

Malheureusement, il faut bien le reconnaître, cette conception idéale du mariage était trop au-dessus des forces et des instincts d'une société païenne, pour se maintenir dans la région des faits comme dans celle des idées. Dès le commencement de la république, le divorce permit aux époux de sortir aussi facilement du mariage qu'ils y étaient entrés; on regarda comme un droit naturel de défaire par le consentement ce que le consentement avait formé. Ainsi disparut « cette communauté de toute la vie, cette intimité indivisible, » qui ne devait jamais cesser d'exister entre les époux. Peu à peu l'adultère s'afficha au grand jour; et nous voyons Cicéron nous dire que de son temps les dames romaines trouvèrent plaisant de compter les années non plus par les consuls, mais par leurs maris. Enfin, le mariage tomba si bas dans l'opinion publique, qu'Auguste se crut obligé d'y attacher, par

ses lois Pappiennes, un avantage pécuniaire comme à une spéculation, sans songer qu'en enlevant au lien conjugal sa spontanéité, il en faisait disparaître dès lors toute la noblesse et toute la dignité.

Ce triste état des mœurs, joint à la constitution civile et politique du peuple romain, fit surgir à côté du mariage une institution qui se développa rapidement, et qui bientôt pénétra si profondément dans les habitudes de la nation, qu'Auguste se vit pour ainsi dire contraint de la légitimer, en lui donnant un nom légal, et en en réglant les conditions. (D., l. 3, § 1. *De concub.*)

Nous voulons parler du concubinat.

Le concubinat, nous venons de le dire, eut pour cause première l'organisation même de la société romaine. Les sénateurs, les ingénus à qui la loi des XII Tables défendait d'épouser les affranchies qui devenaient de jour en jour plus nombreuses, ni même aucune femme ingénue qu'une vie ou un métier honteux vouait à l'infamie, et qui n'étaient pas moins nombreuses, si l'on en croit les historiens; les fonctionnaires enfin, qui ne pouvaient épouser aucune personne soumise à leur administration, tous n'entretenaient pas moins certaines unions avec ces femmes. Tout les y portait : le relâchement des mœurs, la facilité de ces relations, le caprice et la liberté de ces liaisons, qui n'imposaient aucun des devoirs du mariage.

Pour mieux apprécier les différences qui séparaient ces deux institutions, entrons dans quelques détails, et nous reconnaitrons sans peine combien il y avait loin d'une concubine à cette épouse que la communauté d'existence et l'égalité de relations élevaient à la même dignité que son mari.

Jamais le concubinat ne pouvait être le fondement de la famille; les enfants qui en naissaient avaient bien un père connu, mais ils n'étaient point sous sa puissance, ils ne lui succédaient pas. Sans doute l'homme et la femme qui se liaient ainsi avaient, comme les époux, l'intention de former une union perpétuelle; mais ce lien n'avait pas la même force. Pour rompre le mariage par le divorce, il fallait un motif, s'il n'y avait pas consentement mutuel; pour rompre le concubinat, l'homme et la femme n'avaient besoin d'aucun prétexte, chacun d'eux conservait son en-

tière liberté. De plus, cette union n'avait pas la même dignité; la femme restait toujours dans un rang inférieur, elle ne devenait point l'égal de celui auquel elle s'unissait, elle ne s'élevait pas jusqu'à lui, elle ne participait point à son droit, pour employer les termes de Modestin. Toutefois, beaucoup des règles des justes noces étaient communes au concubinat. Ainsi, les lois qui prohibaient le mariage entre certaines personnes pour cause de parenté, de convenances, prohibaient également le concubinat entre ces personnes; et si elles étaient violées, les mêmes peines attendaient les coupables (l. 56, D., *De rit. nupt.*). Il en était de même des lois qui défendaient la bigamie, et qui empêchaient de se marier avant un certain âge. (L. 1, D., § 4. — L. 1, C., *De concub.*)

Au premier abord, il n'était pas toujours facile de distinguer le concubinat du mariage. Dans certains cas, il fallait rechercher l'intention des parties, et c'est ce que Paul nous dit dans la loi 4, D., *De concub.*; mais souvent aussi cette intention ne pouvait être douteuse, et ressortait suffisamment de la qualité même des individus. En effet, courtisanes, comédiennes, adultères, quand elles vivaient avec un ingénu; ou simplement affranchies, si c'était avec un sénateur ou son descendant, toutes ces femmes ne pouvaient alors être que concubines; jamais dans ces hypothèses le mariage ne leur était permis. Bien plus, lorsque l'une de ces femmes vivait avec un homme que la loi ne lui eût point interdit d'épouser, elle était encore réputée n'être qu'en concubinat, et pour établir sa qualité de femme légitime, il lui fallait une preuve résultant d'un écrit ou tout au moins des circonstances.

Marcien va même jusqu'à dire que, du moment qu'une femme était de condition obscure, elle était présumée n'être que concubine. Au contraire, quand il s'agissait d'une ingénue dont la vie était honnête et la condition honorable, elle était toujours censée être prise comme épouse, à moins que l'intention contraire ne fût chez elle clairement démontrée. (L. 3, D., *De concub.*)

On le voit, le concubinat fut tout à la fois et une espèce de concession faite à la légèreté des mœurs, et une sorte de tempérament apporté aux principes exclusifs de l'aristocratie romaine. Moins digne et moins honorable que le mariage, il n'en devint

pas moins une institution légale infiniment au-dessus de ce commerce illégitime que les lois désignaient et punissaient sous le nom de *stuprum* (l. 3, D., *De concub.*). Nous le trouvons encore aujourd'hui organisé en Allemagne sous le nom de mariage morganatique ou de la main gauche.

Peu à peu les prohibitions qui défendaient le mariage entre certaines classes de personnes tombèrent en désuétude. Dès l'année 310 de Rome, nous voyons disparaître, à l'instigation du tribun Canuleius, cette loi qui interdisait toute union entre les patriciens et les plébéiens. Plus tard, Auguste permit de même, par ses lois Julia et Papia Poppæa, le mariage des ingénus avec les affranchis. Les sénateurs et leurs descendants furent les seuls à qui de pareilles unions ne fussent point permises. Quant aux ingénus, nous avons déjà dit un mot des prohibitions qu'il conserva à leur égard, et qui leur étaient communes avec les membres des familles sénatoriales. Toutes devaient finir par disparaître. L'empereur Justin fut le premier qui permit aux sénateurs de se marier avec ces femmes flétries, pourvu qu'abandonnant leur vie honteuse, elles fussent réhabilitées par un rescrit impérial. Enfin, Justinien supprima complètement la nécessité de ce rescrit (l. ult., C., *De nupt.*), et dans la Nouvelle 117, ch. 4, permit à tout homme de tout rang d'épouser une femme libre, quelle qu'elle fût.

Cependant, le concubinat survécut aux prohibitions qui avaient le plus contribué à le faire pénétrer si profondément dans les mœurs. C'était au Christianisme qu'était réservé l'honneur de combattre et de détruire cette institution. Le paganisme et sa législation étaient impitoyables pour les fautes commises, impitoyables pour la faiblesse et pour la pauvreté; la doctrine nouvelle, l'Évangile de Jésus-Christ, s'adressait à ces affranchies, à ces femmes coupables ou malheureuses, ennoblissant les unes, purifiant les autres par le repentir et le pardon. À toutes elle apprenait à fuir une union sans dignité pour elles, sans avenir pour leurs enfants. Déjà c'était cette religion divine dont l'esprit avait porté les empereurs à faire disparaître successivement toutes les lois qui s'opposaient au mariage entre les diverses classes de la société (l. 23, C., *De nupt.*). Ce fut elle encore qui inspira à Léon le

Philosophe cette Constitution par laquelle il proscrivit expressément le concubinat (N. 91, Léon). « La loi qui l'a permis, dit-il, est une injure à la nature et à la religion; » et il termine par ces paroles qui nous en révèlent de nouveau la cause principale : Du reste, il n'est pas difficile, pour qui veut se marier, de trouver une femme de même condition que lui. « *Cæterum vitæ consortem invenire difficile non est.* »

A Rome, le droit civil ne s'occupa jamais de la célébration même du mariage. Il demeura toujours un acte purement privé, dont on prouvait l'existence comme celle de tout autre fait, par témoins ou par écrit, peu importe. Aussi était-il souvent fort difficile de déterminer le moment précis où l'état de mariage avait commencé; et nous voyons les juriconsultes sans cesse questionnés sur ces difficultés. On a peine à comprendre, de nos jours, cette absence complète de toute solennité dans un acte aussi important. Tout y était abandonné à la volonté des parties; et s'il est probable que dans les premiers siècles de Rome, comme chez tous les peuples, au reste, le mariage fut surtout un acte religieux, on ne tarda pas à voir disparaître toutes les cérémonies du culte, pour faire place à une série d'usages superstitieux ou indécents qui formèrent bientôt les seules pompes nuptiales.

Mais si la loi abandonna ainsi aux données du droit naturel le mode de formation du mariage, il n'en fut pas de même pour ses effets et pour ses conditions de validité. Elle alla ici très-loin; et cela se conçoit. L'organisation de la famille romaine était en même temps d'une vigueur et d'une simplicité remarquables. Elle reposait tout entière sur la *puissance paternelle*, qui réunissait tous les enfants sous le pouvoir du chef de famille. Je ne sais si l'énergie de ce lien favorisa le développement et la conservation de ces grandes familles qui gouvernèrent la république dans ses beaux jours; mais ce qui est certain, c'est que quand il se relâcha, Rome était déjà à la veille de sa décadence. On peut difficilement se faire une idée de cette puissance paternelle quant à son étendue et quant à sa durée. Créée par le droit civil, elle ne pouvait appartenir qu'aux citoyens romains. Dans le principe, le père avait sur ses enfants un droit absolu de vie et de mort; et nous voyons jusque sous Constantin, c'est-à-dire plus de 300 ans

après Jésus-Christ, une Constitution défendit aux pères de vendre leurs enfants, à moins d'une extrême misère, et seulement lorsqu'ils viennent de naître. En outre, ce pouvoir presque illimité s'étendait sur tous les enfants du chef de famille, et même sur tous ses petits-enfants à l'infini, pourvu qu'ils descendissent de lui par les mâles. Quant à sa durée, elle n'avait en général pour terme que la mort du père ou de l'enfant, ou l'émancipation de ce dernier.

Eh bien, cette puissance paternelle, si féconde en grands résultats, n'avait pour ainsi dire qu'une source unique : le mariage. Ses deux autres sources, l'adoption et la légitimation, étaient beaucoup moins importantes. On comprend donc sans peine avec quel soin jaloux le droit civil s'empara de cette institution et en détermina toutes les conditions de validité. Ce sont ces conditions que nous avons maintenant à examiner.

II.

Des conditions requises pour la validité du mariage.

A Rome, nous dit Ulpien, trois conditions étaient requises pour qu'il y eût mariage : la puberté; le consentement des parties, et de ceux dont elles dépendaient; et enfin le *connubium*, c'est-à-dire la capacité de se marier conformément au droit (Ulp., R., tit. 5, § 2 et 3). Avant d'étudier en détail chacune de ces conditions, constatons brièvement l'effet que produisait l'absence de l'une ou de l'autre.

Toutes les fois que la loi défendait un mariage, que cette prohibition vint du droit naturel, du droit positif ou de la coutume, si, malgré cette défense et tant qu'elle existait, on prétendait se marier, l'union qu'on avait contractée n'était point un mariage : ce pouvait être tantôt un concubinat, et tantôt une union criminelle entraînant après elle des peines rigoureuses. Mais il n'y avait jamais dans ce cas ni époux, ni épouse, ni dot, ni enfants légitimes, ni puissance paternelle. En un mot, le droit

romain ne faisait aucune des distinctions que fait notre Code. Tout mariage contracté en dehors des prescriptions de la loi était un mariage qui n'existait pas; il n'était point annulable ni susceptible de ratification : il était nul. Si, à un moment donné, la cause de nullité cessait, parce qu'elle n'était que temporaire, c'était sans effet rétroactif, et le mariage ne commençait à exister que du jour où elle avait disparu.

Sans se préoccuper des conséquences qui pouvaient résulter dans certains cas de la bonne foi des prétendus époux (Ulp., R., tit. 7, § 4; — G., C. 1, § 67-77; — l. 57, § 1, D. *De ritu nupt.*), on peut donc dire, en thèse générale, que tout mariage qui ne remplissait pas les conditions requises n'avait aucune existence légale. Examinons maintenant chacune de ces conditions.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PUBERTÉ.

La nature comme la raison nous disent assez que pour arriver au but essentiel du mariage, la première condition requise chez les futurs époux, c'est la puberté. Or, comment reconnaissait-on si l'on était pubère? Comme cet état ne dépend en réalité que du développement physique, il paraît que dans le principe on s'en rapporta exclusivement à l'examen des personnes; mais par une sage réforme que la pudeur et la dignité humaines réclamaient également, on ne tarda pas à fixer un âge invariable pour la puberté chez les femmes. Quant aux hommes, il s'éleva à leur sujet une vive controverse entre les deux écoles de jurisconsultes (G., C. 1, § 196). Les uns voulaient que l'on adoptât de même une règle uniforme; les autres, poussant jusque dans leurs dernières limites les rigueurs du droit, soutenaient que l'on ne devait se décider à leur égard que d'après cette humiliante inspection des individus. Ce fut Justinien qui, en adoptant la première opinion, mit fin à cette controverse, et décida que de même que l'on avait fixé à 12 ans accomplis l'âge de la puberté pour les femmes, les hommes ne seraient pubères

qu'après avoir complété leur quatorzième année. (Inst , *Præ. quib. mod. tut. fn.*)

Si avant cette époque une union était contractée, ce n'était point un mariage; elle n'en prenait le nom et n'en produisait les effets qu'à dater du jour où chacune des parties avait atteint l'âge requis. (l. 4, D., *De rit. nupt.*)

Conformément aux principes absolus qui firent prévaloir pendant tant de siècles l'usage blessant que nous avons indiqué, et que Justinien supprima, la loi faisait de l'impuissance un empêchement au mariage; seulement elle ne la reconnaissait qu'au cas où elle était incontestable, c'est-à-dire lorsqu'il y avait castration. Et c'est, en effet, ce que nous dit Ulpien dans la loi 39, § 1, D., *De jure dotium* : « *Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, necne; ut in castrato dicas dotem non esse; in eo, qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos.* » Marcien répète la même doctrine dans la loi 14, § 1 *in fine*, de *manum vind.*

On s'est bien souvent demandé si la vieillesse fut jamais, à Rome, un empêchement au mariage. Il est hors de doute qu'elle ne l'était pas au temps de Justinien (l. 27, C., *De nupt.*); mais, malgré ce que peuvent dire les partisans de l'opinion contraire, ils nous semble que certains textes autorisent légitimement à conclure qu'antérieurement à cette époque le mariage était défendu après un certain âge, au moins pour la femme.

En effet, les lois Julia et Papia Poppæa, promulguées sous Auguste, avaient édicté diverses peines contre les hommes et les femmes qui étaient restés sans se marier, les premiers jusqu'à soixante ans, les autres jusqu'à cinquante. Or, Ulpien nous dit (R., Ulp., tit. 16, § 3) que le S.-C. Pernicien déclarait qu'au cas même où ils se seraient mariés après cet âge, cette union ne les empêchait pas de tomber sous le coup de la loi. Puis il ajoute que le S.-C. Claudien décidait toutefois « que si un homme de « plus de soixante ans épousait une femme de moins de cinquante, il serait traité comme celui qui, n'étant pas encore « sexagénaire, se mariait valablement. » Il semblerait donc résulter de ce texte que ce dernier sénatus-consulte était venu apporter en faveur des hommes une exception à la règle qui

jusqu'alors avait été également applicable aux personnes des deux sexes indifféremment.

Enfin, le jurisconsulte termine en disant : « Que si une femme « ayant plus de 50 ans épousait un homme de moins de 60, le « mariage était dit inégal; et le S.-C. Calvitien décidait qu'il ne « donnait point aux parties le droit de recueillir des successions, « des legs ou des dots; aussi quand la femme mourait, la dot « était caduque. »

Tout ceci nous semble démontrer suffisamment que, pour les femmes du moins, la vieillesse fut jusqu'à Justinien un empêchement au mariage. Remarquons, en effet, que dans la dernière phrase du passage que nous venons de citer, Ulpien ne dit pas quand l'épouse mourait la dot était caduque; mais bien quand la femme mourait, ce qui paraît impliquer la non existence du mariage. Enfin, les termes mêmes par lesquels les jurisconsultes désignaient l'époque après laquelle les célibataires restaient irrévocablement sous le coup des incapacités portées par les lois Julia et Papia Poppæa, nous fourniraient encore au besoin un argument à l'appui de notre opinion : *Annos finitos in matrimonio*, disaient-ils, littéralement années finies pour le mariage, ce qui indique évidemment un âge après lequel on ne peut plus se marier. On a prétendu qu'en appelant *inégal* le mariage contracté dans de semblables conditions, le jurisconsulte ne dit en rien qu'il était nul. Mais pour se convaincre que ces deux expressions sont ici synonymes, il suffit de remarquer que c'est aussi le mot *inégal* dont Justinien se sert (l. 12, C., *De legit. hered.*) pour qualifier un mariage qui jusqu'alors avait été défendu, et qu'il venait de permettre. On dit encore que cette nullité n'existait que par rapport aux lois Caducaires, et que par ailleurs cette union produisait tous les autres effets du mariage. Cette explication n'est pas plus admissible. Il serait étrange d'abord de voir ainsi un mariage nul à un point de vue et valable à tous les autres. Moins que toute autre législation, le Droit Romain eût admis une telle bizarrerie. Mais Ulpien lui-même nous démontre la fausseté de cette assertion. Un demi siècle environ avant qu'il rédigeât ses Règles, Marc-Aurèle avait décrété la nullité absolue du mariage d'un sénateur avec une affranchie (l. 16, D., *De rit. nupt.*); et

cependant, quand il parle de cette union (R., Ulp., tit, 16, § 2), il ne nous dit point qu'elle fût nulle; il nous dit simplement qu'elle aussi laissait les parties scus le coup des lois Julia et Papia Poppæa.

Enfin, notre opinion trouve encore sa confirmation dans les termes mêmes de la Constitution qui forme la loi 27 au Code, *De Nuptiis* : « Nous permettons à ceux qui le veulent, dit Justinien, « de contracter les mariages que prohibaient les lois Pappiennes, « quand l'une des parties avait plus de 60 ou plus de 50 ans, et « l'autre moins que cet âge, ou quand toutes deux avaient plus « que l'âge requis pour chaque sexe, et nous voulons qu'on ne « puisse empêcher ces mariages d'aucune manière ni pour aucune « partie. » Comment expliquer ce texte, si l'on n'admettait pas que le mariage fût nul? En effet, on ne permet pas ce qui est licite; on ne sanctionne pas ce qui est valable! Et cependant, on ne peut objecter que Justinien voulait seulement enlever les peines qui frappaient les célibataires, puisque Constantin les avait fait disparaître plus de deux siècles auparavant.

Il reste donc démontré pour nous que la vieillesse fut longtemps à Rome un empêchement au mariage.

CHAPITRE II.

DU CONSENTEMENT.

Outre l'âge requis, la loi comme la raison exigeaient encore pour la validité du mariage le consentement des parties.

Ce consentement devait être sérieux et exister réellement. Tout mariage simulé était nul et de nul effet (l. 30, D., *De rit. nupt.*). Il en était de même de l'union contractée par un fou, qui, n'ayant pas de volonté, ne peut dès lors pas consentir. Mais il est clair que le mariage valablement formé ne continuait pas moins de subsister, malgré la folie survenue postérieurement chez l'un ou l'autre des époux. (L. 16, § 2, D., n° 1.)

Enfin ce consentement devait être libre, en ce sens du moins qu'un père ne pouvait jamais contraindre son fils à se marier

(l. 21, D., h. t.). Il en était autrement pour la fille, à qui la loi ne permettait d'être d'un avis opposé à celui de son père qu'en cas où celui-ci voulait lui faire épouser un homme indigne ou déshonoré. Chez l'un comme chez l'autre, la crainte révérentielle était insuffisante pour vicier le consentement; et si la soumission absolue à l'autorité paternelle leur faisait contracter une union qui n'était point de leur choix, du moment qu'il n'y avait pas eu violence, ce mariage était valable. Ils étaient censés avoir préféré cette union à la nécessité de désobéir à leur père. (l. 22, D., h. t.)

Cependant, certains textes sembleraient autoriser à conclure que dans un cas particulier on pouvait absolument se passer du consentement de la femme. « Un patron, dit l'un d'eux, ne peut se marier avec son affranchie, malgré elle; » puis le suivant ajoute immédiatement, « à moins qu'il ne l'eût affranchie dans l'intention de l'épouser. » (L. 28 et 29, D., h. t.) Peut-être, au reste, ces textes ont ils été tronqués; et l'affranchie qui refusait, sans être forcée de se marier quand même, se voyait peut-être seulement privée de la faculté d'épouser tout autre que son patron.

2^o La loi ne se contentait pas du consentement des époux; « Il faut encore, dit Justinien (Inst., tit. 10, *præ.*), le consentement de ceux à la puissance desquels ils sont soumis : ainsi le veulent, ajoute-t-il, et la raison naturelle et la raison civile. » Ce motif est complètement inexact : en effet, si tant est que le droit naturel pût faire une condition du consentement des ascendants, en même temps que celui du père il eût exigé aussi celui de la mère; or, il n'est nullement question de ce dernier. Le droit politique et civil des Romains est donc le seul qui ait pu inspirer une semblable mesure. Au reste, la règle elle-même, telle que nous la présentent les Institutes, est loin d'être complète. Ce n'est pas seulement le consentement des personnes sous la puissance desquelles se trouvent les futurs époux au moment du mariage que la loi exige; c'est encore le consentement de tous les ascendants sous la puissance desquels ils peuvent se trouver un jour eux ou leurs enfants.

Pour bien saisir le sens et la portée de cette règle, ajoutons quelques mots à ce que nous avons déjà dit sur l'organisation de

la famille à Rome, et sur l'étendue des pouvoirs dont son chef était investi.

La puissance paternelle donnait à celui qui en était revêtu le droit de s'opposer à ce qu'aucun membre nouveau entrât dans sa famille, et de plus à ce qu'un membre ancien en sortit, ou tout au moins y échappât, sous un certain point de vue, sans son assentiment; or, le mariage d'un enfant de famille entraînait infailliblement l'une ou l'autre de ces conséquences.

Si c'était un fils qui se mariait, ses enfants venaient dès leur naissance s'adjoindre à la famille dont lui-même était membre; si c'était une fille, bien que son mariage n'eût pas pour résultat nécessaire de la faire sortir de sa propre famille pour la faire entrer dans celle de son mari, il produisait toutefois de tels effets, que toujours la puissance paternelle en était amoindrie dans une certaine limite.

Ceci nous amène à parler du pouvoir marital. Quelles étaient la nature et l'étendue de ce pouvoir à Rome? Jusqu'à quel point était-il compatible avec la puissance paternelle? On ne saurait aujourd'hui répondre à toutes ces questions d'une manière bien nette et bien précise. Gaius nous donne quelques détails sur cette puissance exclusivement propre aux citoyens romains, dont nous retrouvons aussi la trace dans Ulpien, et qui paraît assez semblable à celle du chef de famille sur ses enfants et sur les hommes libres qu'il avait *in mancipium*.

Elle s'acquerrait de trois manières : par la confarréation, par la coemption et par l'usage. L'usage était toujours un fait postérieur au mariage; la confarréation et la coemption étaient des cérémonies religieuses ou civiles qui accompagnaient souvent le mariage, mais qui ne furent jamais nécessaires à sa célébration. Quoi qu'il en soit, et de quelque manière que le mari eût acquis ce pouvoir, appelé spécialement *manus*, « sa femme était par rapport à lui, nous dit Gaius, dans une position analogue à celle de sa fille; elle devenait pour ainsi dire la sœur de ses propres enfants. (G., 1, § 108-115. — Ulp., tit. 9.)

Ce qu'il y a d'incontestable, c'est que jamais toutes les femmes ne furent soumises à cette puissance exceptionnelle. Il y en eut toujours un certain nombre qui demeurèrent indépendantes, et

qui, pour ce motif, prirent le nom de femmes libres. Au reste, bien longtemps avant Justinien, il ne restait déjà plus de traces de cette institution ; elle était de bonne heure tombée en désuétude, et les *Institutes* n'en font même pas mention.

Ainsi donc, pour revenir à notre sujet, on conçoit facilement que tant que la *manus* exista, le chef de famille fut armé du pouvoir de refuser son consentement au mariage de sa fille pour empêcher qu'elle ne sortit ainsi de sa puissance. En effet, bien qu'aucun texte ne le dise, il est plus que probable que l'autorité paternelle et le pouvoir marital ne purent jamais exister simultanément dans leur intégrité. Puis quand ce pouvoir marital tomba avec son originalité et ses effets particuliers, on comprend encore que l'usage et la tradition seuls durent suffire pour conserver au père son droit. D'ailleurs, n'y a-t-il pas une autre raison suffisante dans ce qui dut se passer dans la pratique ? Comment supposer en fait que rien ne remplaça pour le mari ce pouvoir exceptionnel ? Comment croire que la femme mariée n'échappa pas, par certains côtés, à l'influence et à la puissance paternelle ? Cela était impossible ; et c'en était assez aux yeux du droit civil pour exiger le consentement du chef de famille.

Quant à celui des autres ascendants sous la puissance desquels les époux ou leurs enfants pouvaient tomber un jour, il était regardé comme nécessaire pour sauvegarder ce grand principe de la législation romaine, qui voulait que « nul ne pût avoir d'héritiers siens malgré lui. » Or, comme tous les enfants pouvaient être les héritiers siens de la personne sous la puissance de laquelle ils se trouvaient, il fallait bien dès lors que tous ceux qui devaient un jour avoir cette puissance consentissent également au mariage d'où ils devaient naître.

Un exemple fera mieux comprendre l'étendue et les conséquences logiques de cette loi. Supposons que Tertius, petit-fils de Primus et fils de Secundus, veuille se marier. De quel consentement a-t-il besoin ? Il lui faudra d'abord le consentement de Primus, son aïeul, sous la puissance duquel il se trouve actuellement, puis celui de Secundus, sous la puissance duquel il doit retomber avec tous ses enfants à la mort de Primus.

Supposons au contraire que ce soit une fille : le consentement

de Primus lui suffira; elle n'aura pas besoin de celui de son père, puisque d'une part elle ne dépend pas de lui, et que jamais ses enfants ne sont destinés à faire partie de sa famille.

Ce consentement des ascendants n'était nullement exigé pour ceux qui n'étaient plus en puissance paternelle, qu'ils en fussent sortis par émancipation ou autrement. En effet, dès qu'on était pubère et *sui juris*, on pouvait se marier sans demander le consentement de personne : celui au contraire qui était encore soumis à la puissance paternelle ne pouvait jamais se dispenser d'obtenir le consentement de la personne dont il dépendait, à quelque âge qu'il fût parvenu, et cela même pour un second ou troisième mariage. (D., l. 18 et 25, *De rit. nupt.* — C., l. 7, *De nupt.*)

Au cas d'une adoption ou d'une adrogation, la règle était la même; et l'adopté dont le mariage était autorisé par son père ou par son aïeul adoptif, suivant les principes que nous venons de poser, n'avait nul besoin du consentement de son père naturel.

Ce consentement du chef de famille devait être donné en connaissance de cause; une autorisation générale de sa part eût été insuffisante pour contracter mariage (l. 18 et 34, *præ.*, D., h. t.) Au reste, ce consentement pouvait être tacite; il suffisait que le père ne se fût point opposé au mariage. (l. 5, C., *De nupt.*)

Enfin, les Institutes disent positivement que le consentement devait précéder le mariage. S'il n'intervenait que plus tard, ce n'était qu'à partir de ce moment que le mariage était valable.

En cas d'absence ou de captivité du père de famille, son fils ou sa fille pouvaient se marier sans son consentement, après un délai de trois ans; et même s'ils se mariaient auparavant, « je crois, dit le jurisconsulte, que leur mariage était encore valable, pourvu néanmoins qu'il fût tel que le père n'eût pu manquer de l'approuver. » (l. 9, § 1, 10 et 11, D., h. t.)

Il en était de même pour le fils d'un fou ou d'un imbécile, du moins sous Justinien, car il paraît qu'avant lui il y avait eu à ce sujet quelques hésitations. (l. 25, C., *De nupt.*)

Tant que l'esprit de famille demeura intact et puissant, la nécessité et la rigueur de cette condition ne durent subir aucune atteinte; mais peu à peu, sous l'empire, une raison politique al-

téra ce principe. Dans quelle mesure ? Nous ne saurions le dire. Ce qu'il y a de certain, c'est que le chapitre 35^e de la loi Julia ordonnait aux proconsuls et aux présidents de provinces de forcer les pères de famille qui s'opposaient injustement au mariage de leurs enfants à les marier et à les doter. « Or, disait cette loi, empêcher ses enfants de se marier, c'est ne pas leur chercher un parti. » Avec un texte aussi élastique et aussi peu précis, il est difficile de deviner comment et jusqu'à quel point les mœurs autorisèrent cette intervention du magistrat. (L. 19, D., h. t.)

3^o Nous avons vu plus haut qu'aussitôt qu'une personne cessait d'être soumise à la puissance paternelle, elle pouvait se marier sans consulter qui que ce fût. Ce principe reçut toujours son application pour les fils, mais non pour les femmes.

Dès les premiers siècles de Rome, un motif politique, le désir de conserver les biens dans les familles, fit placer toutes les femmes, au sortir de la puissance paternelle, sous la tutelle perpétuelle de leurs agnats. A l'origine, il est probable que le consentement du tuteur était seul nécessaire pour les autoriser à se marier ; mais il paraît que plus tard on exigea aussi celui de la mère. En cas de désaccord entre l'un et l'autre, le sort ou le magistrat décidait (Tite-Live, 4). Mais bientôt les agnats abusèrent de la puissance que le droit civil leur conférait sur leurs pupilles ; et sous le règne de Claude, une loi fut obligée de supprimer cette tutelle. Toutes les femmes pubères purent donc dès lors se marier librement. Il en fut aussi de même de celles à qui, postérieurement à cette époque, on donna un curateur depuis leur puberté jusqu'à ce qu'elles eussent accompli leur vingt-cinquième année. Ce curateur n'avait nullement le pouvoir de s'opposer à leur mariage. (L. 20, D., h. t. — L. 8, C., *De nupt.*)

Tel est le droit consigné dans les Pandectes. Mais peu à peu les empereurs romains y apportèrent d'importantes modifications. Ainsi, nous voyons une Constitution de Valentinien, Valens et Gratien, qui exige que toute jeune fille qui n'a pas encore vingt-cinq ans, et bien qu'elle ne soit plus en puissance paternelle, obtienne pour se marier le consentement de son père, ou, à son défaut, celui de sa mère et de ses parents les plus proches. Dans le cas où l'on aurait pu soupçonner que l'espoir d'hériter

de cette jeune fille eût rendu ces derniers capables d'empêcher un mariage honorable, la loi permettait d'appeler à leur place d'autres parents plus éloignés et qui ne pouvaient compter sur sa succession. (L. 18 et 20, C., *De nupt.* — C., Théod., l. 1, *De nupt.*)

Il pouvait arriver quelquefois que la jeune fille repoussât le mari que sa mère ou ses proches voulaient lui donner. Dans ce cas, c'était le magistrat qui décidait, sous l'obligation de préférer néanmoins, à conditions égales, celui qu'avait choisi la mère (l. 18, C., *De nupt.*). Si la jeune fille qui se trouvait en curatelle n'avait plus ni père ni mère, il semble résulter de la loi 20, C., *De nupt.*, que c'était elle seule qui se décidait sans le secours d'aucun parent. Si elle n'osait choisir, le magistrat intervenait.

Jusqu'à quel point ce consentement du père, de la mère et des parents les plus proches était-il nécessaire à la validité du mariage? Nous ne saurions le dire positivement. Nous ne connaissons aucun texte qui tranche cette question. Mais les principes du droit romain en général nous ont toujours paru si rigoureux et si absolus, que nous nous croyons légitimement en droit de conclure que, dans tous les cas où il était exigé par la loi, l'absence de ce consentement était toujours suffisante pour rendre nul le mariage.

CHAPITRE III.

DU CONNUBIUM, OU DE LA CAPACITÉ DE CONTRACTER LE MARIAGE ROMAIN.

La troisième et dernière condition requise chez les futurs époux, c'est la capacité civile de se marier. On la désignait à Rome sous le nom de *connubium*. Il est évident que cette faculté de contracter le mariage du droit civil ne pouvait appartenir en principe qu'aux citoyens romains. Pour qu'une autre personne pût en jouir, il fallait qu'elle lui eût été concédée. C'est ce que nous dit Ulpien (R., tit. 5, § 4) en parlant des Latins Juniens, et de tous ces peuples qui, bien que faisant partie de l'empire, étaient cependant appelés étrangers, *peregrini*, parce qu'ils ne participaient

point aux droits civils. Mais peu à peu les empereurs romains supprimèrent ces distinctions, et accordèrent les droits de citoyens à toutes les classes d'affranchis et à tous les sujets de l'empire. Sous Justinien, il n'y avait plus que les déportés et les esclaves qui ne jouissaient pas du droit de cité.

Cette condition du *connubium* est essentiellement multiple. Elle comprend un grand nombre d'empêchements au mariage qui résultaient principalement d'une précédente union légale encore existante, de l'adultère, de la qualité d'affranchie, de la parenté, de l'alliance, de l'honnêteté publique, de l'autorité et de l'inégalité de condition. Parmi ces empêchements, quelques-uns enlevaient absolument la faculté de se marier, d'autres ne l'enlevaient que d'une façon relative, c'est-à-dire par rapport à certaines personnes. Parcourons-les successivement.

§ 1. *Empêchement résultant d'une précédente union.* — Tant qu'on était dans les liens d'une union quelconque légalement formée, que ce fût un mariage ou un concubinat, la loi ne permettait pas d'en contracter une nouvelle. (L. 6 et 7, *Inst.*, h. t. — L. 2, C., *De incest. nupt.* — L. 18, C., *Ad leg. Jul.*)

Le concubinat était un état de fait que chacune des parties pouvait, suivant son caprice, faire cesser d'un instant à l'autre. Quant au mariage, il formait un lien plus étroit, et qui ne pouvait être rompu que pour des causes déterminées.

Ces causes étaient au nombre de trois, savoir : la mort, le divorce, et l'esclavage de l'un des époux. La captivité, en effet, n'était regardée comme une cause de dissolution du mariage que parce qu'elle entraînait forcément après elle la servitude (l. 1, D., *De div.*). Mais il paraît que peu à peu les jurisconsultes cherchèrent à étendre au mariage la fiction relative à la puissance paternelle qu'ils avaient introduite sous le nom de *postliminium*, en faveur des prisonniers de guerre. Grâce à cette fiction, le captif rentré dans son pays était supposé n'en être jamais sorti. Il reprenait tous ses droits, même pour le passé, ou pour mieux dire il était réputé ne les avoir jamais perdus. On voulut de même qu'il pût reprendre sa femme à son retour de captivité. Pour arriver à ce but, il fallait maintenir son mariage.

Toutefois, le *postliminium* ne s'appliquant qu'aux droits et non

aux faits, le lien conjugal était toujours rompu par la captivité de l'un des époux ; la *manus* seule continuait d'exister. A l'époque des jurisconsultes classiques, la femme pouvait donc se remarier librement avec tout autre individu ; seulement ce n'était pas sans danger. En effet, si elle le faisait sans présenter une cause de divorce reconnue par la loi, elle devenait passible, dans le cas où son premier mari fût revenu, des peines édictées contre celle qui divorçait sans motif légitime. C'est ce que nous répètent à l'envi Julien, Paul, Pomponius et Tryphoninus dans les lois 6, D., *De divort.* ; 8, 12, § 4 ; 14, § 1 ; D., *De capt., et postl.* l'interpolation ajoutée au premier des textes que nous venons de citer nous prouve clairement que l'on en vint plus tard à déclarer que le mariage subsisterait néanmoins malgré la captivité du mari, et que l'on défendit absolument à la femme de contracter une nouvelle union pendant tout le temps qu'il demeurerait prisonnier.

Le même passage nous dit encore que si pendant une guerre un mari disparaissait sans qu'on pût découvrir ce qu'il était devenu, sa femme était obligée d'attendre cinq années avant de pouvoir divorcer avec lui, et par conséquent avant d'avoir la faculté de se remarier.

Constantin réduisit ce délai à quatre ans, mais il exigea sous peine de mort que la femme s'informât par tous les moyens du sort de son mari, qu'elle en écrivit à son chef, et enfin, qu'elle ne contractât un nouveau mariage qu'après avoir fait connaître ouvertement sa position. (L. 7, C., *De repud.*)

Enfin, Justinien supprima la nécessité du divorce ; seulement il augmenta encore les formalités qui pouvaient fournir quelques renseignements sur l'époux disparu, et il ajouta une année au terme de quatre ans fixé par Constantin. (N. 22, chap. 7. — N. 117, chap. 11.)

Nous n'avons point à nous occuper ici de l'obstacle temporaire imposé aux veuves et aux femmes divorcées ; elles ne pouvaient se remarier avant un certain temps. Toutefois, si elles le faisaient, leur mariage n'était pas nul ; elles étaient simplement notées d'infamie et soumises à des peines pécuniaires. (L. 1 et 2, C., *De sec. nupt.*)

§ 2. *Empêchement résultant de l'adultère.* — Pendant longtemps

l'adultère forma aussi un empêchement absolu au mariage. Toute femme sous le coup d'une condamnation de cette nature ne pouvait épouser aucun ingénu du vivant de son mari; il suffisait même qu'elle eût été surprise en flagrant délit, peu importe où et par qui. Bien plus, du moment qu'un mari avait accusé sa femme d'adultère, elle ne pouvait plus se marier jusqu'à ce que le juge eût prononcé sur l'accusation. Cependant le pardon du mari avant la condamnation de la femme, en effaçant l'infamie, pouvait faire disparaître l'empêchement au mariage. (L. 26, 31, § 1; 43, § 12 et 13, D., h. t. — L. 1, § 2, D., *De concub.*)

A la fin, cette prohibition cessa d'être générale; et dans sa Nouvelle 134, ch. 12, Justinien se borna à défendre le mariage entre l'adultère et son complice. Il en est encore ainsi dans notre législation (C. N., art. 298). Seulement, comme la loi qui a aboli le divorce en France remonte au 8 mai 1816, le cas devient de jour en jour plus rare, et bientôt même il ne pourra plus se présenter.

§ 3. *Empêchement résultant de la qualité d'affranchie.* — Un maître pouvait accorder la liberté à son esclave dans le dessein de l'épouser. Dans ce cas, elle ne pouvait se marier avec qui que ce soit, à moins qu'il n'eût renoncé à son projet (l. 51, D., h. t.). Ce n'est pas que les mœurs romaines conseillassent une pareille union; un texte va même jusqu'à dire qu'il était plus convenable pour un patron de ne prendre son affranchie que comme concubine (l. 1, D., *De concub.*); mais c'était une preuve de déférence et de respect que la loi exigeait de la part de l'affranchie vis-à-vis de son patron, et comme pour sanctionner l'autorité de ce dernier. Il en était ainsi au cas même où elle avait été affranchie par le fils de son maître (l. 51, § 1, D., h. t.). Pour qu'elle pût se marier avec toute autre personne, il fallait également qu'il renoncât à l'épouser. Au reste, cette renonciation pouvait être tacite, et elle résultait suffisamment de ce que le patron avait contracté une autre union légale. (L. 11, § 2, D., *De dir.*)

Par les mêmes motifs, du moment qu'un patron avait épousé son affranchie, qu'il eût eu ou non cette intention en l'affranchissant, elle perdait la faculté de convoler en d'autres noces tant qu'il voulait la conserver pour épouse. Cela ne l'empêchait pas

de divorcer avec lui, mais son union avec tout autre n'eût jamais été un mariage. Pour qu'elle pût recouvrer la capacité de se remarier, il fallait que son patron eût renoncé à ses droits, soit en divorçant lui-même, soit enfin de toute autre manière non équivoque. La captivité même ne les lui enlevait pas, grâce à la fiction dont nous avons parlé. (L. 45, § 6, D., h. t.)

Il y avait doute pour le cas d'une affranchie commune à plusieurs patrons. Javolenus pensait que la volonté de l'un d'entre eux était insuffisante pour l'empêcher de contracter mariage : Gaius et la majorité des jurisconsultes étaient d'avis contraire, parce que, disaient-ils, bien qu'il ne soit pas seul, il n'en est pas moins patron (l. 46, D., h. t.). Conformément à ces principes, tous les fils d'un patron avaient les mêmes pouvoirs que leur père, à moins que ce dernier n'eût exclusivement transféré à l'un d'eux les droits de patronage en lui assignant l'affranchie. (L. 48, *præ.*, et § 2, D., h. t.).

Bien entendu, pour exercer ce droit exceptionnel, il fallait être réellement le véritable patron. Celui qui n'avait affranchi que par fidéicommiss, c'est-à-dire par nécessité et souvent malgré lui, ne pouvait invoquer ce privilège exorbitant. (L. 45, *præ.*, § 1 et 2. — 50, D., h. t. — L. 10, D., *De divort.*).

Il est clair aussi que ce bénéfice n'existait point en faveur de celui qui n'avait épousé son affranchie que contrairement aux lois, par exemple lorsqu'elle était regardée comme infâme. (l. 48, § 1, D., h. t.).

Dans sa Nouvelle 22, chap. 37, Justinien confirma en faveur du patron tous les droits que nous venons d'indiquer.

§ 4. *Empêchement résultant de la parenté.* — La parenté à un certain degré formait un empêchement au mariage. On appelle parenté le lien qui unit deux personnes descendant l'une de l'autre ou d'un auteur commun.

A Rome, elle prenait le nom particulier d'agnation quand ces deux personnes se reliaient entre elles par les mâles. Dans tous les autres cas, on l'appelait simplement du nom générique de parenté ou de cognation.

En ligne directe, c'est-à-dire entre parents qui descendaient les uns des autres, le mariage était défendu à l'infini (l. 53, D., h. t. ;

— Inst., l. 1, tit. 10). Il en était ainsi alors même que ce lien eût cessé d'exister, ce qui pouvait avoir lieu quand il n'était que le résultat de l'adoption. Cette parenté, en effet, née d'un mode civil, pouvait également disparaître par un mode civil, l'émancipation; et alors il n'en restait plus de traces. Cependant la prohibition continuait d'exister par un motif de convenances qui, nous le verrons, était souvent à Rome un empêchement au mariage. (L. 55, *præ.*, D., h. t. — Inst., l. 1, tit. 10. — G., C. 1, § 59. — *Paul. sent.*, liv. 2, tit. 19, § 4.)

En ligne collatérale, c'est-à-dire parmi les parents descendant seulement d'un auteur commun, nous trouvons tout d'abord le frère et la sœur auxquels toute union était aussi absolument interdite (G., C. 1, § 60). Toutefois, quand la parenté qui les unissait était purement civile, quand elle n'était fondée que sur l'adoption, l'émancipation, en la faisant disparaître, enlevait également par là même tout empêchement au mariage. Ainsi, un père, pour marier sa fille avec son fils adoptif, n'avait besoin que d'émanciper l'un ou l'autre; l'agnation disparaissait immédiatement, et avec elle toute espèce de parenté. (L. 17, *præ.*, et § 1, D., h. t. — G., C. 1, § 61. — Ulp., R., tit. 5, § 6.)

Pendant plusieurs siècles, le mariage fut défendu entre le frère et les enfants ou petits-enfants de sa sœur, et réciproquement entre la sœur et les descendants de son frère. Ce fut l'empereur Claude qui, pour épouser sa nièce Agrippine, fit abroger cette loi. Un sénatus-consulte permit donc d'épouser la fille de son frère, tout en continuant de défendre le mariage avec la fille de sa sœur ou avec sa tante (G., C. 1, § 62. — Ulp., R., tit. 5, § 6). Constantin rétablit la prohibition primitive, et dès lors toute union en ligne collatérale fut absolument interdite entre deux parents, dont l'un au moins était au premier degré de l'auteur commun.

Ici encore la parenté produite par l'adoption n'était un obstacle qu'autant qu'elle existait. Or, il est important de remarquer qu'elle se confondait dans ce cas avec l'agnation, et que, par conséquent, l'adopté ne devenait le parent que des agnats de son père adoptif. (L. 23, D., *De adopt.* — L. 12, § 4, D. h. t. — Inst., tit. 10, § 3.)

Permis dans le principe, les mariages entre cousins germains ne furent défendus que temporairement par Arcadius et Honorius, qui portèrent cette prohibition du vivant de saint Ambroise, et la levèrent eux-mêmes quelques années plus tard. (L. 19, C., *De nupt.*)

Ainsi donc, en résumant ce que nous avons vu sur ce point, on peut dire que la parenté directe empêche le mariage à l'infini; de même pour la parenté collatérale, toutes les fois que les parents ou l'un d'eux ne sont qu'à un degré de la souche commune. Les autres collatéraux peuvent s'épouser.

Ce n'était pas seulement la parenté légitime qui produisait ces effets; la parenté naturelle les produisait également (l. 54, D., h. t.). Bien plus, on appliquait les mêmes principes à la parenté entre esclaves, que l'on désignait sous le nom de parenté servile. C'est qu'en effet, nous dit le jurisconsulte Paul, on doit regarder dans les mariages et les convenances et le droit naturel. Seulement, comme ces unions des esclaves entre eux ou avec des personnes libres étaient à peu près abandonnées aux lois de la nature et aux caprices de la passion, la loi se contentait, pour défendre le mariage, que la parenté au degré prohibé fût simplement douteuse. (L. 14, § 2, D., h. t.) (1)

§ 5. *Empêchement résultant de l'alliance.* — L'alliance ou affinité est le lien qui unit un conjoint aux parents de l'autre. Cependant, Modestin semble en donner une définition bien plus large, d'après laquelle les parents du mari et ceux de la femme seraient alliés entre eux (l. 4, § 5 et 6, D., *De grad., et aff.*). Nératius étend même cette qualification au fiancé et à la fiancée (l. 8, D., *De cond. caus. dat.*). Mais sans nous préoccuper de savoir s'il y avait réellement alliance dans tous ces cas, qu'il nous suffise de dire qu'elle ne formait jamais alors un empêchement au mariage.

L'affinité produite par une union quelconque disparaît avec cette union même. Mais, chose remarquable, ce n'est qu'après

(1) Il est inutile de faire observer que ces prohibitions ne pouvaient leur être appliquées qu'après leur affranchissement, puisque tant qu'ils restaient esclaves ils n'avaient jamais la capacité de contracter les justes noces. (Inst., l. 10, h. t.)

avoir été dissoute qu'elle devient, à proprement parler, un empêchement spécial, car, tant que dure le mariage, elle n'ajoute rien à l'impossibilité absolue où se trouve chacun des conjoints de contracter une nouvelle union. C'est lorsque la prohibition générale a cessé que commencent les empêchements relatifs à certains alliés. (Inst., tit. 10, § 7.)

Comme la parenté, elle existait à Rome non-seulement entre époux légitimes, mais encore entre concubins, et même entre esclaves (l. 14, § 3, D., h. t.; — l. 1, § 3, D., *De concub.*; — l. 4, C., *De nupt.*). Après leur affranchissement, les mêmes empêchements existaient pour ces derniers et pour les ingénus. (Inst., tit. 10, § 10.)

En ligne directe, le mariage était défendu à l'infini entre alliés comme entre parents. Sous ce rapport, ces deux prohibitions avaient la même étendue. Ainsi, un mari ne pouvait épouser ni la fille ou petite-fille de sa femme, ni la femme de son fils ou de tout autre de ses descendants, et réciproquement. (L. 14, § 4; 40, D., h. t.)

En ligne collatérale, l'alliance ne fut jamais un obstacle au mariage du temps des jurisconsultes romains. Ce fut une Constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius, qui, pour la première fois, défendit toute union entre beaux-frères et belles-sœurs (l. 5, C., *De incest. nupt.*). Toutefois, cette prohibition n'empêcha jamais le mariage entre les enfants que deux personnes auraient eus d'un premier lit, encore que l'union postérieure de leur père et de leur mère les eût mis dans la position de beau-frère et de belle-sœur, et leur eût même donné des frères et des sœurs communs (Inst., tit. 10, § 8; — l. 34, § 2, D., h. t.). En effet, nous l'avons déjà dit, l'affinité qui causait empêchement au mariage était toujours un lien qui se rattachait directement à l'un ou à l'autre des époux.

§ 6. *Empêchement résultant de l'honnêteté publique.* — Dans le même ordre d'idées, nous rencontrons une dernière cause d'empêchement au mariage, que l'on désignait sous le nom de conventions ou d'honnêteté publique.

En effet, outre les empêchements que nous venons d'examiner, la coutume introduisit encore certaines prohibitions par

respect pour la morale; et bien qu'il n'y eût au fond ni parenté, ni alliance entre les deux parties : « C'est que dans toute union, nous dit Modestin, il faut prendre en considération non-seulement ce qui est permis, mais encore ce qui est honnête (l. 42, D., h. t.; — l. 197, D., *De reg. jur.*). Or, Paul ajoute que « tout ce qui est permis en droit n'est pas honnête. » (L. 144, D., *De reg. jur.*)

C'est pourquoi une personne ne pouvait jamais épouser l'enfant qu'avait eu son conjoint, même après leur divorce.

De même l'adopté émancipé ne pouvait épouser la femme divorcée de l'adoptant, ni celui-ci la femme divorcée de l'adopté. Sans doute, il n'y avait plus de parenté; cependant l'une tenait encore, pour ainsi dire, lieu à l'adopté de belle-mère, et l'autre était toujours en quelque sorte la bru de l'adoptant (l. 14, *præ.*, et § 1, D., h. t.). Mais rien ne m'empêchait d'épouser la femme que mon père adoptif avait répudiée avant mon adoption, car je n'avais jamais été son beau-fils. (L. 12, *præ.*, D., h. t.)

Par la même raison de convenances, je ne puis épouser ni la mère ni la tante maternelle de mon père adoptif, bien que je ne leur sois ni parent ni allié; le lien moral qui me rattache à elles ne me le permet pas. Au reste, sitôt que mon émancipation l'a fait disparaître, je deviens complètement étranger à ces personnes, et le mariage m'est permis avec elles (l. 55, D., § 1, h. t.). Pothier néanmoins, se fondant sur la loi 23, D., *De adopt.*, soutient l'avis contraire; mais nous ne saurions partager son opinion; le premier texte que nous venons de citer ne nous semble pas permettre de doute à cet égard.

Les fiançailles formaient encore un empêchement de convenances au mariage : et le père ne pouvait pas plus épouser la fiancée de son fils, que celui-ci la fiancée de son père. (L. 12, § 1 et 2. — L. 14, § 4 *in fin.*, D., h. t.)

Enfin, l'honnêteté publique s'opposait également, en thèse générale, au mariage d'un affranchi avec sa patronne, ou avec la femme, la fille ou la petite-fille de son patron (l. 62, § 1, D., h. t.; — l. 3, C., *De nupt.*). Mais la réciproque n'était pas vraie, et un patron pouvait en principe épouser son affranchie. (l. 15 et 26, C., *De nupt.*)

§ 7. *Empêchement résultant de l'autorité.* — Nous arrivons main-

tenant aux empêchements particuliers aux mœurs et au droit civil des Romains. Le premier résultait de l'autorité. Cette autorité pouvait être, si j'ose ainsi parler, ou domestique ou administrative; c'est-à-dire qu'elle pouvait s'exercer ou sur une seule personne ou sur une masse d'individus. Dans les deux cas, elle formait également un obstacle temporaire au mariage. Examinons successivement chacune de ces hypothèses.

1^o Les femmes, nous l'avons dit, restèrent longtemps, à Rome, en tutelle perpétuelle. Lorsque cette institution disparut, la loi permit de leur donner un curateur pour toutes leurs affaires jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. L'influence de ce curateur devait sans doute être bien grande; néanmoins il fallait qu'un singulier et déplorable esprit de cupidité régnât dans les habitudes de la vie pour qu'on y trouvât la cause d'un empêchement au mariage.

Ce fut pourtant ce qui arriva. Un sénatus-consulte de Marc-Aurèle et de Commode défendit certains mariages pour cause de tutelle ou de curatelle. (L. 36 et 60., D., h. t.)

Afin de pouvoir reconnaître tous ceux que comprenait cette prohibition, il est important de se bien pénétrer du motif qui l'amena. Le tuteur et le curateur avaient à rendre compte de leur administration; or, on craignait qu'après avoir épousé leur pupille ils n'usassent de leur influence pour lui faire accepter un compte infidèle, ou pour l'empêcher d'invoquer le recours extraordinaire que la loi lui accordait jusqu'à vingt-six ans. En effet, tant qu'il n'avait pas atteint cet âge, tout mineur pouvait demander qu'on mit à néant les actes consentis par lui antérieurement, et se faire ainsi réintégrer dans tous ses droits. Justinien recula même jusqu'à vingt-neuf ans ce délai de faveur, en permettant de réclamer pendant quatre années utiles après la majorité ce bénéfice exceptionnel, que les jurisconsultes appelaient *restitutio in integrum*. Seulement, grâce à l'influence qu'ils acquéraient en épousant leur pupille, il paraît que les tuteurs et curateurs parvinrent bientôt à éluder les prescriptions de la loi et à paralyser ses bonnes intentions. Ce fut pour remédier à cet inconvénient que parut le sénatus-consulte dont nous avons parlé, qui interdit rigoureusement tout mariage entre un tuteur ou curateur et sa pupille.

Ainsi donc, pour être compris dans cette prohibition, il suffisait d'être comptable pour cause de tutelle ou de curatelle, et d'être encore sous le coup de la responsabilité dont nous venons de parler. Aussi voyons-nous les différents jurisconsultes rechercher avec soin toutes les hypothèses qui peuvent présenter ces conditions, et déclarer impitoyablement, dès qu'il y a possibilité de suspecter ce genre de fraude chez le futur mari, son incapacité d'épouser la pupille. (L. 60, *præ.*, § 2, 3 et 4, D., h. t.)

C'est à peine si l'on en exemptait celui qui n'avait fait que se porter caution de la bonne administration du tuteur, et le magistrat qui, chargé de recevoir cette caution, ne s'en était point acquitté ou s'était contenté de garanties insuffisantes. (L. 60, § 1, D., h. t.)

Peu importait d'ailleurs quelle eût été la durée de la tutelle ou de la curatelle; le résultat était le même. On ne considérait pas davantage l'importance du compte à rendre, et alors même que la pupille se fût trouvée sans biens, le sénatus-consulte n'en était pas moins applicable. (L. 67, § 4 et 6, D., h. t.)

Les affranchis, les fils et petits-fils du tuteur ou curateur, qu'ils fussent légitimes ou naturels, en puissance ou non, ne pouvaient également épouser la pupille de leur père ou patron (L. 66, § 1, 59, 60, § 7, D., h. t.). Il en était de même pour les fils adoptifs jusqu'à ce qu'ils n'eussent été émancipés (L. 60, § 6, D., h. t.). Bien plus, la prohibition fut étendue jusqu'aux héritiers, même externes, du tuteur ou du curateur, parce qu'ici encore la même crainte pouvait exister. (L. 64, § 1, D., h. t.)

Réciproquement, le père ne pouvait épouser la pupille du fils qu'il avait sous son autorité; par le même motif, il suffisait que deux frères fussent soumis à la puissance de leur père pour que l'un ne pût épouser la pupille de l'autre. (L. 67, § 2, D., h. t.)

Au reste, cet empêchement n'existait que pour une pupille et pour elle seule. Un tuteur ou curateur pouvait donc donner sa fille en mariage à son pupille, et marier son fils à la fille ou à l'héritière de celle dont il avait administré les biens. Sans cela, il n'y eût pas eu de raison pour ne pas empêcher tous les débiteurs d'épouser leurs créancières. (L. 64, § 2, D., h. t. — L. 67, § 5, *id.* — L. 2 et 5, C., *De interd. mat.*)

De plus, bien entendu, cette défense générale n'était pas sans exceptions. Ainsi, quand le père de la jeune fille l'avait avant sa mort fiancée à son tuteur ou à l'une des personnes que nous avons énumérées, quand il la lui avait destinée, ou quand il avait déclaré dans son testament qu'il voulait ce mariage, alors il n'y avait plus à soupçonner la mauvaise foi, et la prohibition disparaissait. (L. 36 et 62, D., h. t.)

De même, lorsqu'un aïeul tuteur de sa petite-fille voulait lui faire épouser un autre de ses petits-fils soumis à sa puissance, rien ne s'opposait au mariage; l'affection détruisait, dans ce cas, toute présomption de fraude. (L. 67, § 1, D., h. t.)

2^o Le second empêchement résultant de l'autorité était celui qui formait obstacle au mariage du gouverneur d'une province avec une personne soumise à son administration. Cette prohibition tenait exclusivement aux mœurs et à la politique romaines. Outre la crainte de l'influence extrême et de l'espèce de pression que ces hommes pouvaient exercer dans des pays où l'obéissance passive était exigée, la loi redoutait aussi sans doute qu'en s'unissant aux plus puissantes familles ils ne se formassent ainsi dans leur province un véritable parti, une sorte de souveraineté indépendante. Ce fut pour parer à ce double danger qu'on leur interdit tout mariage avec une personne soumise à leur autorité (l. 38, D., h. t.). Ce texte semble même dire qu'il suffisait que la jeune fille fût née dans la province, sans se préoccuper de savoir si elle y habitait; mais la raison nous dit assez que, pour être compris dans la défense, le lieu de la naissance était indifférent, et qu'il suffisait, au contraire, qu'on fût domicilié dans la province. Au surplus, la loi 190, D., *De verb. signif.*, confirme cette opinion.

Le danger étant le même pour les fils, la prohibition leur fut appliquée, mais on ne l'étendit jamais jusqu'aux filles. (L. 57, *præ.*, 38, § 2, D., h. t.)

Du reste, le gouverneur d'une province pouvait se fiancer avec une de ses administrées, et après avoir déposé ses fonctions, rien ne l'empêchait de l'épouser; mais alors elle était libre de renoncer à ce mariage auquel elle ne s'était peut-être engagée que par crainte, et on en vint même jusqu'à lui permettre de retirer sa

parole, sans lui faire supporter aucune des peines pécuniaires infligées à ceux qui rompaient sans motif légal le contrat de fiançailles (l. 38, D., h. t. ; — l. 1, C., *Si rector.*). Ceci nous prouve que la prohibition n'était que temporaire; dès que sa charge lui avait été retirée, l'administrateur pouvait librement se marier avec une femme de son ancienne province. A l'instant même aussi, toute union antérieure fût devenue légitime. (l. 65, § 1, D., h. t. ; — l. 6, C., *De nupt.*)

Il est évident qu'ici, comme au cas de tutelle, la loi n'annulait jamais le mariage contracté avant l'entrée en fonctions. (l. 38, § 1, D., h. t.)

§ 8. *Empêchement résultant de l'inégalité de condition.* — Le droit civil romain voyait encore un dernier empêchement au mariage dans l'inégalité de condition. Les institutions aristocratiques qui contribuèrent si puissamment au développement de Rome firent interdire dès le principe le mariage des ingénus avec les affranchis, des patriciens avec les plébéiens. La loi des XII Tables consacra également ces deux prohibitions. Mais la seconde ne tarda pas à disparaître à l'instigation du tribun du peuple Canuleius, qui la fit supprimer vers l'année 310. La première fut maintenue jusqu'aux lois Julia et Papia Poppæa, promulguées sous Auguste. Arrêtons-nous un instant sur ces lois Pappiennes qui jouèrent un rôle si important dans la législation du mariage; et pour les mieux comprendre, efforçons-nous d'en constater les causes.

Les guerres extérieures et surtout les guerres civiles avaient fini par épuiser le peuple romain. Le nombre des habitants avait beaucoup diminué dans tout l'empire. La dépopulation prenait des proportions effrayantes.

Une autre cause de cette diminution si rapide des hommes libres et ingénus, c'était la corruption des mœurs, qui avait relâché peu à peu tous les liens sociaux. Le mariage était abandonné et méprisé. Il fallait donc relever cette institution, véritable source de la famille. Pour arriver à ce but, le Sénat, les censeurs, César lui-même, avaient porté divers règlements qui tous demeurèrent impuissants. Ce fut alors qu'Auguste fit paraître cette fameuse loi, ou plutôt ce recueil de lois que l'on appelle indistinctement de son nom lois Juliennes, ou Pappiennes du nom

des consuls sous lesquels elles furent portées, ou enfin Caducaires à cause de leurs effets. Pour porter les citoyens au mariage, le législateur eut recours à un premier moyen en rapport avec les mœurs, mais qui en atteste la profonde dégradation ; il s'adressa à la cupidité. Toute personne célibataire était frappée d'une incapacité totale de recueillir une succession ou un legs. Toute personne mariée, mais qui n'avait pas d'enfants, était frappée d'une incapacité partielle. Au contraire, il accordait de très-nombreux privilèges à tout individu qui avait des enfants légitimes, et proportionnellement au nombre qu'il en avait. Un autre chef de cette loi imposait au père l'obligation de doter et de marier ses enfants (ch. 35^e, l. 19, D., h. t.) Enfin, pour faciliter les mariages, Auguste étendit encore le *jus connubii*, en permettant à tous les ingénus non sénateurs d'épouser des affranchies. Il ne resta plus qu'un petit nombre de personnes avec lesquelles le mariage leur fût encore interdit. La loi 43, D., h. t., nous en fait l'énumération. Ainsi, ils ne pouvaient se marier ni avec une entremetteuse, ni avec son affranchie, ni avec une comédienne, ni avec une femme surprise en adultère ou condamnée comme telle ; à plus forte raison leur était-il défendu d'épouser toute femme qui, ostensiblement ou non, dans un lieu honteux ou ailleurs, avait fait métier de son infamie.

Sans entrer ici dans des détails, et sans prendre soin comme le fait le Digeste de donner exactement la définition de chacun de ces termes, qu'il nous suffise d'ajouter que le droit païen était impitoyable, et qu'il n'y avait jamais pour une femme flétrie par un de ces motifs la possibilité de se relever un jour. La cessation de cette vie ne pouvait en effacer la souillure. (L. 43, § 4, D., h. t.)

Relativement aux sénateurs et à tous leurs descendants par les mâles, ces prohibitions étaient plus étendues. Outre les empêchements que nous venons d'indiquer et qui naturellement leur étaient communs avec tous les autres ingénus, ils ne pouvaient épouser, comme nous l'avons dit, aucune affranchie (l. 23, D., h. t.). Le mariage leur était également défendu avec la fille légitime, naturelle ou adoptive, d'un ou d'une comédienne, et réciproquement. (L. 44, *præ*, et § 1.)

Au reste, bien entendu, quand un individu devenait sénateur,

la loi ne pouvait annuler le mariage qu'il avait valablement contracté comme plébéen. De même, le changement de profession du père de votre femme ne pouvait influer en rien sur votre position. Enfin, il est évident que la perte de la dignité de sénateur enlevait tous ces obstacles. (L. 28, C., *De nupt.*; — 44, § 5 et 6; — 27, D., h. t.)

Primitivement, les lois Julia et Papia Poppæa n'annulaient pas le mariage contracté en fraude de leurs dispositions; elles punissaient simplement les époux. Ce fut un sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle qui déclara la nullité absolue de toutes ces unions. (L. 16, *præ.*, 42, § 1, D., h. t.)

Constantin confirma ces prohibitions; il les étendit même aux personnes illustres, et déclara infâmes tous ceux qui y contreviendraient (l. 1, C., *De natur. lib.*). Les empereurs Justin et Justinien furent les premiers qui en diminuèrent les rigueurs. Ce dernier finit même par permettre indistinctement tout mariage entre personnes libres, pourvu que l'on rédigeât un acte dotal, si le mari était illustre. (N. 117, ch. 4.)

Nous en avons fini avec les divers empêchements au mariage. Ce n'est pas que nous les ayons tous indiqués. En effet, dans la dernière période du droit romain, sous Justinien et ses successeurs, on voit apparaître successivement de nouvelles prohibitions; mais en général elles n'ont point passé dans notre législation, et d'ailleurs plusieurs d'entrè elles n'étaient sanctionnées que par des peines très-rigoureuses édictées contre les époux. Nous n'en parlerons donc pas.

Toutefois, il nous reste une dernière question à examiner relativement au mariage romain. Comment ce mariage était-il célébré? Y avait-il à Rome quelque solennité civile ou religieuse qui fût le point de départ forcé du mariage? ou bien le seul consentement suffisait-il pour le former?

Chez tous les peuples en général, et surtout à leur origine, l'histoire nous montre presque toujours des fêtes et des réjouissances destinées à accompagner les principaux actes de la vie. C'est un moyen d'en faire comprendre aux parties toute la gravité, toute l'importance. De plus, comme chacun de ces actes

amène un changement dans la situation de l'homme et lui impose des devoirs nouveaux, les cérémonies extérieures sont une manière ingénieuse de rappeler ces devoirs, en formant pour ainsi dire une sorte de prédication symbolique. Il en fut de même pour le mariage chez le peuple romain. Pendant plusieurs siècles, diverses pratiques religieuses ou profanes accompagnèrent l'union des époux. En l'absence de toute espèce de textes, il serait difficile de dire si elles furent jamais une condition essentielle de son existence : nous n'oserions l'affirmer positivement. Nous avons déjà parlé de la confarréation, de la coemption et de l'usage, qui précédaient, accompagnaient ou suivaient le mariage. Nécessaires pour fonder le pouvoir marital, elles ne le furent jamais pour la formation même du lien conjugal. Ce qu'il y a de certain, c'est que la plupart de ces cérémonies disparurent peu à peu ; et la loi 22, C., *De nuptiis*, nous dit formellement que celles qui se maintinrent en usage n'étaient regardées que comme accessoires, et ne formaient nullement une condition indispensable à la validité du mariage. Les lois 9 et 13 du même titre déclarent également qu'il n'y avait pas besoin d'un écrit nuptial, et que toute espèce de preuve était suffisante pour en démontrer l'existence. Mais, du moins, fallait-il qu'il y eût cohabitation ? Pas davantage ; et c'est alors que nous voyons tous les juriconsultes répéter à l'envi que c'est le consentement et non la cohabitation qui fait le mariage : *nuptias non concubitus sed consensus facit.* (L. 30, D., *De reg. jur.*)

A la vue de ces textes si clairs et si précis, il semble donc bien permis d'affirmer qu'en effet, dans la législation romaine, le mariage résultait du seul consentement. Cependant, cette opinion a été contestée.

Se fondant sur des textes plus ou moins mutilés, M. Ortolan a soutenu que le mariage, à Rome, était un contrat réel, et qu'en outre du consentement des parties il fallait encore une tradition de la femme.

Suivant nous, nous l'avons déjà dit, le mariage chez le peuple romain était plus qu'un contrat : c'était une union, c'était l'association de la femme au sort de son mari. Aucun juriconsulte ne le définit autrement. Son but, d'ailleurs, est infiniment plus noble et plus élevé que celui de tous les simples contrats destinés

uniquement à régler des rapports pécuniaires. Cette seule observation suffit pour nous démontrer qu'on ne saurait lui appliquer les mêmes principes, et que ce n'est point parmi eux que l'on doit rechercher des analogies pour reconnaître comment il se formait. Néanmoins, si nous avons besoin d'une comparaison, ne la trouverions-nous pas dans les contrats consensuels, bien plutôt que dans tous les autres? Les motifs qui avaient porté le législateur à se contenter, dans certains cas, du simple consentement, n'existent-ils pas ici mille fois plus puissants que pour la vente, le louage, le mandat ou la société? Ne voyons-nous pas d'ailleurs le seul jurisconsulte peut-être qui ose comparer un contrat ordinaire, le contrat d'hypothèque, avec le mariage, nous dire qu'ils étaient l'un comme l'autre également consensuels? (G., l. 4, D., *De pign. et hyp.*)

Cependant, examinons l'opinion contraire, et voyons les raisons sur lesquelles elle se fonde. Peu importe, a-t-on soin de dire d'abord, la manière dont la tradition est faite : il faut entendre le mot largement ; on livrait un champ par cela seul que le vendeur, le montrant à l'acheteur, le mettait à sa disposition. C'était une tradition qui se faisait par les yeux et intentionnellement, comme nous disent les textes (l. 1, § 21, *De adq. vel amit. poss.*). Eh bien, ajoute-t-on, il en était de même pour le mariage : c'était aussi un contrat réel ; seulement, la tradition de la femme se faisait par intention pure et simple quand les deux parties étaient en présence. La *deductio*, c'est-à-dire la conduite solennelle de la femme dans la maison de son mari, n'était exigée que quand ils étaient séparés l'un de l'autre. Pour justifier ce système, on cite une loi de Pomponius, qu'on dit inexplicable si l'on n'admet pas cette nécessité de la tradition de la femme. « Un homme absent, » dit ce jurisconsulte, peut épouser une femme par lettre ou par « messenger, pourvu qu'elle soit conduite à la maison de son mari ; « mais une femme absente ne peut se marier de cette façon, car « il faut qu'elle soit conduite non dans sa maison, mais dans la « maison du mari, qui est la maison conjugale. » (l. 5, D., *De rit. nupt.*) Quant à nous, pour arriver à l'intelligence de ce texte, il nous semble qu'il suffit de se reporter au sens primitif de cette expression *ducere uxorem*. Il est possible, nous l'avons déjà dit,

que dans le principe cette déduction de la femme aît été regardée comme nécessaire à la formation du mariage; et c'est sans doute à cause de cela que ces deux expressions : se marier et conduire une épouse (*ducere uxorem*), furent peu à peu considérées comme synonymes. Il est évident qu'alors une femme absente ne pouvait se marier, puisqu'elle ne pouvait être conduite dans la maison de son mari. Cela posé, ne pouvons-nous pas dire que la déduction de la femme, exigée par Pomponius, était un reste de cette application rigoureuse de cette vieille coutume? Et n'est-il pas permis de croire qu'en supprimant la nécessité de cette cérémonie, les jurisconsultes aient maintenu cependant la prohibition que cette formalité avait fait naître? D'ailleurs, Scœvola nous dit positivement que cette déduction de la femme n'était nullement indispensable à la formation du mariage (l. 66, *De donat. int. vir. et ux.*). Qu'importe, après cela, les quelques objections plus ou moins fondées que l'on peut tirer de deux ou trois textes, quand il y en a tant d'autres qui ne présentent aucune obscurité et qui s'accordent tous à reconnaître qu'il suffisait du consentement pour que le mariage fût légalement formé.

D'après tout ce qui précède, on voit que les Romains n'avaient jamais cherché à faire du mariage un acte public; jamais ils n'avaient pensé à exiger l'intervention du pouvoir social qui, par son représentant, eût pris une part active à sa formation. Le mariage était toujours demeuré un acte ou plutôt un état particulier, l'union de l'homme et de la femme, dont on prouvait l'existence par toute espèce de moyens. Aucun écrit n'était exigé pour constater sa célébration, aucune cérémonie n'était nécessaire à sa validité, et du moment que le consentement avait été donné, les deux parties pouvaient prendre le titre d'époux, leur mariage était légalement formé.

Il nous faut arriver jusqu'au droit canonique pour voir se développer et se formuler l'idée de la nécessité d'une célébration solennelle du mariage, pour la voir devenir une condition légale de son existence et de sa validité.

DROIT FRANÇAIS.

Du Mariage dans notre ancienne législation.

Quand l'empire romain s'éroula en Occident, quand la société ancienne disparut, une société nouvelle composée d'éléments multiples surgit et se développa au milieu de bouleversements sans nombre. L'Église, si j'ose ainsi parler, se chargea de son éducation. Seule gardienne des débris de la civilisation antique, mais avant tout propagatrice d'une doctrine nouvelle et divine, elle dirigea et forma cette société naissante; elle la dota d'institutions inconnues jusqu'alors, et quant à celles qu'elle lui transmit de l'antiquité, elle ne les lui donna que purifiées et rajeunies par les principes sacrés dont elle était dépositaire. C'est ainsi, pour nous restreindre au sujet qui nous occupe, qu'elle épura et releva le mariage en faisant disparaître le concubinat et le divorce. D'un autre côté, elle compléta son œuvre en proclamant après son divin fondateur que le mariage était un sacrement, que toute autre union était criminelle et défendue, et enfin que ce sacrement était accessible à tous. Quel contraste frappant avec les théories si exclusives du droit romain! Quel immense et véritable progrès! Après cela, peut-on s'étonner que le droit de l'Église, du moins sur ce point, soit demeuré pendant tant de siècles le droit de la société civile elle-même? Toutefois, nous devons le constater, bien que dans notre législation jusqu'en

1789, le mariage religieux fût en même temps le mariage civil, les Parlements ne reconnaissaient point absolument toutes les règles du droit canonique. Jurisconsultes et magistrats déclaraient hautement que les canons n'avaient force légale que parce que telle était la volonté du Roi, et ils ne les appliquaient que modifiés par les ordonnances, ou même par les coutumes de tel ou tel pays. Ainsi donc, ce ne sera pas toujours le droit de l'Église que nous aurons à étudier; loin de là; nous trouverons, au contraire, beaucoup de lois purement civiles, et quand nous les rencontrerons, nous aurons soin d'en faire la remarque.

Conformément aux véritables principes de la morale et de la raison, notre droit ancien ne permettait qu'un seul mariage. Pothier le définissait : « Un contrat revêtu des formes prescrites par
« les lois, par lequel un homme et une femme, habiles à faire
« ensemble ce contrat, s'engagent réciproquement, l'un envers
« l'autre, à demeurer toute leur vie ensemble, dans l'union qui
« doit être entre un époux et une épouse. » Plusieurs conditions étaient requises pour la validité de ce contrat. Nous avons vu qu'à Rome on pouvait les classer en trois grandes catégories : la puberté, le consentement et la capacité civile de se marier. Il en était encore ainsi dans notre droit ancien; seulement, quelques-uns des empêchements qui existaient chez le peuple romain avaient disparu et avaient été remplacés par d'autres. De plus, notre législation exigeait une quatrième condition, la publicité, qui comprenait à la fois la célébration en face d'Église et la compétence du curé qui procédait au mariage. Parcourons-les successivement.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PUBERTÉ.

La première condition pour se marier était naturellement la puberté : l'Église et avec elle le droit civil avaient suivi, quant à l'âge, les dispositions romaines. Toutefois, nous voyons bientôt apparaître une exception que la raison réclamait impérieusement, et qui a aussi passé dans notre Code (art. 185). Quand l'impuberté

n'existait que chez la femme, si elle devenait enceinte avant d'avoir atteint l'âge requis, cette démonstration matérielle d'une puberté incontestable suffisait aux yeux de la loi pour valider immédiatement son mariage. Mais la réciproque n'existait pas. En effet, la grossesse de la femme ne démontre pas suffisamment que le mari soit capable d'engendrer; et, par conséquent, le mariage que ce dernier avait contracté avant d'être pubère demeurait toujours, et quoi qu'il advînt, entaché d'une cause de nullité. Cependant, quand après avoir atteint l'âge requis, les deux époux avaient continué de vivre comme mari et femme, ce nouveau consentement pouvait, dans certains cas, valider leur union. Les magistrats avaient alors la faculté de décider en fait s'il y avait eu ou non une ratification tacite suffisante pour effacer la cause de nullité. Mais il n'existait pas, comme dans notre droit actuel, un délai précis après lequel on ne pouvait plus attaquer ce mariage. Tout était abandonné à la sagesse et à la prudence des tribunaux.

L'impuissance formait également un obstacle à la validité du mariage, aussi bien et par les mêmes raisons que le défaut de puberté; mais il fallait qu'elle fût antérieure à ce mariage, perpétuelle et incurable.

Quant à la vieillesse, elle n'était jamais un empêchement. Le désir de partager et de supporter en commun toutes les misères et les infirmités de la vie était un motif bien suffisant pour que la loi civile comme la loi religieuse permit de se marier à tout âge.

CHAPITRE II.

DU CONSENTEMENT.

§ 1. *Du consentement des parties.* — Tout mariage étant un contrat, c'est-à-dire l'accord de deux volontés sur un même point, il est évident qu'il ne peut exister sans le consentement des parties. Pour être valable, ce consentement devait être libre, sain et suffisamment éclairé.

Ainsi, une personne entièrement privée de l'usage de la raison, que ce fût par suite d'imbécillité ou de démence, ne pouvait léga-

lement contracter mariage. Néanmoins, on ne lui refusait pas le droit de se marier dans un intervalle lucide. L'Église ne regardait point la maladie comme un obstacle à la réception du sacrement. Elle conseillait sans doute ce pénible sacrifice à ceux dont les enfants pouvaient se voir en naissant frappés d'un mal héréditaire, mais elle ne l'imposa jamais. La pratique française ne changea rien à ce droit de l'Église.

Diverses autres causes pouvaient encore vicier le consentement. En premier lieu, nous rencontrons la séduction. On a soutenu que dans l'ancien droit ce n'était point une cause de nullité par rapport aux majeurs. Cette opinion ne saurait être admise. Pothier ne dit pas cela : il met la séduction au nombre des vices du consentement, sans distinguer; seulement il ajoute que, si elle a été exercée sur une personne mineure, encore que le mariage eût été contracté après sa majorité, ce vice est dans ce cas présumé de plein droit; tandis que si l'on prétendait que la séduction n'avait été employée que vis-à-vis d'une personne majeure, il fallait alors prouver qu'elle avait été suffisante pour lui ôter sa parfaite liberté, ce qui était présumé dans le premier cas. Ainsi donc, toutes les fois qu'un individu, cédant à des manœuvres honteuses ou dans l'enivrement coupable d'un commerce illicite, avait consenti à un mariage indigne et déshonorant, le juge pouvait en prononcer la nullité, s'il regardait que le consentement n'avait pas été suffisamment libre.

A côté de cette violence morale, il y en avait une autre que Pothier mettait sur le même rang, dont il parle dans le même article, et qu'il est beaucoup plus facile de déterminer. C'est la violence proprement dite. Peu importait d'ailleurs de qui elle fût venue. Il fallait simplement que l'une des parties eût été menacée d'un danger sérieux et réel, et qu'enfin cette menace eût été injuste et contraire à la loi. Elle était présumée de plein droit en cas de rapt. Bien plus, le ravisseur ne pouvait jamais faire ratifier son mariage avec la personne qu'il avait enlevée, tant que celle-ci était en son pouvoir; il fallait pour cela qu'elle eût été rendue à sa pleine liberté. C'était une innovation qu'avait faite l'Église au droit de Justinien, reproduit dans un Capitulaire de Charlemagne.

L'article 5 de l'ordonnance de 1639 avait sur ce point admis la doctrine du Concile de Trente.

Il pouvait se faire que le consentement eût été donné librement et avec une parfaite santé d'esprit, et cependant cela ne suffisait pas toujours; il fallait encore qu'il ne fût point le résultat d'une erreur. Seulement, notre droit ancien ne reconnaissait comme suffisante pour faire annuler le mariage que l'erreur sur la personne, c'est-à-dire sur l'individu. Il n'admettait pas en principe comme cause de nullité l'erreur qui ne portait que sur les qualités, à moins que l'on eût épousé comme libre quelqu'un qui était esclave. En un mot, il fallait en général qu'il y eût substitution d'une personne à une autre. Au reste, cette expression s'entendait d'une manière très-large, et comprenait également le cas de substitution à une personne connue et à une personne inconnue, bien que dans cette dernière hypothèse l'erreur ne pût jamais porter, au fond, que sur les qualités.

Toutefois, si le consentement des parties était indispensable à la formation du lien conjugal, s'il pouvait être rendu inefficace par la folie, l'erreur, la violence ou la séduction, il n'était nullement nécessaire que les futurs époux le donnassent en personne. Chacun pouvait se marier par procureur. La loi exigeait seulement que la procuration fût spéciale; le mandataire que l'on avait choisi ne pouvait se substituer un tiers sans l'autorisation expresse de son mandant. Enfin, il fallait encore que la procuration n'eût point été révoquée avant la célébration.

§ 2. *Du consentement des père et mère et de la famille.* — A Rome, nous l'avons vu, le fils et la fille de famille ne pouvaient contracter mariage sans obtenir le consentement de tous ceux dont ils dépendaient, ou dont ils pouvaient dépendre un jour eux ou leurs enfants. Cette nécessité tenait exclusivement à l'organisation même de la famille romaine. Jamais le législateur n'avait considéré cette formalité comme une marque de déférence et de piété filiale, encore moins comme un moyen de protéger les enfants contre les imprudences et les entraînements du jeune âge. Un motif politique l'avait seul déterminé à prendre cette mesure.

L'Église ne fit jamais de ce consentement une condition de validité du mariage. Loin de là : dès qu'ils furent pubères, elle

permet aux enfants de se marier librement, et même malgré la volonté de leurs père et mère. Ce n'est pas à coup sûr qu'elle leur prêchât l'insubordination; elle seule au contraire releva la famille, elle seule en défendit toujours les principes essentiels et fondamentaux; mais c'est qu'à ses yeux le mariage est par excellence un acte de droit naturel, c'est avant tout un sacrement, un sacrement accessible à chacun, et dont la volonté de personne ne doit pouvoir empêcher la réception. Le Concile de Trente déclara donc formellement que rien ne viciait au point de vue religieux les mariages contractés par les mineurs sans le consentement de leurs parents. Mais, on le sait, toutes les décisions de ce Concile ne furent jamais admises par la jurisprudence des Parlements. Et c'est alors que nous voyons apparaître, relativement au mariage, un droit civil tout différent du droit canonique.

Un premier édit, rendu sous Henri II, en 1556, imposa aux fils mineurs de trente ans et aux filles mineures de vingt-cinq ans l'obligation d'obtenir, avant de se marier, l'assentiment de leurs parents. Les motifs énoncés dans le préambule de cet édit nous en indiquent clairement le sens et la portée : « Des plaintes
« sont faites journellement au Roi sur des mariages que des en-
« fants contractent contre le vouloir et consentement de leurs
« père et mère, n'ayant aucunement devant les yeux la crainte
« de Dieu, l'honneur, révérence et obéissance qu'ils doivent à
« leurs susdits parents. » Le Roi veut donc, par une peine temporelle, arrêter ceux que ne détournent pas du mal ces considérations, et, avec une admirable logique qui l'empêche d'aller plus loin que ne le comportait le but poursuivi, il décide que les père et mère pourront exhériter les enfants qui auraient ainsi manqué au respect filial. Il ajoute que dans ce cas les époux coupables ne pourront prétendre à aucun des avantages que leur procureraient les conventions matrimoniales ou les coutumes et lois du royaume. Ici Pothier fait remarquer avec soin que cette peine n'avait lieu qu'en cas d'exhérédation; « car la loi n'étant faite
« que pour venger les père et mère, lorsque ceux-ci veulent bien
« pardonner, la loi doit pardonner aussi. »

Henri III confirma cet édit de son père par l'ordonnance de

Blois, rendue en 1579. Mais il paraît que le remède était insuffisant pour combattre le mal. En effet, cinquante ans après, dans le préambule de la Déclaration du 26 novembre 1639, le roi Louis XIII déplore encore le nombre des mariages contractés sans le consentement des parents, et l'impuissance des ordonnances qui n'ont point été assez fortes pour arrêter le cours du désordre « qui a troublé tant de familles et flétri leur honneur par des « alliances inégales, et souvent honteuses et infâmes. » En conséquence, tout en réduisant à vingt-cinq ans l'âge de la majorité quant au mariage pour les fils comme pour les filles, il ajoute de nouvelles peines à celles édictées par ses prédécesseurs. Cependant, bien que ces peines eussent pour effet de priver de tous effets civils les unions contractées au mépris de ces ordonnances, aucune disposition légale n'en prononçait positivement la nullité.

Quoi qu'il en soit, les Parlements n'hésitèrent point à la déclarer. Trouvant en cela un moyen de consolider et de maintenir l'organisation aristocratique de la société, ils proclamèrent hautement la nullité de ces mariages, et consacèrent ainsi, par leur jurisprudence, un principe entièrement opposé au droit de l'Église et aux coutumes antérieures.

En cas d'absence, en cas de retraite à l'étranger, en cas de mort naturelle ou civile du père ou de la mère, le mineur devait obtenir le consentement de l'époux présent ou survivant. Lorsque c'était la mère, il fallait de plus qu'on consultât la famille. Néanmoins, quelques arrêts avaient permis à des mineurs de se passer du consentement paternel, quand il leur était injustement refusé.

A défaut du père et de la mère, c'était le tuteur qui devait consentir au mariage, après avoir préalablement recueilli l'avis de la famille. Le juge pouvait même autoriser le mineur à se marier malgré son tuteur, si les proches parents n'y voyaient pas d'obstacles.

Il est inutile de remarquer que les enfants naturels n'avaient point à requérir l'assentiment de leurs père et mère, puisque ces derniers n'avaient pas la puissance paternelle; seulement, tant que les enfants étaient mineurs, on leur désignait un tuteur *ad hoc* qui devait consentir à leur mariage.

CHAPITRE III.

DE LA CAPACITÉ CIVILE DE SE MARIER.

La troisième condition requise chez les futurs époux, c'est qu'ils aient la capacité légale de se prendre pour mari et femme. Dans notre ancienne législation, comme dans le droit romain, plusieurs causes pouvaient leur enlever cette capacité. Les unes étaient absolues, les autres relatives. Toutes tiraient leur origine des lois ecclésiastiques. Examinons rapidement chacune d'elles.

§ 1. — On ne pouvait se marier tant qu'on était dans les liens d'un précédent mariage : il fallait qu'il eût été rompu par la mort de l'un des époux. L'absence de l'un des conjoints, quelque prolongée qu'elle fût, ne permettait jamais à l'autre de contracter une nouvelle union, à moins qu'il ne se fût écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, parce qu'alors il était présumé mort. On voit que le droit canonique avait persévéré dans la voie où était entré Justinien, en rendant le mariage de plus en plus difficile.

§ 2. — Les Ordres sacrés et les vœux solennels de religion formaient encore un obstacle absolu au mariage. Il est probable que dans les premiers siècles de l'Église ces empêchements n'étaient que prohibitifs. Ce fut le Concile de Latran, en 1139, qui le premier les déclara dirimants. Quatre cents ans après, celui de Trente confirma cette doctrine. La puissance séculière l'adopta également. Seulement les Parlements exigeaient que la profession eût été expresse et formelle, c'est-à-dire publique, et constatée sur un registre signé de celui qui faisait les vœux. De plus, il fallait que ces vœux eussent été faits dans un Ordre religieux reconnu comme tel par les lois du royaume.

§ 3. — La parenté jusqu'à certaines limites était aussi une cause de non validité du mariage. Toutefois, dans sa manière de compter les degrés, le droit canon n'admettait pas en tout le système du droit romain et de notre droit moderne. Ceci demande de notre part quelques explications.

En ligne directe, le mode de compter était toujours le même.

Entre deux parents descendant l'un de l'autre, il y avait autant de degrés que de générations.

En ligne collatérale, c'était tout différent.

Chez nous, comme autrefois à Rome, quand on veut connaître le degré de parenté de deux collatéraux, on part de l'un et de l'autre pour remonter jusqu'à l'auteur commun; on compte les générations dans chacune de ces lignes, et en additionnant les deux chiffres on obtient le nombre des degrés qui séparent ces deux parents. Le droit canonique procède différemment. Bien qu'il y ait deux lignes, il ne compte jamais les degrés que dans une seule. Si le nombre des générations est égal dans chacune de ces lignes, pas de difficulté; ainsi le frère et la sœur sont au premier degré: si ce nombre est inégal, alors le droit canon désigne le degré de parenté par le nombre de générations de la ligne qui en contient le plus. Suivant lui, l'oncle et la nièce sont au deuxième degré.

Notre droit ancien avait admis cette manière de compter du droit ecclésiastique.

En ligne directe, la parenté, à quelque degré qu'elle fût, était toujours un empêchement au mariage.

En ligne collatérale, le mariage était prohibé entre deux parents au premier degré, c'est-à-dire entre le frère et la sœur; de même au second degré, entre l'oncle et la nièce, le cousin germain et la cousine germaine. Ce dernier mariage entre cousins, défendu par Théodose dans toute l'étendue de l'empire, avait été de nouveau permis en Orient, et nous avons vu que tel était encore le droit de Justinien. Mais en Occident, l'empêchement avait été maintenu, et l'Église l'avait adopté. Elle alla même beaucoup plus loin, puisqu'à une certaine époque, sous le pape Alexandre II, en 1061, la prohibition fut étendue jusqu'aux parents du septième degré, c'est-à-dire, d'après notre droit actuel, jusqu'aux parents des treizième et quatorzième degrés.

Le second Concile de Latran, tenu en 1215, restreignit cette défense et la limita au quatrième degré inclusivement.

Néanmoins, lorsque de deux parents collatéraux l'un d'eux n'était qu'au premier degré de l'auteur commun, bien que l'autre fût, par rapport à lui, au cinquième ou sixième degré canonique,

en dehors de la parenté l'honnêteté publique, nous dit Pothier, formait encore obstacle à leur mariage, parce que l'oncle et la tante tiennent pour ainsi dire lieu de père et de mère aux descendants de leurs frères et sœurs. Ils sont vis-à-vis d'eux *parentum loco*, et cela suffisait pour empêcher le mariage.

Au surplus, il était insignifiant que la parenté fût ou non légitime. C'était le lien du sang qui formait l'empêchement, et il existait dans un cas aussi bien que dans l'autre.

§ 4. — L'alliance ou affinité enlevait aussi à certaines personnes la faculté de se marier entre elles. On appelle ainsi le lien qui unit un conjoint aux parents de l'autre. En ligne directe, ce lien produisait un empêchement aussi étendu que celui de la parenté; en ligne collatérale, défendu déjà à la fin de l'empire romain entre beau-frère et belle-sœur, le mariage finit par l'être également entre alliés comme entre parents au quatrième degré inclusivement.

Outre cette affinité et deux autres espèces dont nous ne parlerons pas, puisque le Concile de Latran en avait abrogé les conséquences relativement au mariage, il y en avait encore une quatrième qui résultait d'une union illicite entre deux personnes, et qui unissait comme la première l'une d'elles avec les parents de l'autre. Seulement, dans ce cas, on bornait l'empêchement au deuxième degré. De plus, il fallait que le commerce qui la faisait naître eût été notoirement connu.

§ 5. — Nous avons vu qu'à Rome l'honnêteté publique formait aussi obstacle à certains mariages. Il en était de même dans notre ancienne législation. Nous en avons déjà rencontré un exemple; nous pourrions en citer plusieurs autres. Sans entrer dans des détails, qu'il nous suffise de dire que, d'après le droit ancien, un individu ne pouvait épouser la fiancée de son père ou celle de son frère; par le même motif, un beau-père ne pouvait épouser la veuve de son beau-fils. Dans l'un et l'autre cas, la réciproque était également vraie.

§ 6. — Un empêchement tout nouveau, et dont le principe était exclusivement religieux, existait encore dans le droit canonique. Nous voulons parler de celui qui résultait de l'alliance spirituelle. Nous en trouvons le germe dans une Constitution de Justinien :

l'Église, peu à peu, l'avait développé en interdisant le mariage d'un enfant et de ses père et mère avec son parrain, sa marraine, ou celui qui l'avait baptisé.

§ 7. — Enfin, deux autres causes pouvaient aussi s'opposer à certains mariages : c'étaient le meurtre et l'adultère. Une personne condamnée pour adultère perdait à jamais la faculté d'épouser son complice, si, au moment du crime, il y avait eu entre les deux coupables promesse réciproque de s'épouser après la dissolution du premier mariage. De même, l'un des époux ne pouvait épouser le meurtrier de l'autre s'il avait consenti à ce meurtre, ou même si, sans y avoir consenti, il avait commis un adultère avec ce meurtrier, bien qu'ils ne se fussent point promis de s'épouser. Dans l'une et l'autre hypothèse, la tentative était insuffisante pour produire ces effets; il fallait que le crime eût été consommé.

§ 8. — Quant à la diversité de religion, le droit canonique n'en faisait pas un empêchement au mariage. Ce fut Louis XIV qui le premier, en 1680, proscrivit toute union entre des catholiques et des hérétiques. Au reste, quand, cinq années plus tard, il eut révoqué l'édit de Nantes, cette prohibition n'eut plus de raison d'être, et cessa par conséquent de recevoir son application.

Parmi toutes ces prohibitions que nous venons d'énumérer, plusieurs n'ont point passé dans notre Code. Pour quelques-unes d'entre elles, leur incontestable moralité permet de regretter qu'elles n'y soient point reproduites.

Au reste, toutes ces prohibitions n'avaient pas la même énergie; beaucoup pouvaient être levées par dispenses. C'est ainsi que l'on en obtenait, suivant la gravité des motifs, pour tous les empêchements résultant de la parenté collatérale, sauf entre frère et sœur; et pour tous ceux résultant de l'affinité, quand elle n'était pas en ligne directe.

L'autorité ecclésiastique accordait également des dispenses pour l'empêchement résultant des fiançailles ou de la parenté spirituelle. Au cas d'adultère, il n'y avait jamais de dispense préalable; seulement si le mariage avait été célébré, un bref du Pape pouvait le valider. Le Pape seul pouvait aussi lever l'obstacle qu'avaient fait naître les vœux solennels de religion ou les Ordres

sacrés; mais il ne le faisait que très-rarement, et lorsqu'il s'agissait du bien évident de l'État.

CHAPITRE IV.

DE LA PUBLICITÉ.

Quand il n'existait aucun des empêchements dont nous venons de parler, ou du moins quand on en avait obtenu dispense, on pouvait alors procéder à la célébration du mariage. Il était possible cependant que d'autres empêchements s'opposassent encore à cette célébration; on les appelait *prohibitifs*; mais comme leur nature est telle que, s'ils sont violés, le mariage n'en demeure pas moins valable et maintenu, nous n'avons pas à nous en occuper. Voyons donc tout de suite ce que l'Église et la loi entendaient par cette célébration, et quelles étaient les conditions requises pour sa validité.

Dans les premiers siècles de l'ère chrétienne, bien que la grande majorité des époux eût admis le pieux usage de faire consacrer leur union par les ministres de la religion, nous ne rencontrons aucun texte qui fit de cette bénédiction une formalité essentielle à l'existence ou même à la validité du mariage. Dans le droit canonique comme dans le droit romain, le consentement des parties était seul exigé pour la formation du lien conjugal; du moment qu'il était donné, que ce fût publiquement ou non, peu importe, le sacrement était reçu, le mariage formé, et l'on en prouvait l'existence par tous les moyens possibles.

Cela entraînait parfois de graves inconvénients. Peu à peu, en effet, on s'écarta de cette sainte pratique: les mariages secrets se multiplièrent. Or, comment l'Église eût-elle pu maintenir l'indissolubilité de ces unions qui lui étaient cachées? comment d'ailleurs prévenir la violation des règles qui défendaient à certaines personnes de s'épouser? Ce fut alors que le Concile de Trente, pour remédier à ces abus, fit une condition essentielle de la publicité du mariage. Déjà antérieurement le Concile de Latran, ainsi que plusieurs autres, avaient énergiquement blâmé les unions clan-

destines. Aucun d'eux néanmoins n'avait été jusqu'à les regarder comme entachées d'une cause de nullité. Tous, au contraire, en reconnaissaient la parfaite validité. Ce fut le Concile de Trente qui le premier les déclara nulles et sans effet. « *Qui aliter, quam*
« *præsente parochò vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarij*
« *licentiâ, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere at-*
« *tentabunt, eos Sancta Synodus ad sic contrahendum matrimonium*
« *omnino inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et nullos*
« *esse decernit.* »

Ainsi donc, à partir de cette époque, le droit canonique exigea la publicité comme condition nécessaire à la validité du mariage. Cette condition, unique au fond, était double dans la forme. Il fallait en effet que le mariage fût précédé de trois bans ou publications faites au prône de la grand'messe par le curé des parties ou son représentant, à divers intervalles; il fallait en outre qu'il fût célébré en présence du curé et de deux ou trois témoins. Conformément à la doctrine la plus généralement admise par les théologiens, l'Église se contentait et se contente encore de la simple présence du curé; elle n'y voit qu'un témoin indispensable, et qu'aucun autre ne saurait remplacer, mais dont le rôle est purement passif : ce sont les parties elles-mêmes qui sont les ministres du sacrement. Au reste, le droit canon ne regardait nullement comme essentielle la célébration dans l'église même; sans doute il était plus naturel et plus régulier de procéder de la sorte. Toutefois, du moment que le prêtre compétent y avait assisté, le mariage était formé et parfaitement valable. Peu importait aussi depuis combien de temps les futurs époux étaient les paroissiens du curé; il suffisait qu'ils le fussent au moment du mariage.

Tel était le droit nouveau introduit par le Concile de Trente, et que l'autorité ecclésiastique applique encore de nos jours. La clandestinité était une cause de nullité des mariages, et il appartenait au juge de décider en fait si elle existait ou non dans telles et telles circonstances.

Toutefois, comme cette décision du Concile ne fut jamais reçue en France, le droit qu'on y suivait était celui des ordonnances royales, qui, bien que différent sur quelques points, était du

reste généralement conforme aux prescriptions de la loi religieuse.

En effet, nos Rois, constatant de jour en jour l'immense danger des mariages clandestins, cherchèrent peu à peu à les réprimer; et pour arriver à ce but, ils reconnurent qu'ils ne pouvaient mieux faire que de s'inspirer à la même source que l'autorité ecclésiastique. C'est ainsi que nous voyons Henri III, par sa célèbre ordonnance de Blois, exiger pour la validité du mariage trois publications préalables, et une célébration solennelle en présence de quatre personnes dignes de foi. Henri IV confirma ces dispositions, qu'il fit publier de nouveau. Enfin, dans sa Déclaration de Saint-Germain-en-Laye, du 16 novembre 1639, Louis XIII en ordonne également l'application, et il ajoute sous forme d'interprétation : « Qu'à la célébration du mariage assisteront quatre témoins dignes de foi, outre le curé qui recevra le consentement des parties et les conjoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'Église. »

Pour compléter cette réforme, ces ordonnances et édits interdisaient à tous notaires, sous peines corporelles, de recevoir aucunes promesses de mariage par paroles de présent, *per verba de presenti*. De plus, on exigeait que dans chaque paroisse il fût tenu un registre commémoratif de tous les mariages. On voit quelle importance on attachait dès cette époque à tout ce qui concerne l'état civil des individus.

Constatons tout d'abord que le droit civil se montrait plus rigoureux que le droit canonique pour le nombre des témoins; au lieu de deux ou trois, ils devaient être quatre. Remarquons en outre que, d'après les ordonnances, le rôle du curé n'est plus purement passif; il devient actif, c'est lui qui célèbre le mariage. Sa compétence aussi n'est plus la même. Nous avons vu qu'aux yeux de l'Église il suffisait que les futurs époux habitassent sa paroisse au moment de la célébration du mariage. La loi civile la déterminait autrement : « Défendons à tous curés, nous dit un édit de 1697, de conjoindre en mariage autres personnes que celles qui sont leurs vrais paroissiens, demeurant actuellement et publiquement dans leur paroisse, au moins depuis six mois à l'égard de ceux qui demeureraient auparavant dans une autre

« paroisse de la même ville ou du même diocèse, ou depuis un an pour ceux qui demeureraient dans un autre diocèse. »

Au reste, l'évêque des parties pouvait aussi les marier, ou tout autre prêtre ayant la permission de l'évêque ou du curé. Si les parties habitaient deux paroisses différentes, la jurisprudence exigeait que l'un des curés, pour marier les époux, eût reçu l'autorisation de l'autre, autorisation présumée dans deux cas seulement : quand les bans avaient été publiés dans chacune des paroisses, ou quand l'évêque commun des parties les en avait dispensées.

Quant à ces expressions *célébration en face d'Église*, dont Pothier se sert pour qualifier une autre condition essentielle de la publicité, elles ne signifiaient point que le mariage dût être nécessairement célébré dans l'église même du lieu où les parties avaient leur domicile. Je n'en veux pour preuve que les mariages dits *in extremis*, dont une jurisprudence constante reconnaissait parfaitement la validité, et qui, par leur nature même, ne pouvaient être le plus souvent célébrés dans l'église. Cette locution ne voulait donc pas dire dans le temple même, mais bien en face de l'Église considérée comme corps et représentée par le curé.

Au reste, dans notre ancienne législation, l'autorité du prêtre, relativement au mariage, s'étendait beaucoup plus loin que ne s'étend aujourd'hui celle de nos officiers de l'état civil. On ne pouvait s'y soustraire en passant en pays étranger. En vain eût-on allégué que la forme des contrats se règle par la loi du lieu où ils se passent. Pothier nous dit à ce sujet que : « La célébration du mariage en face d'Église n'est pas une pure forme d'acte; c'est une obligation que nos lois imposent aux parties qui veulent contracter mariage, à laquelle les parties qui y sont sujettes ne peuvent se soustraire, en allant en fraude se marier dans un pays étranger. » (Traité du contrat de mariage, n° 363.)

Faisons en terminant une dernière remarque. Bien que le grand jurisconsulte que nous venons de citer semble faire de la compétence du curé et de la célébration en face d'Église deux conditions à part, ces deux conditions se confondaient dans la pratique pour n'en former qu'une seule, la publicité; et toutes les fois que l'on attaquait un mariage pour clandestinité, on pouvait invoquer

indistinctement ou le défaut de publications, ou la célébration hors de l'église, ou le concours d'un prêtre incompétent.

Telles étaient, d'après notre ancien droit, les conditions et formalités requises pour la validité du mariage. Cependant, par une singulière bizarrerie, la loi privait de tous effets civils certaines unions dont elle reconnaissait néanmoins l'existence. Ces unions, nous le répétons, étaient parfaitement valables, elles étaient légitimes; pendant qu'elles existaient, les époux ne pouvaient, sans crime, en contracter de nouvelles; et toutefois elles ne produisaient pas les mêmes effets que les autres; les enfants qui en provenaient étaient réputés illégitimes; la femme, après la mort de son mari, n'était point traitée comme sa veuve et n'en avait point les droits.

Ces mariages étaient : celui que contractait un mort civilement;

Celui que les époux avaient tenu secret pendant toute leur vie;

Et enfin le mariage *in extremis*, qu'une personne, ayant vécu jusque-là dans un commerce illicite, contractait à l'article de la mort avec son complice, dans l'espérance vaine de lui assurer les droits du mariage, et de légitimer ainsi les enfants issus de leur concubinage.

CHAPITRE V.

DES DEMANDES EN NULLITÉ.

Maintenant, il ne nous reste plus qu'à indiquer les personnes qui pouvaient demander la nullité d'un mariage, et à faire connaître l'autorité à laquelle elles devaient s'adresser pour arriver à ce but.

1^o Les demandes en nullité pouvaient être fondées sur ce que Pothier appelle des vices *respectifs* ou des vices *absolus*.

Les vices respectifs étaient ceux qui résultaient de la violation du droit de l'une des parties intéressées. On y comprenait toutes les causes qui pouvaient vicier le consentement des époux, le défaut de consentement des père et mère, et aussi l'impuissance qui, bien qu'elle formât un empêchement dirimant et absolu, ne nuisait en réalité qu'aux droits de l'un des conjoints. La partie

lésée pouvait seule demander la nullité du mariage. Cependant Pothier nous dit que quand un mineur s'était marié sans avoir obtenu l'assentiment de ses parents, son mariage était réputé de plein droit entaché de séduction. Il semblerait donc, au premier abord, qu'il eût pu le faire annuler aussi bien que ses père et mère; mais il n'en était rien. Toutefois, par une étrange contradiction, cet enfant, qui ne pouvait jamais demander la nullité de son mariage, pouvait parfaitement le ratifier quand il avait atteint sa majorité; et alors les Parlements ne recevaient plus les demandes en nullité du père; il ne restait à ce dernier que la faculté d'exhérer son fils.

Les vices absolus étaient ceux qui étaient produits par quelque empêchement dirimant qui se rencontrait ou dans les deux parties à la fois, tels que la parenté, l'alliance, etc., ou dans l'une d'elles seulement, tels que les Ordres sacrés et les vœux solennels de religion, ou enfin ceux qui provenaient de l'absence de quelque formalité dans la célébration. Dans ce cas, les deux parties pouvaient indistinctement attaquer le mariage. Tous ceux qui y avaient un intérêt né et actuel pouvaient également en demander l'annulation. C'est ainsi que l'époux d'une précédente union avait la faculté d'attaquer celle que son conjoint avait contractée avec une autre personne au mépris de ses droits. De même des collatéraux, et parfois de simples étrangers, pouvaient dans certaines circonstances contester la validité d'un mariage, incidemment à quelque débat pécuniaire. Mais ils n'avaient presque jamais ce droit du vivant des deux époux, parce qu'alors, en général, aucun intérêt ne les rendait recevables à intenter cette action; il fallait, en principe, que le mariage eût été dissous, et même, dans cette hypothèse, on recherchait encore tous les moyens de repousser une demande mal vue et souvent odieuse. Enfin, les procureurs royaux et fiscaux, chargés de veiller au bon ordre, devaient aussi attaquer toutes les unions dont le vice était public et dont le maintien eût été un scandale.

Au reste, il n'y avait le plus souvent aucun délai déterminé dans lequel il fût rigoureusement nécessaire d'intenter ces demandes en nullité. Les juges étaient toujours libres de décider, en fait, si le vice dont était entaché un mariage avait été couvert

oui ou non par quelque cause ou par quelque événement postérieur. Toutefois, quand deux époux avaient publiquement vécu comme tels pendant une année entière, cette publicité était regardée comme suffisante pour faire cesser le vice d'une célébration clandestine, et personne dès lors ne pouvait plus invoquer ce motif pour faire annuler leur mariage.

Pour compléter ce que nous venons de dire, nous devons ajouter que, dans certains cas, les promoteurs des officialités, c'est-à-dire les officiers ecclésiastiques qui remplissaient auprès de ces tribunaux les fonctions de ministère public, pouvaient assigner les parties devant l'évêque ou l'archevêque pour qu'elles eussent à faire réhabiliter leur mariage, en un mot, pour qu'elles fissent disparaître par une nouvelle célébration le vice de forme qui entachait la première. Seulement, pour cela, il fallait le concours de quatre conditions : 1^o le mariage devait avoir été célébré par un prêtre incompétent ; 2^o cette célébration devait remonter à moins d'une année ; 3^o il fallait en outre que personne ne demandât la nullité de ce mariage ; 4^o enfin, l'on exigeait que l'évêque eût autorisé ces poursuites.

2^o Henri IV avait attribué à l'autorité ecclésiastique la connaissance de toutes les difficultés relatives aux mariages. C'était donc devant elle que l'on devait porter les demandes en nullité. Louis XIV confirma cet édit par son ordonnance de 1697, dont l'art. 34 enjoint aux Parlements de renvoyer aux juges d'Église toutes les causes qui concernent les sacrements, « sans prendre aucune juridiction ni connaissance des affaires de cette nature, si ce n'est qu'il y eût appel comme d'abus interjeté de quelque jugement, ordonnance ou procédure faite par le juge d'Église, ou qu'il s'agisse d'une succession ou autres effets civils, à l'occasion desquels on traiterait de l'état des personnes décédées ou de celui de leurs enfants. » On peut donc dire en principe que les tribunaux ecclésiastiques étaient les seuls compétents pour déclarer la validité ou l'invalidité d'un mariage.

Toutefois, grâce à ce recours extraordinaire de l'*appel comme d'abus*, que de complications ne rencontrons-nous pas dans toute cette matière ! Si l'on était mécontent de la sentence du juge d'Église, on prétendait qu'il y avait violation des ordonnances ou

de quelque canon, et l'on en appelait à la grand'chambre du Parlement. Le Parlement examinait la sentence, interprétait l'ordonnance qu'on y disait violée, ce qui était naturel, ou même les canons qui étaient transgressés, ce qui était plus étrange; puis il confirmait en déclarant que le juge ecclésiastique avait eu raison, ou bien il jugeait au contraire que, dans l'espèce, l'official s'était trompé, en disant par exemple que le sacrement n'existait pas, qu'il y avait eu abus dans cette décision, et par suite il proclamait que le sacrement était bien reçu et le mariage parfaitement valable.

On conçoit aisément quelles contradictions et quels conflits devaient sans cesse résulter de cette confusion des pouvoirs. Dans certains cas, il était évidemment impossible de s'entendre. Ainsi, supposons que le Parlement annulât, sur appel comme d'abus, un mariage que le tribunal ecclésiastique avait déclaré valable. Aux yeux du droit civil, les deux parties se trouvaient donc libres : eh bien, lorsque l'une d'elles voulait en profiter pour se marier avec un tiers, que devait-il arriver si le curé refusait son concours, et si l'officialité confirmait le refus du curé? Nouvel appel comme d'abus; nouvelle condamnation. Et alors il ne restait plus au Parlement qu'à chercher un prêtre qui, malgré la défense de l'évêque, consentit à prêter son concours sacrilège à la célébration du mariage; ou bien il fallait qu'il déclarât que le mariage existait néanmoins, que le sacrement était reçu. Comment faire autrement?

Je ne sais si dans la pratique une pareille hypothèse se présentait souvent; mais, ce qu'il y a de certain, c'est que cela pouvait arriver, puisque les empêchements au mariage reconnus par la loi civile n'étaient pas identiques avec les empêchements de la loi religieuse.

Tel était l'état de notre ancienne législation relativement au mariage. Examinons maintenant comment nos législateurs modernes ont remédié aux inconvénients qu'elle pouvait présenter.

CODE NAPOLÉON.

Des conditions essentielles à la validité du mariage.

La révolution de 1789 posa comme une des bases de nos institutions la séparation du pouvoir temporel et du pouvoir spirituel. A partir de cette époque, toutes les croyances religieuses furent également respectées, chacune d'elles reçut de la loi la même protection, et l'état des individus devint pleinement indépendant du culte qu'ils professaient. « On organisa cette grande idée, nous dit M. Portalis, qu'il faut souffrir tout ce que la Providence souffre, et que la loi, qui ne peut forcer les opinions religieuses des citoyens, ne doit voir que des Français, comme la nature ne voit que des hommes. »

Notre législation sur le mariage devait subir le contre-coup de cette immense réforme. Autrefois la célébration civile et la célébration religieuse étaient confondues l'une avec l'autre. Désormais le mariage ne fut plus considéré que comme un contrat purement civil. Heureusement que les rédacteurs du Code, qui, dans leur discours préliminaire, avaient annoncé devoir modifier tous les principes du droit antérieur, se montrèrent dans la pratique moins novateurs qu'en théorie. Les enseignements de la religion avaient trop profondément pénétré dans nos mœurs pour qu'il leur fût possible de les rejeter entièrement. Aussi, malgré

leurs prétentions d'innover, puisèrent-ils largement dans l'ancien droit canon et dans l'ancienne jurisprudence. Ils reconnurent, pour ainsi dire malgré eux, que cette institution divine du mariage prenait sa source dans une législation bien au-dessus de la leur, et que s'il leur était permis d'en réglementer les effets au point de vue civil, ils ne pouvaient du moins altérer les principes sur lesquels elle repose. C'est qu'en effet il y a dans le mariage plus qu'un simple contrat. Le législateur humain est impuissant à former de dignes et de véritables unions ; la bénédiction du Ciel est indispensable aux époux pour remplir saintement leurs devoirs ; la Religion seule peut leur inspirer ces sentiments réciproques d'affection, de dévouement, de résignation même qui leur sont si souvent nécessaires pour supporter avec courage le fardeau d'une vie commune. L'auteur du Christianisme l'a parfaitement compris, et c'est pourquoi il y a attaché des grâces toutes spéciales en élevant cette union à la dignité de sacrement.

Cependant le mariage produit des effets civils tellement importants, soit pour la famille de ceux qui le contractent, soit pour les contractants eux-mêmes, soit enfin pour la nouvelle famille à laquelle ils vont donner naissance, qu'il ne pouvait manquer d'être l'objet de toute l'attention et de toute la sollicitude du législateur. Or, les nouveaux principes qu'il venait de proclamer ne lui permettaient de l'envisager qu'au point de vue purement humain. Et c'est ce qu'il a fait. Ses prescriptions, toutefois, ne devaient jamais être contraires aux prescriptions éternelles de la loi religieuse. Après avoir parcouru les dispositions de notre Code, nous nous demanderons si ses rédacteurs se sont, autant que possible, acquittés de ce devoir, et s'ils ont su toujours maintenir cette harmonie qui ne doit jamais cesser de régner entre les lois civiles et les lois de l'Église.

Notre droit moderne, à l'exemple du droit canonique, d'accord en cela avec les plus saines notions de la morale et de la philosophie, ne reconnaît qu'une seule union légitime, le mariage. L'orateur du gouvernement le définissait ainsi : « La société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce et pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, en partageant leur commune destinée. » Tel est, en

effet, le double but du mariage. Au point de vue juridique, cette définition serait peut-être insuffisante; et l'on pourrait la compléter par celle de Pothier, qui est encore vraie de nos jours.

De même que notre loi civile ne reconnaît qu'une seule union légitime, elle pose en principe que le mariage est accessible à tout individu. Les empêchements qu'elle consacre sont tous ou relatifs ou temporaires. Sans nous préoccuper de ceux que l'on appelle *prohibitifs*, puisque, tout en formant obstacle à la célébration du mariage, ils le laissent néanmoins subsister si l'on a passé outre, nous traiterons exclusivement des empêchements *dirimants*, c'est-à-dire de ceux dont la violation permet toujours de le faire annuler. En un mot, nous nous demanderons quelles sont les conditions essentielles à la validité du mariage. Bien que ce ne soit pas l'ordre des articles du Code, et bien que ce système n'ait été adopté par aucun de ses commentateurs, nous suivrons dans cette étude le même plan que nous avons déjà suivi pour la législation romaine et pour le droit intermédiaire. Nous adopterons les mêmes divisions. Ce sera la seule manière de donner à notre travail une certaine unité. Nous examinerons donc dans le premier chapitre ce qui concerne la puberté. Dans le second, ce qui a rapport au consentement. Dans le troisième, nous verrons quelles causes peuvent enlever aux parties, soit absolument, soit relativement, la capacité de se marier. Dans le quatrième, nous étudierons les formalités qui doivent précéder ou accompagner la célébration du mariage. Enfin, dans un cinquième et dernier chapitre, nous parlerons des demandes en nullité.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PUBERTÉ.

Notre ancienne législation n'avait fait que consacrer les principes du droit romain en permettant aux femmes de se marier à douze ans, et aux hommes à quatorze. En 1792, on comprit enfin que cette fixation d'âge ne pouvait convenir au climat de notre pays, où les forces physiques se développent plus tardive-

ment qu'en Italie; en conséquence, on déclara que les hommes ne seraient pubères qu'à quinze ans et les femmes qu'à treize.

Les rédacteurs du Code pensèrent avec raison que ce terme n'était pas encore assez reculé. Aussi l'art. 144 nous dit-il que, « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. » En dehors des considérations physiologiques qui suffisent pour légitimer cette règle, n'est-il pas convenable d'ailleurs que le législateur exige chez les futurs époux assez de discernement et d'intelligence pour comprendre l'importance de l'acte qu'ils vont faire, et l'étendue des obligations que la loi leur impose? Néanmoins, comme dans certains cas il serait à regretter que le mariage ne fût pas permis avant l'âge fixé par le Code, le législateur a cru devoir laisser au gouvernement le droit d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves, dont il lui abandonne la souveraine appréciation.

D'après l'arrêt du 20 prairial an II, celui qui veut obtenir une dispense de ce genre doit adresser au procureur impérial de son domicile une pétition au pied de laquelle celui-ci met son avis, et qu'il fait passer immédiatement au ministre de la justice. Le chef de l'État statue ensuite sur le rapport de ce ministre.

Au reste, si en principe on ne peut se marier avant un certain âge, la vieillesse, quelque avancée qu'elle soit, ne forme jamais chez nous un empêchement au mariage. Le Code russe est le seul à notre connaissance qui fixe une limite après laquelle on ne puisse plus se marier.

L'impuissance ne peut être considérée non plus comme un obstacle au mariage; seulement, dans certains cas, quand il a été célébré, nous pensons que l'art. 180 permet pour ce motif de le faire annuler.

CHAPITRE II.

DU CONSENTEMENT.

§ 1^{er} *Du consentement des parties.* — Le consentement étant la base essentielle de tout contrat, il est évident qu'il ne peut y

avoir de mariage sans le consentement des époux. Peu importe, au reste, de quelle manière il ait été donné; du moment que les deux parties ont consenti, que ce soit verbalement, par écrit ou par signes, cela suffit, le mariage est formé. Au contraire, l'absence absolue de consentement empêche l'existence même du mariage; il n'y a rien, absolument rien; l'acte est nul dans le sens propre et rigoureux du mot : *nullum est matrimonium*; il n'y a point de mariage.

Toutefois, si le consentement des deux époux suffit rigoureusement pour la création du lien conjugal, cela ne suffit pas toujours pour sa validité. Ainsi, lorsqu'il y a lieu d'en soupçonner la sincérité, le mariage existe sans doute, seulement le législateur permet dans certains cas de le faire annuler.

On voit donc avec quel soin il faut distinguer l'hypothèse où il n'y a point eu de consentement, et celle où il a bien réellement été donné, mais non pas tel que le voulait la loi, c'est-à-dire libre, sérieux et éclairé.

Examinons maintenant quels sont les faits qui peuvent vicier le consentement et le rendre légalement inefficace pour la validité du mariage. Le Code les a déterminés dans un article spécial, et dont les termes sont essentiellement limitatifs; ce sont : le défaut de liberté et l'erreur dans la personne. (Art. 180.)

La liberté du consentement, voilà ce qu'exige avant tout le législateur. Et remarquons que, dans le titre du mariage, il n'indique pas les causes qui peuvent enlever aux parties cette liberté qui leur est nécessaire, comme il le fait dans les art. 1109 et suivants pour les autres contrats. Ici il affecte en quelque sorte de ne rien préciser. Il veut simplement que le consentement soit donné en pleine liberté. Par conséquent, toutes les fois qu'il n'en sera pas ainsi, et quelle qu'en soit la cause, les tribunaux ont le droit d'annuler le mariage; violence morale, violence physique, artifices honteux, manœuvres détestables, comme le dit Pothier, peu importe; du moment que les magistrats reconnaissent en fait que l'un ou l'autre des époux n'a pas librement consenti, ils peuvent prononcer la nullité du mariage, ils auront sainement appliqué la loi. Sans se préoccuper de savoir si la violence réunit les caractères exigés pour qu'il soit permis de demander l'annu-

lation d'un contrat ordinaire, ils n'auront jamais qu'une seule chose à examiner, à savoir, si la liberté de l'une des parties a véritablement été détruite, et si elle l'a été par des influences immorales de nature à ne pouvoir être sanctionnées par la loi. En un mot, ce sera toujours une question de fait abandonnée à la sage appréciation des tribunaux.

Nous avons vu que, dans notre ancien droit, le ravisseur ne pouvait épouser la personne qu'il avait enlevée tant que celle-ci était en son pouvoir. Le Code n'a point reproduit cette théorie. Dès lors qu'il y a eu consentement libre de la personne ravie, son mariage ne peut plus être attaqué pour cette cause, qu'il ait été célébré ou non pendant qu'elle était encore en la puissance du ravisseur.

L'erreur dans la personne est la seconde cause qui peut vicier le consentement et permettre à l'époux trompé de faire annuler son mariage. Mais qu'entend-on par ces mots : *erreur dans la personne*? Il nous semble, d'après le simple bon sens, qu'ils ne peuvent s'appliquer à l'erreur sur l'identité même de l'individu. En effet, dans ce cas, il n'y a vraiment pas de consentement. Si à la place de Marie que je connais, que je veux épouser, on m'amène devant l'officier public une autre Marie, tellement bien voilée que je ne m'aperçois pas du changement, j'aurai beau dire que je prends pour épouse la femme ici présente, il n'y a réellement pas de consentement. La volonté que je parais exprimer n'est pas dans mon esprit; ces mots *la femme ici présente*, qui extérieurement semblent manifester une idée tombant sur la Marie vraiment présente, ne sont au contraire que la manifestation faussement interprétée d'une idée tombant sur la Marie qui est absente. C'est cette Marie absente que mon esprit se représente au moment où je parle, c'est vers elle que ma pensée se reporte, c'est sur elle que ma volonté tombe. En sorte que si, de son côté, la Marie qui est là a bien la volonté de m'épouser, moi, je n'entends pas la prendre pour femme. Il n'y a donc pas de consentement de ma part, il n'y a pas cet accord de deux volontés sur un même point, *duorum in idem placitum consensus*; il n'y a par conséquent pas de contrat, il n'y a rien. En un mot, l'erreur sur l'individu rend le mariage complètement impossible.

Notre article ne semble donc pouvoir s'appliquer qu'à l'erreur sur les qualités essentielles de la personne. Voyons maintenant si c'est bien ce qu'ont voulu dire les rédacteurs du Code : mais auparavant, jetons un coup-d'œil rapide sur l'ancien droit.

Notre ancienne législation, nous l'avons vu, ne reconnaissait pas en principe, comme suffisante pour faire annuler le mariage, l'erreur qui ne portait que sur les qualités; il fallait qu'elle portât sur la personne elle-même. Seulement, cette erreur pouvait se produire de deux manières bien différentes : ou par substitution à une personne connue, ou par substitution à une personne inconnue.

Le premier cas était précisément celui de l'hypothèse chimérique que nous venons de citer, où, voulant épouser Marie que j'avais vue, que je connaissais, l'on m'amenait à l'église une autre Marie que je ne connaissais pas, mais que je déclarais néanmoins vouloir prendre pour épouse, parce que l'on était parvenu à me dissimuler la fraude.

Le second cas de substitution était beaucoup plus possible et devait être aussi plus fréquent. Voici l'exemple que nous cite Pothier : Un prince, un grand seigneur, demandait une jeune fille en mariage; c'était la fille aînée, c'était l'héritière d'une maison riche et puissante. Le jour fixé, on lui présentait et on lui faisait épouser comme celle qu'il avait recherchée une autre jeune fille qu'il ne connaissait pas davantage, mais qui n'était nullement l'aînée, l'héritière de la famille : peut-être même n'était-ce qu'une pauvre étrangère. Il y avait alors substitution à une personne déterminée, il est vrai, mais néanmoins complètement inconnue.

Eh bien, dans l'un et l'autre cas, le droit ancien reconnaissait également l'existence du mariage; il permettait seulement de le faire annuler, et déclarait même qu'il deviendrait complètement valable si les parties gardaient le silence pendant un certain nombre d'années.

Ce système était aussi illogique qu'immoral. Il était illogique, puisqu'il assimilait deux hypothèses entièrement différentes. Dans la première, nous l'avons déjà vu, il n'y avait pas de consentement : il n'y avait donc pas de mariage, on ne devait donc pas

permettre d'en demander l'annulation, aucun laps de temps, aucun événement postérieur ne devait pouvoir le ratifier, *quod nullum est confirmari nequit*. Dans la seconde, au contraire, le consentement existait parfaitement. En effet, quand j'avais épousé cette jeune fille que l'on me présentait comme l'ainée, c'était bien elle que je voulais prendre pour ma femme, c'était bien d'elle dont j'entendais parler. Ici ma pensée était d'accord avec ma bouche. Seulement, je la croyais l'héritière d'un grand nom, d'une grande fortune, et elle ne l'était pas. Voilà tout. J'avais donc réellement consenti, le mariage était bien formé. Toutefois, comme mon consentement n'avait été donné que par erreur, la loi pouvait me permettre de demander la nullité de cette union ; de même il était naturel qu'après un certain délai elle la déclarât pleinement inattaquable. Mais vouloir identifier les deux hypothèses, c'était fouler aux pieds les plus saines notions du droit et de la raison.

Je dis en second lieu que ce système était complètement immoral. Un seul exemple nous le fera comprendre. Supposons une jeune fille, honnête, vertueuse, douée de nobles sentiments, qui épouse un homme qu'elle regarde comme parfaitement honorable. Quelques jours après son mariage, elle découvre que cet homme est un homme flétri, un forçat libéré qui l'a trompée par d'infâmes machinations. Eh bien, dans ce cas, cette jeune fille, sa famille, personne au monde ne pourra faire annuler ce mariage ; la loi ne le permet pas ; l'erreur ne porte ici que sur les qualités. Au contraire, si j'épousais une jeune fille que je croyais l'héritière d'une principauté et qu'elle ne le fût pas, rien ne s'opposait à ce que je fisse prononcer la nullité de ce mariage sous prétexte qu'elle était la cadette au lieu d'être l'ainée. Ainsi, dans l'une des hypothèses, l'époux cherchait un titre, il cherchait de l'argent, il n'en a pas trouvé, on vient à son secours ; dans l'autre, une malheureuse jeune fille cherchait un homme d'honneur, elle n'a trouvé que l'infamie ; cela ne mérite pas qu'on s'en occupe ! Voilà cependant quel était l'ancien droit.

Deux causes avaient amené ce triste résultat : la possibilité, la fréquence même des mariages par procureur, qui pouvait faire

redouter les substitutions de personnes, et la crainte des mésalliances au moyen de ces substitutions.

Or, en 1804, alors que chacune de ces causes avait également disparu, rien n'empêchait le législateur de revenir à des idées logiques, à des règles rationnelles. Au lieu de reproduire les inconséquences de l'ancien droit, n'était-il pas mille fois plus naturel de déclarer que l'absence de consentement, qui comprend l'erreur sur l'identité de l'individu, ne permettrait pas simplement de faire annuler le mariage, mais l'empêcherait absolument de se former? que dans ce cas il n'y aurait pas de contrat, il n'y aurait rien, et que, par conséquent, tout individu à qui on voudrait opposer ce semblant de mariage pourrait, à toute époque, faire constater par les tribunaux qu'il n'a jamais existé? qu'au contraire, du moment que le consentement aurait été donné, le lien conjugal serait formé, le mariage aurait une existence légale, sauf la faculté d'en demander la nullité réservée pour celui des époux dont le consentement n'aurait pas été suffisamment libre ou suffisamment éclairé?

Eh bien, c'est ce qu'ont fait les rédacteurs du Code. L'erreur dans la personne, dont parle le second alinéa de l'article 180, ne peut s'entendre que de l'erreur sur les qualités essentielles, et nullement de l'erreur sur l'individu même. Tout concourt à le démontrer : l'existence d'une première disposition légale à cet égard (art. 146); l'impossibilité matérielle de cette hypothèse imaginaire en présence des prescriptions de l'article 75; les discussions au sein du Corps-Législatif; les termes mêmes qu'a employés le législateur qui, au lieu de dire, comme le faisait Pothier : *erreur sur la personne*, se sert au contraire des mots : *erreur dans la personne*; le rejet de l'amendement proposé par le tribunal de Cassation, qui demandait que l'on remplaçât cette expression par celle d'*erreur sur l'individu*; et enfin les effets monstrueux qu'entraînerait de nos jours l'adoption de ce système. En effet, s'il avait dans l'ancien droit de si funestes conséquences, quelles ne seraient pas celles qu'il produirait aujourd'hui? Du moins, dans notre ancienne législation, en dehors de l'erreur sur l'individu, on admettait encore certaines causes de nullité du mariage.

Ainsi, l'impuissance naturelle ou accidentelle de l'un des époux, les Ordres sacrés, les vœux solennels de religion suffisaient pour le faire annuler. Comment ferait-on maintenant que ces empêchements n'existent plus, si l'esprit de la loi ne permettait, jusqu'à un certain point, de les faire rentrer dans les termes de l'article 180?

On le voit donc, ce mot *personne* doit représenter à nos yeux un ensemble de qualités sociales, morales, religieuses, physiques même, qui dépend complètement des circonstances. Sans doute, on ne pourra prononcer la nullité d'un mariage pour toute erreur sur des qualités et même sur des qualités importantes. Il est telle et telle circonstance dont la connaissance aurait peut-être suffi pour m'empêcher de contracter mariage, et qui cependant ne suffirait pas pour le faire annuler. Pour briser un contrat aussi sacré, il faut une erreur sur des qualités véritablement essentielles, dont l'objet soit profondément grave, et qui de plus réside en l'individu même. Les tribunaux en seront dans chaque affaire les souverains appréciateurs. Tout est laissé maintenant à la sagesse des juges. Et quel mal y a-t-il à cela? Nous n'en sommes pas venus à ce point, grâce à Dieu, que l'on ait besoin de prendre des précautions contre la justice des magistrats, dans l'intérêt de la morale et pour empêcher des divorces déguisés. Au reste, les tribunaux pourront trouver un guide dans la définition que M. Portalis, l'orateur du gouvernement, nous a donnée du mariage. Ils se demanderont si, au moment de la formation du contrat, les deux parties réunissaient les qualités rigoureusement indispensables pour atteindre le but qu'elles se proposaient. Et c'est ainsi que, suivant l'âge des époux et suivant les circonstances, on pourra reconnaître comme juste cause d'annulation l'impuissance certaine et telle qu'elle s'oppose à la consommation même du mariage, la prostitution publique d'une fille qu'on croyait pure, l'état de forçat libéré d'un homme qu'on regardait comme honorable, le refus de célébration religieuse de la part de l'un des conjoints, pourvu toutefois que le mariage n'ait pas été consommé; enfin les Ordres sacrés ou le vœu solennel de continence, alors que l'autre époux est catholique. Au surplus,

nous le répétons, tout ici est abandonné à la prudence et à l'appréciation des magistrats.

Nous ne pouvons quitter la condition du consentement des parties sans examiner une question fort controversée : l'interdit pour démence peut-il se marier dans un intervalle lucide? Et s'il l'a fait, quelle est la valeur du consentement qu'il a pu donner? Le mariage est-il non existant, annulable ou valable? Ces trois opinions ont été également soutenues. Voyons quel est le système qui paraît le plus en rapport avec la loi.

Nous avons vu que Pothier, conformément à l'opinion généralement admise de son temps, décidait que l'interdit pouvait se marier valablement dans un intervalle lucide. En est-il de même dans notre droit? C'est un principe incontestable que tout individu peut se marier, du moment que la loi ne l'en a pas déclaré incapable. Or, elle proclame cette incapacité de deux manières : ou bien elle dit dans le titre même du mariage qu'on ne pourra se marier valablement si on ne remplit certaines conditions; ou bien elle prononce l'incapacité en dehors de ce titre spécial, mais alors en des termes très-catégoriques, comme elle le faisait dans l'art. 25 pour le mort civilement.

En conséquence, si l'interdit était absolument incapable de contracter un mariage valable, cette prohibition devrait être comprise ou dans le titre particulier du mariage, ou dans celui de l'interdiction. Examinons donc l'un et l'autre.

Nous ne parlerons pas de la maladie; personne, en effet, ne soutient aujourd'hui plus qu'autrefois qu'elle soit en elle-même, et par son retour toujours possible, un obstacle au mariage que l'interdit voudrait contracter dans un intervalle lucide.

Quant au titre spécial du mariage, il ne contient aucune disposition qui prohibe nettement le mariage de l'interdit. Évidemment il n'existe pas de défense expresse. Y en a-t-il une implicite? Plusieurs auteurs soutiennent l'affirmative. A l'appui de leur opinion, ils invoquent l'art. 146, qui est ainsi conçu : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement; » et ils prétendent que ce texte suffit pour empêcher l'interdit de se marier. Est-ce bien exact? — Nous ne le savons pas. Ou bien cet article parle seulement

d'un consentement efficace, mais vicié, ou bien il parle du défaut absolu de consentement. S'il parle du consentement vicié, il y a mariage, mais mariage annulable. Or, on ne peut demander la nullité de ce mariage que si la loi l'a organisée; ceux-là seuls le peuvent que la loi désigne, et dans les circonstances où elle le permet. Eh bien, où est le texte du chapitre des nullités de mariage qui soit relatif à cette espèce? Ce n'est ni l'art. 180, ni l'art. 181, car ils ne s'occupent que du consentement qui n'a pas été libre, ou de celui qui a été donné par erreur, et l'interdit ne se trouve dans aucun de ces cas; le consentement qu'il donne dans un intervalle lucide n'est ni arraché par violence, ni surpris par erreur. Cependant, il est bien certain que la théorie de l'art. 1304 ne peut être invoquée en matière de mariage; ici c'est un système complètement à part, et l'on ne peut reconnaître aucune autre cause d'annulation que celles de notre titre. Que si l'art. 146 parle du cas où il y a absence absolue de consentement, pour l'appliquer à l'interdit, il faut soutenir que le consentement donné par celui-ci dans un intervalle lucide n'a aucune valeur légale, qu'il n'existe pas. Mais qui défend une pareille doctrine? Personne. Et, en effet, les actes faits après l'interdiction ont une force, une existence suffisantes pour être maintenus si l'interdit n'en demande pas la nullité dans un certain délai; en un mot, ils ne sont qu'annulables. Mais pour qu'un contrat ne soit qu'annulable, il faut qu'il y ait eu un consentement, vicié si l'on veut, mais existant, qui lui serve de base. L'interdit, dans un intervalle lucide, peut donc consentir au mariage comme à tout autre acte. Et puisque l'art. 146, dans ses diverses interprétations, ne peut jamais lui être appliqué, il en résulte que rien dans notre titre ne lui défend de contracter mariage pendant un intervalle lucide.

Il en est de même au chapitre de l'interdiction. « L'interdiction, dit l'art. 502, aura son effet du jour du jugement; tous « actes passés postérieurement par l'interdit seront nuls de « droit. » Donc, nous objecte-t-on, le mariage contracté par l'interdit après l'interdiction prononcée est nul de droit. Soit : mais alors il serait nul au même titre que tout autre contrat, ni plus ni moins; puisqu'on met le mariage au nombre des actes régis par

l'art. 502, il participerait de la même nullité. Or, cette nullité n'est que relative; les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de l'interdit avec qui elles ont contracté : seuls, l'interdit et ses héritiers le peuvent pendant dix ans à partir de la levée de l'interdiction. Si donc l'interdit mourait sans avoir pu ou voulu demander la nullité du mariage contracté dans un intervalle lucide, ses héritiers devraient, d'après les principes ordinaires, succéder à son action. Cependant cela n'est pas possible. Tout le monde convient, en effet, ainsi que nous l'avons déjà dit, qu'il ne peut y avoir de demandes en nullité que celles organisées dans le chapitre 4 du titre du mariage, que ceux-là seuls peuvent les intenter à qui l'un des articles de ce chapitre en donne le droit, et comme aucun ne l'accorde aux héritiers de celui dont le consentement a été vicié, il est impossible de ne pas le leur refuser. C'est aussi ce qu'ont décidé plusieurs arrêts. Bien plus, les mêmes raisons nous forcent de reconnaître que l'interdit lui-même ne pourrait demander l'annulation de son mariage. Quel article invoquerait-il en sa faveur? Ce ne pourrait-être que l'un de ceux qui parlent des vices du consentement. Eh bien, quel motif alléguerait-il pour justifier sa demande? L'insanité? nous le supposons dans un intervalle lucide : un vice légal résultant du jugement d'interdiction? mais ce vice, la loi n'en parle pas dans le chapitre 4 de notre titre; elle n'en indique que deux, le défaut de liberté et l'erreur, qui puissent être le fondement des actions en nullité pour consentement vicié. Par conséquent, nous arriverions à ceci, que, si le mariage de l'interdit était nul, personne ne pourrait en réclamer la nullité.

N'est-il pas plus vrai et plus logique de dire que le mariage est un contrat tout spécial, un acte avec ses règles propres, et qui dès lors ne saurait être compris parmi ceux dont s'occupe l'article 502? D'ailleurs, comment en serait-il autrement? Pourquoi défendrait-on le mariage à l'interdit? La mort civile a été abolie en grande partie à cause de ses dispositions sur le mariage. L'interdit resterait donc seul sous le coup d'une incapacité exceptionnelle, dont aucune législation ne l'avait frappé jusqu'à nous. Ce serait retourner contre lui le système de protection que la loi a érigé en sa faveur.

Ainsi donc, en résumé, nous pensons que l'interdit peut valablement se marier dans un intervalle lucide, et que, loin d'être déclaré inexistant, son mariage ne pourrait même pas être annulé. Il est clair, bien entendu, que s'il l'avait contracté en complet état de démence, ce défaut absolu d'intelligence, cette absence de tout consentement empêcherait par là même le contrat de se former, et par conséquent d'avoir jamais une existence légale.

§ 2. *Du consentement des ascendants et de la famille.* — Nous avons déjà dit qu'à Rome la loi ne se contentait pas, pour la validité du mariage, du simple consentement des parties; il fallait encore qu'elles obtinssent l'assentiment de tous ceux sous la puissance desquels elles se trouvaient ou pouvaient se trouver un jour. Seulement, comme nous l'avons fait remarquer, le législateur ne voyait dans cette obligation imposée aux futurs époux qu'un moyen de maintenir l'organisation toute spéciale de la famille romaine. Jamais il ne l'avait envisagée comme un témoignage de respect et de piété filiale, encore moins comme une manière de protéger les enfants contre la faiblesse et l'inexpérience de leur âge. Aussi n'exigeait-il point le consentement de la mère, et permettait-il de se marier sitôt que l'on était sorti de la puissance paternelle, à quelque âge que ce fût.

Notre ancienne législation qui, contrairement aux principes de l'Église, avait maintenu et même développé le système du droit romain, ne voyait encore cependant dans les mariages célébrés par des mineurs, sans l'assentiment de leurs père et mère, qu'un outrage à l'autorité paternelle et une source dangereuse de mésalliances. Conséquente avec elle-même, elle refusait à l'enfant qui s'était passé de ce consentement le droit de demander la nullité de son mariage.

Envisageant les choses à un point de vue plus large et plus moral, les rédacteurs du Code ont étendu le nombre des personnes dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage des enfants qui sont encore mineurs. De plus, tout en faisant de cette condition une marque de déférence et de piété filiale, ils en ont fait aussi une véritable protection pour les enfants eux-mêmes.

Avant d'examiner en détail toutes les dispositions de notre droit actuel, répétons tout d'abord ce que nous avons déjà dit, à savoir, que ce consentement des ascendants et de la famille n'est jamais exigé que pendant la minorité. Du moment que les futurs époux ont atteint ce qu'on appelle la majorité quant au mariage, ils peuvent se marier sans le consentement de personne. Non pas que la loi leur permette de le faire sans demander conseil à leurs ascendants. L'art. 371 nous dit au contraire « qu'à tout âge l'enfant doit honneur et respect à ses père et mère; » mais dans ce cas le mariage contracté malgré leur désapprobation, ou sans qu'ils aient été consultés, n'en reste pas moins très-valable. Les art. 151 et suivants parlent des actes respectueux qui doivent être faits dans cette circonstance, et dont le nombre est proportionné à l'âge de l'enfant. Au reste, il n'entre pas dans notre plan de développer cette matière.

Occupons-nous seulement de la personne qui est mineure.

La règle n'est plus la même selon qu'elle a ou non des ascendants.

Dans la première hypothèse, les fils ne deviennent majeurs pour le mariage qu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis, tandis que pour les filles la majorité ordinaire de vingt-et-un ans reste toujours applicable. La raison de cette différence est que ces dernières sont plus tôt nubiles, et aussi plus tôt vieilles que les premiers. Il y a pour les femmes une sorte de nécessité de se marier jeunes qui n'existe pas pour les hommes. Enfin, on peut en donner un autre motif peut-être plus puissant encore, c'est que les fils portent et transmettent le nom de leur père; on comprend dès lors la prolongation de l'autorité du chef de famille à leur égard; il doit veiller au bon choix de ceux qui sont appelés à perpétuer sa race et à en conserver les traditions.

Lorsqu'un enfant mineur a conservé son père et sa mère, il ne peut se marier sans obtenir leur consentement; mais en cas de désaccord, celui du père suffit. Seulement on doit toujours demander celui de la mère. Il fallait que les deux époux pussent s'entendre sur un acte aussi important pour leur enfant. Il est possible d'ailleurs que tel père, qui consentirait seul, ne veuille plus consentir après que la mère lui aura présenté quelques ob-

servations qui lui avaient peut-être échappé. Toutefois, du moment que le père a donné son assentiment, le refus du consentement de la mère, et à plus forte raison le fait de ne l'avoir pas consultée, ne saurait dans aucun cas invalider le mariage.

« Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. » (Art. 149.) On a beaucoup discuté pour savoir quand il y aurait impossibilité. Cependant il nous semble que rien n'est plus simple que l'interprétation de cet article. Ce texte en effet n'est que l'application, la mise en exercice de ce proverbe vulgaire : *à l'impossible nul n'est tenu*. Par conséquent, toutes les fois que l'enfant, pour un motif quelconque, ne pourra pas obtenir le consentement de l'un de ses parents, il devra demander celui de l'autre. C'est ainsi qu'en cas d'absence déclarée ou même simplement présumée de l'un des ascendants, ou encore lorsqu'il aura été interdit soit pour imbecillité, démence ou fureur, soit par suite d'une condamnation judiciaire, le jugement d'absence comme celui de l'interdiction seront une preuve évidente de l'impossibilité où il est de manifester sa volonté. Que si l'ascendant frappé d'imbecillité, de démence ou de fureur, n'est pas encore interdit, il faudra distinguer. S'il a des intervalles lucides, l'enfant devra en profiter pour demander et obtenir son consentement; si au contraire il n'en a pas, ce sera le cas d'appliquer notre article.

Au reste, en cas de décès de l'un des ascendants, peu importe que le survivant ait été ou non maintenu dans la tutelle; ce sera lui, dans tous les cas, qui devra consentir au mariage de son enfant.

« Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement. » (Art. 150.) Remarquons tout d'abord que par ces mots *aïeuls et aïeules*, le législateur entend parler de tous les ascendants. En dehors du texte des art. 173 et 174 qui le prouve suffisamment, on peut dire que le mot *aïeul* est un terme générique, dont ceux de *bisaïeul*, *trisaïeul*, ne sont que des dérivés,

en sorte que ces derniers sont compris dans le premier. Ainsi donc, dans ce cas, les ascendants des deux lignes paternelle et maternelle sont appelés concurremment à donner leur consentement, sous cette réserve, bien entendu, que le consentement d'un ascendant plus éloigné ne peut être exigé qu'autant que le décès de l'ascendant plus proche ou l'impossibilité de connaître l'expression de sa volonté ont été démontrés. Ici, du reste, il n'est pas rigoureusement nécessaire que cette mort soit constatée par un acte régulier de décès. Au surplus, pour tous ascendants autres que les père et mère, la préférence du degré plus proche et la prépondérance du sexe n'existent que dans chaque ligne, et non d'une ligne sur l'autre. De même la, prépondérance du sexe n'existe pas non plus entre les deux branches d'une même ligne; par analogie avec la fin de notre article, on doit décider que le dissentiment entre ces deux branches emportera toujours le consentement de cette ligne. Supposons, par exemple, qu'un enfant ayant perdu ses père et mère ait encore un aïeul paternel, plus un seul bisaïeul et ses deux bisaïeules maternels; par application du premier principe que nous venons d'énoncer, il ne lui suffira pas de consulter son aïeul paternel, bien qu'il soit à un degré plus proche que les autres, il lui faudra encore requérir l'assentiment de ses ascendants maternels. Bien plus, le second principe nous force de reconnaître que si l'aïeul paternel refusait de consentir à son mariage, alors même que le bisaïeul et la bisaïeule conjoints de la ligne maternelle s'y opposeraient également, le consentement de la bisaïeule maternelle, qui est veuve, suffirait pour neutraliser le refus de tous les autres. En effet, ce consentement forme dissentiment entre les deux branches de la ligne maternelle, et par conséquent équivaut à un consentement de cette ligne. D'un autre côté, mis en face du refus de la ligne paternelle, ce consentement forme dissentiment entre les deux lignes, et rend ainsi le mariage possible.

Nous pouvons donc résumer en ces quatre règles tout ce que nous venons de dire relativement au consentement à obtenir des ascendants :

1^o La présence d'un seul ascendant du premier degré en état de manifester sa volonté empêche le droit de consentir de passer

aux ascendants supérieurs. Mais cette règle ne s'applique plus au-delà du premier degré.

2^o Quand les ascendants du premier degré sont tous deux morts ou hors d'état de consentir, le droit passe simultanément aux deux lignes paternelle et maternelle, et appartient à l'ascendant ou aux ascendants les plus proches de chaque ligne.

3^o A quelque degré que ce soit, deux ascendants conjoints ne comptent que pour un; c'est la volonté du mari qui l'emporte. La femme, à la vérité, doit être consultée; seulement cette consultation, dont l'absence serait un empêchement légal à la célébration, n'est nullement indispensable à la validité du mariage.

4^o Enfin pour les ascendants au-delà du premier degré, le consentement d'une des deux lignes est seul nécessaire à la validité du mariage; et il en est de même dans chaque ligne pour les deux branches de cette ligne. Ici encore la consultation de la seconde ligne ou de la seconde branche est exigée par la loi; à son défaut, le mariage ne devait pas être célébré; mais s'il l'était néanmoins, il n'y aurait pas de nullité.

Parlons maintenant de l'enfant qui n'a plus d'ascendants aux yeux de la loi, soit parce qu'ils sont morts, soit parce qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

Dans ce cas, la majorité quant au mariage redevient la même pour l'homme et pour la femme; par conséquent, à 21 ans accomplis, on peut, si l'on n'a plus d'ascendants, se marier sans le consentement de personne. Que si l'on est encore mineur, le consentement, non plus du tuteur seulement après avoir consulté les proches parents, comme dans l'ancien droit, mais bien du conseil de famille, est exigé pour la validité du mariage.

L'art. 883 du Code de Procédure déclare en général que toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, les membres qui ont formé la minorité pourront se pourvoir devant les tribunaux contre la délibération. Cependant, nous ne pensons pas qu'ils le puissent s'il s'agissait du consentement à donner à un mariage. En effet, le conseil de famille n'est pas plus tenu que les père et mère de motiver son refus; il peut avoir des motifs très-graves qu'il croit néanmoins devoir tenir cachés; d'ailleurs, c'est son consentement que la loi demande;

or, quand même le tribunal annulerait la délibération, cela ne donnerait jamais un consentement.

L'ensemble des règles que nous venons de parcourir n'est relatif qu'aux enfants légitimes. Quant aux enfants naturels, comme ils ne peuvent avoir aux yeux de la loi d'autres ascendants que les père et mère qui les ont légalement reconnus, ou contre lesquels est intervenue une déclaration judiciaire de paternité ou de maternité, on ne doit leur appliquer dans ce qui vient d'être dit que ce qui concerne les père et mère. Si, au contraire, l'enfant naturel n'a point été reconnu, ou s'il a perdu son père et sa mère, ou s'ils se trouvent tous deux dans l'impossibilité d'exprimer leur volonté, il ne peut se marier, avant d'avoir accompli sa vingt-et-unième année, qu'avec le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui est nommé par un conseil de famille composé d'amis.

Ce tuteur spécial doit lui être donné, encore qu'il ait un tuteur ordinaire. Le législateur a pensé qu'une personne désignée uniquement dans ce but examinerait avec plus de soin s'il est ou non de l'intérêt de l'enfant de contracter l'union proposée. Au reste, rien n'empêche de charger de cette mission le tuteur déjà existant; il faut seulement qu'il soit spécialement indiqué.

Nous avons déterminé quelles sont les personnes dont le consentement est exigé par la loi pour qu'un mineur puisse se marier. Il est évident que ce consentement doit exister au moment même de la célébration du mariage; jusque-là, celui qui l'a donné peut parfaitement le retirer. Si donc il vient à mourir avant le mariage, ou s'il tombe dans l'impossibilité de manifester sa volonté, quelle que soit l'opinion qu'il ait émise auparavant, le droit de consentir passe immédiatement à un autre. En conséquence, ce sera l'assentiment de ce dernier qu'il faudra obtenir pour le mariage. Celui qui aurait été donné auparavant ne servirait à rien. En effet, c'est le consentement de la personne à laquelle je suis soumis *lors de mon mariage* que je dois obtenir pour ce mariage. Celui de tout autre individu serait insuffisant. Toutefois nous pensons que si, dans l'ignorance de l'événement qui a fait passer en d'autres mains le droit de consentir, le mariage était célébré sur la foi d'un premier consentement donné valablement, ce mariage devrait être maintenu. Il nous semble

même que si, en pleine connaissance de cause, la personne à qui le droit de consentir appartient aujourd'hui ne retirait pas le consentement obtenu précédemment, son silence pourrait être regardé comme une confirmation tacite de ce consentement, et que dès lors elle ne devrait plus être recevable à demander plus tard la nullité du mariage.

Pour compléter ce que nous avons à dire relativement à ce sujet, il ne nous reste plus à faire qu'une dernière observation : si celui qui doit consentir n'est pas présent au mariage, l'art. 73 nous dit qu'il doit envoyer son consentement par un acte en forme authentique. Mais que doit contenir cet acte? Malgré tout ce que peuvent dire les nombreux partisans de l'opinion contraire, il nous semble incontestable qu'il doit désigner spécialement, outre le nom de celui au mariage duquel on consent, le nom de son conjoint, en un mot, ce qui l'individualise. C'est la seule manière d'atteindre le but que la loi se propose.

D'après tout ce qui précède, on voit combien notre législation actuelle diffère profondément de notre ancien droit. D'abord, elle fixe à un âge moins avancé la majorité quant au mariage; de plus, jusqu'à cet âge, elle pose nettement comme une condition essentielle le consentement des ascendants et de la famille; enfin, elle fait de l'accomplissement de cette condition une véritable protection pour l'enfant. Ce dernier point nous sera plus complètement démontré dans le chapitre 5^e, où nous verrons que le mineur lui-même peut invoquer ce défaut de consentement pour demander la nullité de son mariage. Il est peut-être à regretter seulement que les rédacteurs du Code n'aient pas su concilier avec plus de sagesse les deux principes contraires qui se trouvent ici pour ainsi dire en présence. Peut-être ont-ils trop facilement sacrifié les intérêts de l'enfant au maintien rigoureux de l'autorité paternelle. Comment expliquer en effet que, lors même que le mineur qui s'est passé du consentement paternel a depuis longues années atteint sa majorité quant au mariage, son père puisse toujours, au moment où il en aura connaissance, c'est-à-dire après dix ans, vingt ans même, si l'on veut, demander, malgré son fils, et obtenir nécessairement la nullité du mariage auquel il n'a pas consenti? C'est là, ce nous semble, un oubli du

but poursuivi. La nullité du mariage punit bien plus le conjoint et les enfants du coupable que le coupable lui-même. Et peut-être l'édit de Henri II allait-il mieux au but, en permettant simplement au père d'exhérer dans ce cas l'enfant qui avait ainsi manqué à ses devoirs? Quoi qu'il en soit, la loi est ainsi faite, et on doit l'appliquer telle qu'elle est; *dura lex, sed lex*.

CHAPITRE III.

DES CAUSES QUI PEUVENT ENLEVER LA CAPACITÉ DE SE MARIER.

Nous avons vu qu'à Rome et dans notre droit ancien un grand nombre d'empêchements pouvaient former obstacle au mariage de deux individus. Aujourd'hui, d'après le Code, trois causes seulement peuvent enlever à une personne la capacité de se marier; ce sont : un mariage préexistant, la parenté ou l'alliance à un degré prohibé. La première est générale et absolue, les deux autres ne sont que relatives. Parcourons-les successivement.

§ 1. *Empêchement résultant d'un mariage préexistant.* — Nous n'avons presque rien à dire de cette prohibition formulée ainsi par l'art. 147 : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. » On voit que la loi ne fait ici aucune distinction entre un premier mariage valable ou simplement de nature à être cassé. Cependant, le législateur est loin d'assimiler ces deux hypothèses quant à leurs conséquences. Dans le premier cas, le second mariage sera toujours annulé; dans le second, au contraire, il doit être maintenu lorsqu'il a été célébré. En un mot, l'existence d'un premier mariage forme un empêchement dirimant toutes les fois qu'il a été valablement contracté, tandis que l'empêchement n'est que prohibitif quand ce mariage est entaché d'une cause de nullité.

Le Code reconnaissait primitivement trois causes de dissolution du mariage : la mort naturelle ou civile de l'un des époux, et le divorce légalement prononcé. Deux lois très-importantes sont venues ramener aux anciens et véritables principes sur l'in-

dissolubilité du mariage. La loi du 8 mai 1816 a supprimé le divorce, celle du 31 mai 1854 a aboli la mort civile.

§ 2. *Empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance à un degré prohibé.* — Nous traiterons de ces deux empêchements dans un même paragraphe. Ce sera la seule manière d'éviter un grand nombre de répétitions inutiles. Tous deux, en effet, ont la même origine, tous deux ne sont que relatifs, et la plupart de leurs règles sont absolument identiques. Au reste, chaque fois que nous en trouverons une qui ne s'applique pas à l'un et à l'autre, nous aurons soin de le faire observer.

Nous ne chercherons point à justifier ces prohibitions. Tout le monde comprend combien des mariages contractés au mépris de ces principes blesseraient profondément les plus saines notions de la pudeur, de la morale, et même de la nature. Comme le disait Pothier : « Le crime de ces unions se fait beaucoup mieux sentir par un sentiment naturel que par le raisonnement. »

Bornons-nous donc à voir jusqu'où s'étendent ces obstacles.

En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels à l'infini.

En ligne collatérale, le mariage est défendu entre le frère et la sœur légitimes ou naturels.

L'alliance forme aussi dans les mêmes limites un empêchement au mariage. Après avoir parlé de l'obstacle résultant de la parenté, le Code ajoute toujours : « Le mariage est prohibé entre « alliés dans la même ligne ou au même degré. » La généralité de ces expressions ne permet pas de distinguer si l'alliance est légitime ou purement naturelle. Le lien qui unit un conjoint aux parents de l'autre existe aussi bien dans les deux cas. Le mari d'une femme ne pourrait donc épouser, après la dissolution de son mariage, ni la sœur de cette femme, ni la fille qu'elle aurait eue d'une précédente union, peu importe qu'elles fussent légitimes ou naturelles.

En ligne collatérale, le mariage est encore défendu entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. Par ces expressions, on doit entendre évidemment le grand-oncle et la grand'tante. Les raisons sont ici absolument les mêmes : les uns comme les autres

remplacent le père et la mère auprès des enfants, tous sont vis-à-vis d'eux *parentum loco*. D'ailleurs, un décret du 7 mai 1808 ne laisse pas de doute à cet égard.

Toutefois, la loi ne parlant dans ce cas ni du lien naturel ni de l'alliance, il s'ensuit que c'est la parenté légitime seule qui forme obstacle au mariage. Ainsi, tout individu peut donc épouser la fille naturelle de sa sœur légitime, aussi bien que la fille légitime de sa sœur naturelle.

Enfin, cet empêchement n'est point irrévocable. Le législateur permet au chef de l'État d'en accorder dispense pour des causes graves sans doute, mais dont il le laisse au fond le souverain appréciateur. Une loi du 16 avril 1832 étend même la possibilité des dispenses à l'union que voudraient contracter un beau-frère et une belle-sœur. Tout mariage célébré en vertu de ces dispenses est parfaitement valable. Mais il est clair que si elles n'arrivaient qu'après le mariage, elles ne sauraient le valider rétroactivement. Il faudrait dans cette hypothèse une seconde célébration, et ce nouveau mariage n'aurait jamais d'effet que pour l'avenir.

Nous avons vu qu'en général la parenté naturelle était regardée comme suffisante pour former obstacle au mariage. Un grand nombre d'auteurs soutiennent même que, dans cette hypothèse, on peut invoquer pour l'établir toute espèce de moyens. Nous ne saurions adopter cette opinion. Malgré toutes les raisons qu'ils peuvent faire valoir à l'appui de ce système, nous persistons à croire que les tribunaux ne doivent en tenir compte que lorsqu'elle a été légalement reconnue ou judiciairement constatée. Le Code a déterminé rigoureusement les diverses preuves au moyen desquelles il est permis de l'établir; nulle part la loi n'en a indiqué d'autres. On peut donc dire qu'en dehors de ces preuves la parenté naturelle, quelque certaine qu'elle puisse être au point de vue moral, est toujours réputée légalement ne pas exister. Et pourquoi le législateur eût-il fait dans ce cas une exception à la règle générale? L'intérêt privé comme l'intérêt social le lui défendraient également. Ne devait-il pas avant tout protéger la réputation, l'honneur des citoyens contre des inquisitions flétrissantes? Ne devait-il pas garantir la société tout en-

tière contre ces déplorables scandales? Où s'arrêterait-on, en effet, si l'on ne tenait plus compte des limites que la loi nous a posées dans les art. 334 et suivants du Code Napoléon? Comment! toute espèce de preuves sera donc admissible? La recherche de la paternité elle-même sera permise? On produira de simples lettres pour établir qu'un tel a eu avec telle femme des relations qui ont donné le jour à des enfants. On ira, s'il le faut, jusqu'à la preuve testimoniale! Mais alors, qui ne comprend que le remède serait mille fois pire que le mal lui-même? On invoque contre nous l'honnêteté publique. Sans doute, il sera monstrueux de voir un individu épouser librement une femme que la rumeur publique proclame être sa fille, que peut-être même il a élevée comme telle; mais, nous le répétons, est-ce que la publicité des débats, l'incertitude des preuves par lesquelles on voudrait empêcher un semblable mariage ne seraient pas beaucoup plus dangereuses pour la morale que ce mariage lui-même? D'ailleurs, l'honnêteté publique ne crée plus aujourd'hui d'empêchement au mariage. Pour que les tribunaux puissent en reconnaître un, il faut qu'un texte formel l'ait établi. Et, dans tous les cas, en admettant à la rigueur que notre législation fût incomplète et insuffisante sur ce point, ce n'est pas à nous qu'il appartient de la réformer.

Une controverse du même genre s'élève par rapport à l'alliance. On se demande si le commerce illicite de deux personnes, alors qu'il a été légalement constaté, suffit pour produire entre l'une d'elles et les parents de l'autre une affinité naturelle qui empêche le mariage. La plupart des auteurs qui ont traité cette question soutiennent l'affirmative. Quant à nous, tout en regrettant sur ce point le silence du Code, il nous semble impossible d'admettre cette opinion. La loi, en effet, ne reconnaît d'alliance que celle qui résulte du mariage. Déjà le droit romain l'entendait de la sorte : *Affinitatis causa fit ex nuptiis*, nous dit Modestin. C'est aussi ce que nous répétait Pothier, quand il la définissait : « Le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage et les parents de l'autre. » Et, bien que nos législateurs n'en aient point donné une définition proprement dite, ce qui prouve qu'ils n'ont rien voulu changer au sens qu'on lui donnait anté-

rieurement, c'est que toutes les fois qu'ils en parlent, ils ne s'occupent jamais que de celle qui résulte du mariage (art. 206, 975, C. N. ; — 268, 280, C. Proc.). D'ailleurs, ne l'oublions pas, nous sommes ici dans une matière de droit strict; les rédacteurs du Code n'ont point reproduit cet empêchement, qu'ils savaient fort bien exister dans notre ancienne jurisprudence; par conséquent, les tribunaux ne peuvent le reconnaître. Du reste, s'il existait dans l'ancien droit, cet obstacle légal au mariage résultait peut-être moins, en réalité, de l'alliance que de l'honnêteté publique. Or, nous avons déjà dit qu'elle ne peut jamais être regardée chez nous comme une cause d'empêchement. Nous sommes loin de nier, ou même de vouloir atténuer, à coup sûr, le scandale que produira le mariage d'un individu avec la fille, avec la sœur d'une femme dont il a eu, si l'on veut, plusieurs enfants naturels; mais, en présence du texte de nos articles, nous ne pouvons que déplorer que notre législation n'aille pas plus loin à cet égard, et qu'elle n'ait pas pris les moyens de remédier à cet inconvénient. Du moins, puisque nous ne pouvons faire plus, empressons-nous de reconnaître que toutes les fois que la bonne foi des deux époux ou de l'un d'eux permettra de faire produire à un mariage nul ou annulé tous ses effets civils, l'alliance sera nécessairement au nombre de ces effets, et que par conséquent tout mariage deviendra désormais impossible entre l'un des conjoints et les parents de l'autre au degré prohibé.

En dehors des empêchements que nous venons de parcourir, la loi n'en admet pas d'autres qui puissent suffire pour demander la nullité du mariage. Il en existe bien encore un certain nombre qui s'opposent à la célébration, et dont le mépris entraîne pour l'officier de l'état civil et pour les parties des peines plus ou moins fortes; mais du moment que le mariage existe, on ne peut jamais ultérieurement le faire annuler pour cette cause. Bornons-nous à énumérer les principaux. L'article 228 défend à une veuve de contracter un nouveau mariage avant qu'il se soit écoulé au moins dix mois depuis la dissolution du précédent. De même, d'après l'art. 348, le mariage est prohibé entre l'adoptant d'une part, et de l'autre, l'adopté, son conjoint et sa postérité; puis entre l'adopté et le conjoint ou les enfants, même adoptifs, de l'adoptant.

L'existence d'un premier mariage annulable, ou dont le conjoint est absent, forme également obstacle à la célébration d'un mariage nouveau, jusqu'à la déclaration de nullité du premier mariage, ou la certitude acquise de la mort du conjoint absent (art. 139 et 189). Enfin, le mariage est encore défendu à l'enfant majeur qui n'a pas requis le conseil de ses père et mère; au mineur qui, se contentant du consentement qui lui était strictement nécessaire, n'a pas eu soin de consulter ses autres ascendants; aux officiers, sous-officiers et soldats qui n'ont pas satisfait aux décrets des 16 juin, 3 août, 28 août et 21 décembre 1808, et aussi à celui contre le mariage duquel existe une opposition régulière (art. 68). De plus, une jurisprudence constante interdit encore le mariage au prêtre catholique qui a été ordonné ou qui a continué ou repris l'exercice de son ministère, depuis la loi du 18 germinal an X. Les mêmes principes seraient évidemment applicables à la jeune fille qui, pour entrer dans un Ordre religieux légalement reconnu et destiné aux soins des malades, a contracté après sa majorité le vœu solennel de continence, mais pendant cinq années au plus, car la loi ne tient pas compte des engagements qu'elle aurait pris pour un plus long terme.

Au surplus, nous le répétons, tous ces empêchements ne sont que prohibitifs, et nous n'avons plus à nous en occuper.

Toutefois, avant de passer à notre quatrième chapitre, disons un mot des oppositions. Bien que l'examen de cette matière ne rentre pas dans notre sujet, ces quelques observations ne seront pas inutiles pour nous donner une idée générale de l'ensemble de notre législation sur le mariage. Nous venons d'indiquer tous les empêchements dirimants et les principaux empêchements prohibitifs. L'officier de l'état civil, au premier rang et sous sa responsabilité personnelle, doit en assurer l'efficacité, et se refuser à la célébration d'un mariage auquel s'oppose un obstacle légal. Les parties elles-mêmes devraient également s'y soumettre, sinon par respect pour la loi, du moins, le plus souvent, dans leur propre intérêt. Cependant il arrive trop fréquemment qu'elles cherchent à dissimuler ces empêchements à l'officier de l'état civil. Il peut même se faire qu'elles ne les connaissent pas.

Il fallait donc pourvoir au moyen de les découvrir. Ce moyen,

que la loi a spécialement organisé, est l'*opposition*, c'est-à-dire l'acte par lequel une personne signale à l'officier public et aux parties un obstacle à la célébration du mariage. Sage et prévoyante mesure, puisqu'elle est presque la seule sanction des empêchements prohibitifs, et qu'en ce qui concerne les empêchements dirimants elle peut préserver les parties et la société tout entière des désordres immenses qu'entraîne inévitablement après elle la nullité d'un mariage déjà célébré. Mais aussi mesure délicate et périlleuse, et qui pouvait devenir, si l'on n'y avait pris garde, une arme terrible et perfide au service des intérêts froissés, des espérances déçues, de la vanité humiliée, en un mot, des susceptibilités et des mécontentements de tout genre que suscitent très-souvent les projets de mariage. C'est pour ce motif que nos législateurs n'ont pas voulu que la faculté d'opposition dégénérât en action populaire, comme le disait M. Portalis, et qu'ils ont rigoureusement déterminé par quelles personnes et pour quelles causes les oppositions pourraient être formées. Les art. 172, 173, 174 et 175 sont donc essentiellement limitatifs. Nous pensons néanmoins que l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 permet aussi au ministère public de former opposition au mariage toutes les fois que l'empêchement qu'il invoque est fondé sur une loi d'intérêt général et d'ordre public.

Ceci dit, revenons à notre sujet, et abordons maintenant l'examen des formalités qui doivent précéder ou accompagner la célébration du mariage.

CHAPITRE IV.

DES FORMALITÉS NÉCESSAIRES A LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

Toutes les règles que nous avons étudiées jusqu'à présent tendent principalement à assurer le bonheur, l'union, la moralité des familles. A ce point de vue, leur observation peut être regardée comme un des éléments constitutifs de cet ordre moral sur lequel repose la société tout entière. Quant aux autres conditions dont il nous reste à parler, elles se rattachent surtout à l'organi-

sation matérielle du corps social. En effet, elles imposent aux parties un ensemble de formalités qui puissent attester à l'État qu'une nouvelle famille est constituée. Telle est la nécessité de publications préalables, et d'une célébration solennelle en présence d'un officier public désigné par la loi. N'était-il pas juste, au surplus, qu'avant de reconnaître et de sanctionner un mariage, la société, qui est en quelque sorte partie au contrat, exigeât tout au moins l'intervention de son représentant? C'était le seul moyen d'assurer à ses yeux l'observation des conditions de validité que nous avons indiquées plus haut, comme aussi de garantir aux parties l'indissolubilité du lien qu'elles venaient de former, et tous les autres effets civils que la loi y attache. Enfin, à un autre point de vue, cette distinction des familles était encore indispensable pour la dévolution des biens, et pour l'application des lois qui régissent les successions. Il était donc du droit du législateur, je dis plus, il était de son devoir de prendre toutes les précautions nécessaires pour établir cette distinction de la manière la plus sûre et la plus incontestable. C'est aussi ce qu'il a fait dans les art. 63-77, 165-172, où il s'est efforcé de donner la plus grande publicité au projet et à la célébration même du mariage. En effet, toutes les prescriptions de ces articles semblent n'avoir qu'un but : *la publicité*. Seulement cette publicité peut être envisagée sous deux aspects très-différents; elle peut en quelque sorte être regardée comme double, si j'ose ainsi parler; l'une matérielle, l'autre juridique et civile. La première résulte de l'accomplissement de toutes les formalités qui doivent précéder ou accompagner la célébration du mariage; la seconde tient exclusivement à la présence, au concours d'un officier public compétent.

Bien que le défaut de l'une ou de l'autre de ces publicités ne puisse donner lieu qu'à une même cause de nullité, la clandestinité, nous les examinerons néanmoins dans deux paragraphes différents.

§ 1. *De la compétence de l'officier public chargé de procéder à la célébration du mariage.* — Quand nous avons dit tout à l'heure qu'au lieu de former une condition particulière, la compétence de l'officier public n'était à proprement parler que l'un des éléments d'une condition unique, la publicité, il est évident que

nous n'entendions parler que de la compétence à raison des personnes, et non de la compétence à raison de la matière. En effet, on peut distinguer ici une double compétence : l'une *réelle*, c'est-à-dire relative à l'objet même du contrat; l'autre *personnelle*, et dépendant exclusivement des contractants. Établissons avec soin l'une et l'autre.

On dit qu'un officier public est compétent pour faire tel ou tel acte, lorsqu'il a reçu du gouvernement le droit et le pouvoir de faire cet acte à l'exclusion de tous autres individus. Seul il peut lui imprimer un caractère juridique, seul il peut lui donner une existence légale, et par conséquent lui assurer ainsi tous les effets civils que les lois y attachent. Cette sorte de compétence ne comporte pas de degrés. L'officier qui reçoit un tel acte y est apte ou non, il ne l'est pas plus ou moins; il l'est tout à fait ou point du tout. Aussi, toutes les fois que l'acte a été fait par un autre que celui à qui le législateur avait spécialement attribué ce pouvoir, il n'existe pas légalement; il n'y a rien, absolument rien. Il n'est pas simplement défectueux, annulable; il est nul dans toute la force et dans toute l'énergie de ce mot.

Cette explication préalable une fois bien comprise, voyons maintenant quel est le fonctionnaire que la loi charge de recevoir le consentement des époux et de les déclarer légitimement unis. Dans notre ancienne législation, nous l'avons vu, il n'y avait que les prêtres qui pussent procéder à la célébration d'un mariage. Outre leur caractère religieux, la loi les avait investis d'un caractère purement civil. Le principe de la séparation des pouvoirs ne permettait pas de leur conserver ces attributions. Elles ne pouvaient plus appartenir qu'à des officiers laïques. Aux termes de la loi du 28 pluviôse an VIII, nos législateurs ont choisi les maires et leurs adjoints pour remplir ces importantes fonctions, et, quand ils les exercent, on leur donne le nom d'*officiers de l'état civil*. Au reste, ne l'oublions pas, leur rôle est purement passif; ils ne sont en réalité que les premiers témoins du mariage dont ils se bornent à proclamer la célébration. L'acte qu'ils dressent à cet effet n'est nullement nécessaire à la formation du lien conjugal; il en atteste seulement l'existence légale, et fournit le moyen de l'établir d'une manière certaine et au-

thentique. Il est donc complètement faux de dire que ce soit le maire qui marie les époux; ce sont les parties elles-mêmes qui se marient; c'est leur consentement, c'est leur volonté qui forme le contrat. La loi désigne simplement un fonctionnaire qui vient écouter l'expression solennelle de cette volonté, et en prendre acte au nom et comme représentant de la société.

Ce mandataire spécial étant le seul que notre législateur autorise à recevoir de pareils actes, il s'ensuit que toutes les fois que deux personnes auront tenté de contracter mariage en son absence, la loi ne saurait reconnaître et sanctionner leur union. Supposons, par exemple, que deux individus aillent déclarer à un notaire qu'ils se prennent réciproquement pour époux; il est évident qu'il n'y a pas de mariage aux yeux du droit civil. C'est absolument comme s'ils n'avaient rien fait, et tous ceux contre qui ils chercheraient à s'en prévaloir pourront, quand ils le voudront et à quelque époque que ce soit, faire constater par les tribunaux que cette union n'a jamais existé.

Mais en dehors de cette compétence que nous pouvons appeler réelle, puisqu'elle tient à la matière, à la nature même du contrat, il en existe encore une autre que nous désignerons sous le nom de personnelle, parce qu'elle varie avec la personne des contractants. La première, nous venons de le démontrer, est indispensable non-seulement à la validité, mais à l'existence même du mariage; sans elle, il n'y a pas de contrat aux yeux de la loi civile, il n'y a rien. La seconde, au contraire, nous le répétons, ne forme que l'un des éléments d'une condition unique, la publicité. Sans elle, le mariage, il est vrai, ne peut être célébré régulièrement, mais du moins il existe; et ce sera aux magistrats de décider en fait s'il doit ou non être maintenu. Ils se demanderont si ce défaut de publicité a été suffisant pour rendre ce mariage clandestin; ils devront même examiner si ce vice primitif n'a pas été couvert par une possession d'état postérieure; en un mot, ils seront complètement libres, d'après les circonstances, d'en prononcer ou non la nullité. C'est ce que nous dit positivement l'art. 193, qui n'envisage la compétence qu'à ce dernier point de vue. Entrons ici dans quelques détails.

Dans notre ancienne législation, quoique tout prêtre eût en lui

le pouvoir de procéder à la célébration d'un mariage, la loi exigeait cependant que ce fût un prêtre particulier, le curé des parties qui les mariât, parce qu'il était plus capable que tout autre d'atteindre le but qu'elle poursuivait, et de découvrir les obstacles qui pouvaient s'opposer au mariage. Ainsi, à côté du droit virtuel que le prêtre conservait partout et toujours, en vertu de son caractère indélébile, il y avait encore l'exercice du droit. Si le cachet sacerdotal demeurait invariablement le même dans tous les pays, la juridiction disciplinaire était essentiellement locale et limitée. Le curé seul pouvait l'exercer sur tous ses paroissiens, et en quelque lieu qu'ils se trouvassent, à moins qu'il n'eût expressément délégué ses pouvoirs. De même, la loi nouvelle, tout en reconnaissant à un officier de l'état civil quelque capacité de marier, a voulu néanmoins que le mariage fût célébré devant tel de ces officiers plutôt que devant les autres. Aussi l'art. 165 nous dit-il que le mariage doit être célébré en présence de l'officier de l'état civil du domicile de l'une des deux parties. En effet, qui pourra mieux connaître un individu que celui qui habite la même commune que lui, qui l'a toujours suivi pour ainsi dire pas à pas, que celui qui tient les registres de l'état civil du lieu où le plus souvent sa vie s'est passée, où il a sa famille, ses relations? A qui pourra-t-on plus facilement faire savoir s'il y a un empêchement au mariage? En un mot, qui pourra mieux assurer l'accomplissement de toutes les prescriptions de la loi? Qui pourra les faire observer d'une manière plus sérieuse et plus efficace? Toutefois, comme d'un autre côté on ne voulait pas rendre les mariages trop difficiles, il suffit, pour qu'on puisse se marier devant l'officier civil d'une commune, qu'on ait une résidence de six mois dans cette commune : c'est ce qu'on appelle le domicile spécial quant au mariage. (Art. 74.)

Nous avons dès lors une double compétence à distinguer dans l'officier de l'état civil : la compétence à raison de la matière, qui appartient indistinctement à tous les officiers municipaux en général; la compétence à raison des personnes que la loi attribue exclusivement aux officiers de l'état civil du domicile de l'un des contractants. L'une et l'autre sont demeurées ce qu'elles étaient

dans l'ancien droit, c'est-à-dire que la première est quelque chose d'absolu, d'invariable, et qui n'est susceptible ni de plus ni de moins; la seconde, au contraire, n'est envisagée par le législateur que comme un des principaux éléments de la publicité. Et c'est pourquoi il laisse à la sagesse et à la prudence des tribunaux le soin d'apprécier jusqu'à quel point elle doit manquer pour invalider un mariage. Outre le raisonnement, les textes justifient parfaitement ce principe, puisque l'art. 193 nous dit formellement qu'une contravention à la règle qui ordonne de célébrer le mariage devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties peut n'être pas suffisante pour en faire prononcer la nullité. Ainsi, l'on peut se marier dans la commune où l'on n'a que six mois de résidence; mais si on y avait eu une résidence moindre, cinq mois, quatre mois, moins encore, le mariage ne devrait pas être nécessairement déclaré non valable; les magistrats auraient alors un pouvoir absolu pour le maintenir ou l'annuler, suivant les circonstances.

Il en serait encore de même, suivant nous, si le mariage avait été célébré devant l'officier compétent, mais en dehors de sa commune, ou bien dans une maison particulière. Cependant, l'art. 75 exige positivement que la célébration ait lieu dans la maison commune du domicile de l'une des parties. Et, d'un autre côté, on peut dire qu'un maire rentre immédiatement dans la classe des simples citoyens du moment qu'il est sorti de sa commune. La loi, en effet, ne l'a investi de ces fonctions que pour une certaine portion de territoire, et rien ne saurait l'habiliter en dehors des limites de sa circonscription. On objecte que dans l'ancien droit le curé des parties pouvait déléguer à un prêtre quelconque le pouvoir de marier ses paroissiens, et que personne, dans ce cas, n'eût été admis à contester la validité du mariage; mais ces principes n'ont certainement pas passé dans notre Code; et s'il est vrai de dire que, dans toute cette matière, l'ancienne législation soit notre meilleur guide, on ne peut néanmoins adopter sans contrôle tous les principes qu'elle consacrait relativement à la compétence. Du reste, nous le répétons, bien que de tels mariages ne nous paraissent pas réguliers, comme la loi n'est pas explicite à cet égard, on ne pourrait point en prononcer la nullité

pour cette seule cause. En conséquence, ce ne serait jamais qu'une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux, qui seraient toujours libres, d'après les circonstances de chaque affaire, de déclarer qu'il y a eu par ailleurs une publicité suffisante. Aussi voyons-nous une jurisprudence constante reconnaître comme parfaitement valables les mariages célébrés *in extremis*, toutes les fois que les autres conditions ont été remplies. On appelle ainsi, nous l'avons dit, l'union qu'une personne contracte à son lit de mort avec le complice d'un commerce illicite, dans le but de réparer une faute passée en rendant l'honneur à ce dernier, et en assurant à leurs enfants les droits et avantages de la légitimité. Et pourtant, dans cette hypothèse, le maire est obligé de se transporter au chevet du moribond, quelquefois même en dehors du territoire de sa commune. Mais aussi, n'eût-il pas été trop rigoureux de ne jamais permettre de semblables mariages? N'était-ce point dans ce cas que les juges pouvaient faire le plus juste et le plus légitime usage de la liberté indéfinie que la loi leur accorde? Nous pouvons donc dire qu'en autorisant à reconnaître et à sanctionner de pareilles unions, le législateur ne fait que confirmer la doctrine que nous venons de développer.

Enfin, une dernière question s'élève encore relativement à la compétence de l'officier de l'état civil. La loi, dans l'art. 74, nous dit que « *le domicile quant au mariage s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune.* » Puis, dans l'art. 165, elle ajoute que « *le mariage sera célébré publiquement devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des deux parties.* » Ce dernier texte, on le voit, ne fait aucune distinction; et, comme un titre particulier entre ces deux articles trace les règles du domicile ordinaire, on se demande si l'art. 165 parle du domicile spécial ou du domicile ordinaire, et par suite si on peut indifféremment se marier à l'un ou à l'autre, lorsqu'ils sont distincts. Il est peu de questions qui aient été l'objet d'aussi vives controverses. On cite beaucoup d'arguments très-forts pour l'une et l'autre opinion; on invoque dans les deux sens les débats du Conseil d'État. Cependant, en présence de cette incertitude des discussions et du texte si formel de l'art. 74, il nous semble que le domicile établi par six mois de résidence est le seul où le mariage

puisse être régulièrement célébré. C'est là surtout, en effet, que les parties sont réellement connues; et l'admission de l'autre système ne servirait qu'à éluder les prescriptions de la loi relative-ment à la publicité. Au reste, nous devons ajouter que, suivant nous, et conformément aux principes généraux qui ne permettent jamais la perte ou l'acquisition pure et simple d'un domicile quelconque, ce domicile spécial, une fois acquis dans une commune, y continue encore pendant six mois après la cessation de la résidence. C'était la doctrine admise dans l'ancien droit (V. Gilbert) : et pourquoi n'en serait-il pas ainsi de nos jours? Si le législateur suppose que six mois sont nécessaires pour qu'un individu qui vient se fixer dans une commune y soit suffisamment connu, n'est-il pas juste et rationnel qu'il exige également six mois pour que son souvenir se soit effacé? Dans tous les cas, si le mariage avait été célébré par l'officier du domicile réel, nous pourrions toujours répondre que ce mariage existe, qu'aucun texte de loi n'oblige les tribunaux à l'annuler pour cette cause, et que par conséquent ils auront toujours un pouvoir souverain pour le valider, quand ils le jugeront convenable.

Ainsi donc, en résumé, on peut dire en général que les officiers de l'état civil sont seuls compétents pour procéder à la célébration d'un mariage; ils sont d'une compétence à raison de la matière qui ne saurait admettre ni nuances, ni degrés; si elle manque, il n'y a pas de mariage, il n'y a rien. Mais quand il s'agit de savoir si l'officier public a une compétence personnelle pour tel ou tel mariage déterminé, nous répondons avec l'histoire, la pratique et l'art. 193 : il peut l'avoir plus ou moins; c'est une question de fait laissée à l'appréciation des magistrats; ils se demanderont en même temps, au point de vue de la publicité, si l'officier compétent à raison des personnes n'a pas violé cette condition en célébrant un mariage en dehors de sa commune. En un mot, ils auront un pouvoir discrétionnaire pour juger si, par un de ces motifs, le mariage est entaché du vice de clandestinité, et doit être annulé.

§ 2. *De la publicité proprement dite, ou des formalités qui précèdent et accompagnent la célébration du mariage.* — Nous avons indiqué ce qui constitue la publicité civile, juridique; occupons-nous

maintenant de la publicité matérielle. Ici, surtout, nous ne rencontrons aucune règle dont l'accomplissement soit absolument indispensable à la validité du mariage. En effet, la publicité est une condition essentiellement multiple et complexe : il y a bien des degrés dans la publicité ; aussi la loi fait-elle de la question de savoir si elle a été suffisante dans la célébration d'un mariage une simple question de fait qu'elle abandonne complètement à l'appréciation des tribunaux. Cette explication préalable nous dispensera d'entrer dans les nombreux détails de cette matière qui ne rentre pas directement dans notre plan ; parcourons-la donc rapidement et en quelques mots.

La publicité matérielle est antérieure ou concomitante au mariage.

La publicité antérieure consiste principalement dans deux publications destinées à porter à la connaissance du public, et surtout des parties intéressées, le projet de mariage. Elle a pour but de favoriser, de provoquer même la révélation des faits qui seraient de nature à y faire obstacle.

Les publications doivent contenir les indications nécessaires pour arriver au but poursuivi, c'est-à-dire la mention de toutes les circonstances qui déterminent l'individualité de chacun des futurs époux, leurs prénoms, nom, profession et domicile, leur filiation, leur qualité de majeurs ou de mineurs. L'officier de l'état civil doit en outre en dresser l'acte sur un registre particulier. Copie de cet acte demeure affichée à la porte de la mairie pendant les huit jours qui séparent les deux publications. Il est clair que ce sont les parties qui doivent fournir à l'officier de l'état civil les renseignements nécessaires pour rédiger les publications. Il nous semble aussi qu'il ne peut les faire sans avoir obtenu le consentement de chacun des futurs époux. Personne, en effet, ne peut disposer du nom d'un individu sans son assentiment, surtout dans une affaire aussi délicate et aussi importante.

L'art. 63 exige en principe qu'il soit fait deux publications, et à huit jours d'intervalle. Il exige également que ces publications soient faites le dimanche. Toutefois, l'art. 169 permet au gouvernement de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication. Ces dispenses sont directement accordées par le procu-

reur impérial près le tribunal dans l'arrondissement duquel les parties se proposent de célébrer leur mariage. Dans tous les cas, le texte de l'art. 64 ne permet de procéder à la célébration que le troisième jour depuis et non compris celui de la dernière publication. Il faut, en outre, nous dit l'article suivant, qu'il ne se soit pas écoulé plus d'une année depuis la seconde publication. Par conséquent, un mariage publié le dimanche 9 mai 1858, puis le dimanche 16 du même mois, ne pourra être célébré que le mercredi 19; et il pourra l'être jusques et y compris le 18 mai de l'année suivante. Mais il ne pourrait plus l'être le 19 sans nouvelles publications, quoi qu'en aient dit certains auteurs; car la loi exige qu'il soit célébré dans l'année, et on ne peut pas, dans une année, avoir deux fois le 19 mai.

Les art. 166, 167 et 168 nous indiquent les lieux où ces publications doivent être faites. Si le domicile spécial quant au mariage est le même que le domicile ordinaire, elles devront être faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile. Si, au contraire, ces deux domiciles sont distincts, les publications sont obligatoires et dans l'un et dans l'autre. Enfin, si les futurs époux, ou l'un d'eux, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications doivent encore être faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels ils se trouvent. Par ces dernières expressions, il nous semble que l'on doit entendre non-seulement ceux dont le consentement est nécessaire à l'une des parties, mais aussi ceux dont elle doit requérir le conseil; car c'est être sous la puissance d'un ascendant, c'est dépendre de lui, que d'être tenu de le consulter. D'ailleurs, celui dont le conseil doit être demandé a le droit de former opposition au mariage toutes les fois que l'on veut méconnaître son autorité; il faut donc par conséquent lui donner connaissance du projet de mariage. Il est évident, bien entendu, que si le consentement à obtenir était celui du conseil de famille, ce serait au domicile de ce conseil de famille qu'il faudrait faire les publications, c'est-à-dire au domicile du juge de paix qui le préside, et chez lequel il se réunit, et non au domicile de chacun des membres qui le composent.

Au reste, nous devons ajouter, en terminant, qu'au lieu de

faire des publications véritables, on se contente en général, dans la pratique, de l'affiche qui demeure apposée à la porte de la mairie d'un dimanche à l'autre.

De la combinaison de ce qui précède, il résulte que si des publications avaient été faites dans plusieurs communes à différentes époques, le mariage ne pourrait être régulièrement célébré que le troisième jour après les dernières, et que s'il s'était écoulé moins d'un an depuis les premières.

Au surplus, nous n'insistons pas sur tous ces points, puisqu'il est reconnu que, n'y eût-il pas même de publications, on ne devrait pas pour ce seul fait annuler le mariage : cela ressort de l'art. 192, qui ne prononce dans ce cas qu'une amende contre l'officier de l'état civil et contre les parties coupables de cette violation de la loi.

Enfin, avant de procéder à la célébration, les parties doivent encore justifier devant l'officier de l'état civil de l'accomplissement de toutes les conditions requises pour que le mariage projeté puisse avoir lieu. Cette justification se fait au moyen de la remise d'un certain nombre de pièces. Les plus importantes sont : 1^o l'acte de naissance des futurs époux, qui met à même de constater exactement leur âge et leur filiation : dans le cas où il serait impossible de le reproduire, le législateur permet ici, exceptionnellement et par faveur pour le mariage, d'y suppléer par un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de la naissance ou du domicile, signé de lui et de sept témoins, et homologué par le tribunal ; 2^o l'acte authentique du consentement des ascendants et de la famille, lorsqu'ils ne sont pas présents au mariage ; 3^o une expédition des dispenses que l'on a pu obtenir ; 4^o si l'on a été marié précédemment, l'acte constatant la dissolution de ce mariage ; 5^o des certificats des officiers de l'état civil attestant que les publications ont été faites dans les diverses communes où elles devaient avoir lieu ; 6^o enfin, d'autres certificats constatant qu'il n'y a point eu d'opposition, ou, dans le cas contraire, la mainlevée de celles qui se seraient produites.

Quand toutes ces pièces ont été remises aux mains de l'officier de l'état civil compétent, on peut alors procéder à la célébration du mariage. Les formalités qui l'accompagnent constituent le se-

cond degré de publicité matérielle. Nous avons déjà dit devant qui et dans quelle commune le mariage doit se faire pour être régulier. L'art. 75 nous énumère toutes les autres formalités que l'on doit accomplir. Il est ainsi conçu. « Le jour désigné par les « parties après les délais des publications, l'officier de l'état civil, « dans la maison commune, en présence de quatre témoins, parents ou non parents, fera lecture aux parties des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage, et du chapitre 6 du titre *du mariage sur les droits et les devoirs respectifs des époux*. Il interpellera les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu. Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ. » Ainsi donc, on le voit, ce sont les parties qui choisissent le jour; l'officier public désigne seulement l'heure qui lui paraît le plus convenable; puis, quand toutes les parties sont en présence, il leur fait la lecture de toutes les pièces, il reçoit successivement de chacun des futurs époux l'expression solennelle de la volonté où ils sont de se prendre réciproquement pour mari et femme, il prononce leur union, comme représentant de la loi, et il en dresse acte immédiatement.

Des termes mêmes de notre article, il nous semble résulter clairement que les deux époux doivent comparaître en personne, et que par conséquent, les mariages par procureur ne seraient plus permis de nos jours. En effet, le législateur ne parle jamais que des parties, et ne paraît même pas supposer qu'elles puissent se faire représenter par un mandataire. Au reste, l'art. 36 est encore plus explicite : « Dans les cas où les parties intéressées, nous dit-il, ne seraient point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique. » Il y a donc plusieurs cas où la loi les oblige à comparaître en personne. L'un de ces cas, lors de la promulgation du Code, était celui du divorce par consentement mutuel

(art. 284). L'autre ne pouvait être logiquement que celui de la célébration du mariage. En effet, il était peut-être encore plus essentiel que les parties fussent présentes pour la formation que pour la dissolution de ce lien. Enfin, les discussions au Corps-Législatif ne laissent pas de doute à cet égard. Et après tout, n'est-il pas juste que pour le plus grave des actes de la vie on exige que chacun des intéressés y préside lui-même, et conserve ainsi jusqu'au dernier moment la faculté de ne pas contracter un engagement indissoluble, s'il survient quelques motifs de craindre que cette union ne soit pas bien assortie?

Avant de quitter ce sujet, il nous reste encore une dernière question à examiner. L'art. 75 oblige l'officier de l'état civil à rédiger sur-le-champ l'acte de mariage. On s'est demandé jusqu'à quel point la rédaction de cet acte pouvait être nécessaire à la validité du mariage, et par suite si le refus de signer de l'une des parties contractantes pouvait suffire pour le faire annuler. Il nous semble qu'il est complètement impossible de soutenir ici l'affirmative. En effet, notre droit pose comme maxime fondamentale que la convention est indépendante de l'acte qui sert à la prouver. Par conséquent, toutes les fois que la loi n'a pas déclaré le contraire, l'écriture n'est jamais requise que *ad probationem*. Et dès lors, il est vrai de dire que le lien conjugal est formé du moment que son existence a été proclamée par l'officier de l'état civil; les vices de l'acte qui doit être dressé ne sauraient affecter en rien sa validité; il subsiste indépendamment de cet acte; et pour justifier de son existence, chacun des conjoints pourrait invoquer la possession d'état, et tous les autres modes de preuve reconnus par la loi. Nous sommes donc parfaitement en droit de conclure que le refus de signer de l'un des époux, ou que même le défaut de signature de l'officier de l'état civil, ne pourrait avoir aucune influence sur la validité ou l'invalidité du mariage, qui se forme, nous le répétons, par le seul consentement, et sans qu'il soit besoin d'aucun écrit.

Tel est l'ensemble des formalités que notre Code exige pour la célébration d'un mariage. Chacune d'elles prise isolément, nous ne saurions trop le redire, ne forme que l'une des parties d'une condition unique, la publicité. Aussi, toutes les fois que l'on de-

mandera la nullité d'un mariage pour la violation de l'une de ces règles, il ne s'agira pas seulement de savoir si telle ou telle formalité a été remplie oui ou non, mais encore si son absence a suffi pour rendre l'union clandestine; en un mot, ce ne sera jamais qu'une question de fait et d'appréciation que les tribunaux résoudront d'une manière souveraine et absolue. Nous verrons même dans notre cinquième chapitre que la publicité postérieure résultant de la possession d'état peut couvrir dans certains cas le vice d'un mariage irrégulier d'abord.

APPENDICE AU CHAPITRE QUATRIÈME.

Des mariages célébrés à l'étranger ou par des étrangers. — Occupons-nous maintenant des mariages célébrés en pays étranger par des Français entre eux, ou par un Français et un étranger; puis nous parlerons des mariages célébrés en France par deux étrangers, ou par un Français et un étranger.

Dans notre ancienne législation, les Déclarations des 16 juin et 6 août 1685 défendaient aux Français de se marier en pays étranger sans la permission du Roi. Le Code Napoléon n'a pas renouvelé cette prohibition qu'avait déjà fait disparaître la loi du 20 novembre 1792. Les Français peuvent donc se marier en tout pays, soit entre eux, soit avec des étrangers, mais en observant toutefois les conditions que nous allons exposer. Les articles 170 et 171 sont les seuls de notre titre qui aient rapport à ce sujet. Voici en quels termes ils sont conçus : « Le mariage contracté en
« pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers,
« sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le
« pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites
« par l'article 63, au titre des *Actes de l'état civil*, et que le Français
« n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre
« précédent. » — « Dans les trois mois après le retour du Français
« sur le territoire de l'Empire, l'acte de célébration du mariage
« contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public
« des mariages du lieu de son domicile. » On le voit, ces deux articles posent quatre conditions bien distinctes : 1^o il faut que le

Français n'ait point contrevenu aux règles du chapitre premier de notre titre, c'est-à-dire aux articles 144-164 inclusivement ; 2^o le mariage doit être célébré dans les formes du pays ; 3^o il doit être précédé de publications en France ; 4^o enfin, il faut que l'acte soit transcrit sur le registre de l'état civil dans les trois mois qui suivent le retour des époux sur le sol français.

La première de ces conditions n'est que l'application de l'article 3, qui dit que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent ces personnes, même en pays étranger. C'est, en effet, un des grands principes fondamentaux de notre droit. Par conséquent, tous les empêchements de mariage que nous avons énumérés subsistent pour les Français, dans quelque lieu qu'ils se trouvent, et les mêmes peines menacent ceux qui les violent, aussi bien à l'étranger que dans notre propre pays.

La seconde de ces conditions n'est aussi que la mise en exercice de cette maxime qui a toujours été universellement admise : *Locus regit actum*, la forme des actes est réglée par la loi du lieu où ils se passent. C'est ce que proclame formellement l'article 47 du titre des actes de l'état civil. Toutefois, l'article 48 ajoute que dans le cas où les deux parties sont françaises, l'acte sera également valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls. Ainsi donc, lorsque le mariage contracté à l'étranger aura lieu entre deux Français, il pourra être célébré soit devant un officier du pays, soit devant un agent diplomatique français. Le premier est compétent en vertu de la maxime que nous citons tout à l'heure ; le second le serait d'après les principes ordinaires, puisqu'il est officier public français. Il est clair que pour les militaires en campagne cette règle de l'article 47 ne serait point applicable, et qu'un soldat, par exemple, ne pourrait jamais épouser devant l'officier du pays une femme attachée à l'armée ; car là où est le drapeau, là est la France ; et, par conséquent, il ne pourrait se marier qu'en présence de l'officier public français, ou des chefs de corps auxquels la loi attribue ces fonctions. (Art. 88 et suiv.)

Quant à la troisième condition, qui exige que le mariage soit précédé de publications en France, il est peu de textes qui aient

donné lieu à autant de controverses. Et d'abord, on discute sur le point de savoir si ces publications seront toujours nécessaires, à quelque époque que ce soit, et alors même que l'on aurait quitté la France depuis longues années. Pour nous, en présence des termes si formels de notre article qui ne fait aucune distinction, il nous semble impossible de méconnaître qu'elles soient toujours obligatoires. D'ailleurs, c'est en quelque sorte un acte de déférence et de soumission que la patrie demande à ses enfants, et il était naturel qu'elle ne les en dispensât dans aucun cas.

Mais c'est surtout quand on se demande l'effet que doit produire le défaut de publications que nous voyons apparaître les opinions les plus divergentes. Trois systèmes sont ici en présence. Le premier soutient que le mariage est nul dans toutes les circonstances; il invoque les expressions mêmes de notre article, et particulièrement le sens grammatical des mots *pourvu que*. Il ajoute que d'ailleurs si la loi érige pour ce cas en empêchement dirimant un empêchement qui n'est que prohibitif dans les hypothèses ordinaires, c'est que la position n'est plus la même. En effet, l'absence de toute peine applicable à l'officier contrevenant enlèverait sa principale sanction à cette disposition du législateur. Enfin, on montre combien il serait odieux de voir ainsi deux individus quitter exprès et impunément leur pays, dans le but de se soustraire aux prescriptions de la loi. — A cela, les partisans du second système répondent que si les lois personnelles régissent les Français, même en pays étranger, on ne peut aller jusqu'à dire qu'elles changent ainsi de nature, et qu'elles deviennent plus rigoureuses pour eux dans un cas que dans l'autre; que d'ailleurs, ce n'est même pas ici un statut personnel, que l'art. 170 n'est qu'une exception à la règle *locus regit actum*, et que c'est une raison de plus pour l'entendre dans le sens le plus restreint et le plus limité; que l'argument tiré des expressions *pourvu que* est un argument *à contrario*, et que personne ne peut légitimement en déduire des conséquences aussi sévères; que la loi n'organise nulle part cette action en nullité; et qu'enfin, s'il est fâcheux de voir des individus frauder audacieusement la loi en allant se marier à l'étranger sans publications préalables, la bonne foi de ceux qui y résident depuis longtemps, et que l'igno-



rance seule a empêchés de se soumettre à cette formalité, mérite aussi que les tribunaux ne viennent pas, pour cette seule cause, annuler leur mariage. Se fondant sur toutes ces raisons et se reportant à l'art. 192, ils décident donc que ces publications ne sont jamais indispensables à la validité du mariage, et qu'alors même qu'on ne les aurait point faites, il doit être toujours également maintenu. C'est alors que nous voyons surgir le troisième système, qui est une sorte de transaction entre les deux premiers, et qui a généralement prévalu. C'est, du reste, celui qui nous paraît le plus conforme aux véritables principes. Tempérant l'extrême sévérité du premier, sans cependant laisser, comme le second, la société désarmée, il s'en réfère au pouvoir discrétionnaire des magistrats. Ainsi, suivant nous, les juges devront combiner l'art. 170, qui exige les publications, avec l'art. 191, qui proscrit, sous peine de nullité, la clandestinité. Si les publications ont été omises par oubli et sans parti pris à l'avance; si, en dehors de cet élément, il y a eu un certain degré de publicité dans le mariage contracté à l'étranger, les tribunaux le valideront. Si, au contraire, les publications étaient le seul, l'unique signe de la publicité, si c'est volontairement et par fraude qu'elles n'ont point été faites, en d'autres termes, s'il y a eu, non pas seulement absence de publications, mais absence totale de publicité, les tribunaux annuleront. C'est pour n'avoir pas saisi cette distinction que l'on a prétendu que la jurisprudence avait souvent varié sur ce point. Il n'en est rien; au fond, elle est toujours une. Les espèces changent, mais son principe ne change pas, et nous pouvons le résumer en un seul mot : le défaut de publications n'entraîne pas de plein droit la nullité; le défaut de publicité l'entraîne toujours. Il était juste d'aller jusque-là; il était impossible d'aller plus loin. Dans le but de sauvegarder l'honneur des familles, l'intérêt des enfants, la loi pouvait permettre aux magistrats de constituer la publicité au moyen d'éléments divers et isolés; mais quand ils ne la rencontrent nulle part, un motif plus élevé, une raison d'ordre public, les oblige à frapper.

Enfin, la quatrième condition requise, c'est que l'acte de célébration du mariage soit transcrit sur les registres de l'état civil du domicile des parties dans les trois mois qui suivent leur re-

tour en France. Bien, ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi, n'autorise à conclure que le défaut de transcription dans le délai voulu entraînerait la nullité du mariage. Cette disposition toutefois ne reste pas, à nos yeux, dépourvue de sanction. En effet, nous pensons que, dans ce cas, le mariage ne pourrait être opposé à quiconque aurait intérêt à le méconnaître, et que tous ceux à qui ce silence des époux porterait préjudice pourraient légitimement invoquer l'article 1382 pour en obtenir réparation.

Pour le mariage d'un Français avec un étranger, les règles sont les mêmes; seulement il est clair que la capacité de cet étranger doit être déterminée d'après les lois de son pays. De plus, la célébration ne pourrait avoir lieu que devant l'officier public étranger; car s'il est vrai de dire que l'officier français soit compétent par rapport au Français, il ne le serait plus relativement à la femme étrangère que celui-ci épouse.

S'il s'agit maintenant du mariage contracté en France entre un Français et un étranger, nous appliquerons les mêmes principes. Par conséquent, en vertu de la règle *locus regit actum*, ce seront les formes françaises qui devront être suivies. Il faudra donc deux publications à l'étranger, car nous avons vu que cette disposition tient plutôt à la forme qu'à la capacité des individus. Cette dernière, au contraire, devra être réglée d'après les lois personnelles à chacune des parties. Une circulaire ministérielle recommande même en principe d'exiger, avant la célébration, un certificat des autorités étrangères constatant cette capacité.

Enfin, quant au mariage contracté en France entre deux étrangers, ce seront encore les prescriptions de la loi française qui devront être remplies pour la célébration. La capacité des futurs époux sera seule régie par les lois personnelles à chacun, à moins, toutefois, que l'application de ces lois ne fût de nature à blesser l'ordre public.

CHAPITRE V.

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

On fait trop souvent dans cette matière une confusion qu'il est cependant bien important et aussi bien facile d'éviter. C'est celle

d'un acte nul, rigoureusement parlant, avec l'acte simplement annulable.

L'acte nul est celui qui n'existe pas, qui manque d'une condition essentielle pour qu'il prenne vie aux yeux de la loi, si j'ose ainsi parler. Tel serait, par exemple, le prétendu mariage qu'un fou semblerait contracter, ou que deux personnes tenteraient de célébrer en présence d'un notaire; telle serait encore l'union que paraîtraient former, devant l'officier de l'état civil, deux femmes, dont l'une se ferait passer pour un homme. Dans ce cas, le mariage est nul dans le sens propre et philosophique de ce mot. *Nullum est matrimonium*, il n'y a pas de mariage.

L'acte annulable, au contraire, est celui qui s'est vraiment formé, qui a une existence réelle, mais qui se trouve entaché d'un vice pour lequel le législateur permet de le faire briser, annuler : tel serait le mariage qu'une jeune fille de vingt ans contracterait sans le consentement de son père.

Cette différence profonde entre la nature de ces deux actes amène, on le conçoit, des différences non moins profondes dans les théories juridiques auxquelles l'un et l'autre donnent lieu.

L'acte nul ou inexistant, n'ayant jamais pris naissance, ne peut donc jamais être vivifié, confirmé, par aucune cause postérieure, quelle que soit cette cause : *quod nullum est confirmari nequit*. De même, pour l'empêcher de me nuire, je n'ai pas besoin de le faire annuler; je ne le pourrais même pas. En effet, comment attaquer ce qui n'a point d'existence? Je dois attendre qu'on me l'oppose, et alors il me suffira de m'adresser à la justice pour faire constater et proclamer que cet acte n'a jamais existé, et que, par conséquent, il ne saurait produire aucun effet, *quod nullum est nullum producit effectum*.

Au contraire, quand l'acte est simplement annulable, son existence, quoique vicieuse, n'en est pas moins certaine; par conséquent, rien ne s'oppose à ce qu'il soit ratifié, confirmé par quelque événement postérieur. En outre, du moment que cet acte est formé, il continuera d'exister jusqu'à ce qu'il n'ait été cassé : d'où la nécessité d'intenter contre lui une demande en annulation, c'est-à-dire une action en nullité. Et puisqu'il y a une action à former contre l'acte annulable, il faudra que la loi organise cette action, il faudra qu'elle dise dans quels cas et pour

quels motifs elle pourra être intentée, par quelles personnes, dans quel délai, et sous quelles autres conditions elle devra l'être. Or, c'est ce que notre législateur a fait dans les art. 180-191 de notre titre. Ainsi, quand l'action dirigée contre un acte annulable sera formée pour une autre cause, par d'autres personnes ou à une autre époque que celles indiquées par notre chapitre, cette action ne sera pas reçue.

Tout en cette matière, et nous avons déjà bien souvent fait allusion à ce principe, tout est de droit strict, et rien ici n'est laissé à l'appréciation des magistrats.

Mais, comme on ne saurait agir contre ce qui n'existe pas, les rédacteurs du Code n'ont pu régulièrement organiser une action contre tous les actes absolument nuls. Chacun doit attendre qu'on les lui oppose; et alors il est toujours temps de s'adresser aux tribunaux pour faire reconnaître publiquement que ces prétendus actes n'ont jamais eu d'existence.

C'est pour n'avoir pas compris cette distinction si essentielle que nous voyons la plupart des juriconsultes et la jurisprudence elle-même tomber quelquefois dans la plus singulière confusion. Au reste, nous devons l'avouer, les termes mêmes de nos articles ont peut-être contribué à accréditer ces erreurs. La loi ne parle ordinairement que des mariages défectueux, c'est-à-dire annulables, et cependant elle se sert toujours des expressions *nul* et *nullité*. Sans doute il n'y a pas grand inconvénient dans cette inexactitude de langage; mais néanmoins cela peut, au premier abord, tromper certaines personnes. Quoi qu'il en soit, pour demeurer fidèle au système du Code, nous emploierons nous-même indistinctement l'une ou l'autre de ces locutions. Après ces observations préliminaires, chacun comprendra qu'elles ne s'appliquent le plus souvent qu'aux mariages simplement annulables. Et en effet, s'il était indispensable de préciser les causes qui permettraient de demander l'annulation d'un mariage, attendu qu'elles dépendaient de la volonté, nous dirions presque du caprice, du législateur, il eût été parfaitement inutile d'indiquer par des textes exprès toutes les causes qui l'empêcheraient de se former; la plupart sont suffisamment écrites dans la nature même des choses, et elles ne peuvent embarrasser personne.

Examinons maintenant la théorie de la loi relativement aux demandes en nullité de mariage.

On distingue en général deux sortes de nullités : *les nullités absolues et les nullités relatives.*

On appelle nullités absolues celles qui sont fondées sur un motif d'ordre public, et qui pour cette raison peuvent être intentées par tous ceux qui y ont un intérêt, soit moral, soit pécuniaire, et aussi par le ministère public, représentant légal de la société.

Quant aux nullités relatives, elles n'intéressent qu'un certain nombre de personnes déterminées, qui seules par conséquent peuvent les invoquer. Ce sont celles qui résultent d'un vice dans le consentement des époux ou de l'un d'eux, et aussi du défaut de consentement des ascendants ou de la famille.

On envisage encore les nullités à un autre point de vue, selon qu'elles peuvent ou non être couvertes. Celles qui résultent de l'inceste ou de la bigamie sont les seules que le temps ne puisse effacer, et qu'aucune ratification ne puisse valider.

Au reste, toutes ces nuances ressortiront naturellement de l'étude des détails.

§ 1. *Nullités relatives.* — 1^o Parlons d'abord de celle qui touche au consentement des parties.

Lorsque toutes deux ont consenti, mais que leur consentement, ou tout au moins celui de l'une d'elles, a été entaché d'un des vices que nous avons déterminés dans le chapitre 2^e, le mariage n'est pas valable, et la nullité peut en être prononcée. Seulement, qui peut la demander? L'art. 180 nous répond que ce sont les deux époux, si tous deux ont donné un consentement vicié, ou bien celui-là seul qui l'a donné, si l'autre a consenti librement et sans être induit en erreur; en effet, nous l'avons vu, l'erreur et le défaut de liberté sont les deux seuls vices qui puissent ôter au consentement sa valeur.

Nulle autre personne ne peut exercer cette action, car les termes de la loi sont formels et exclusifs. Elle est donc essentiellement intransmissible. Sans doute, les héritiers de l'époux dont le consentement est défectueux peuvent avoir à sa mort, pour demander la nullité, un intérêt pécuniaire fort considérable; peu importe. La loi, Dieu merci, n'est pas toujours aussi matérial-

liste qu'on semblerait le croire. L'intérêt moral domine ici de bien haut, et absorbe entièrement l'intérêt pécuniaire. Voilà pourquoi le législateur a réservé aux seuls époux l'action en nullité. On a voulu soutenir qu'au moins si l'époux victime l'avait intentée, les héritiers pourraient poursuivre l'instance commencée en vertu de la maxime : *omnes actiones quæ tempore vel morte percunt, judicio semel inclusæ, salvæ permanent*. Mais qui ne voit que cette règle toute romaine, en supposant qu'elle soit d'ailleurs un axiome sans exception dans notre droit, n'a rien à faire ici ? L'exercice d'une action ne donne pas un droit nouveau, il maintient celui qu'on avait. Dès lors, si le droit est intransmissible par sa nature ou par la volonté de la loi, comment deviendrait-il transmissible par l'exercice de l'action ? Comment soutenir cette transmissibilité en face des termes exclusifs de l'art. 180 : « Le mariage ne peut-
« être attaqué que par l'époux dont le consentement a été
« vicié ? » En outre, qui pourrait affirmer que l'époux demandeur eût jusqu'à la fin persévéré dans son action, et qu'il ne se serait pas lui-même laissé fléchir ? Dans tous les cas, il est mort, son intérêt ne parle plus ; tous autres doivent se taire. On nous objecte enfin que le mot *attaquer* dont se sert notre article signifie seulement *commencer une attaque*, et l'on en conclut que les héritiers pourraient la continuer. Nous pourrions nous dispenser de répondre à un tel argument, qui ne repose au fond que sur un misérable jeu de mots. Mais comme, en définitive, la continuation d'une chose nous semble toujours être de même nature que cette chose, nous persistons donc à penser que l'époux trompé ou dépouillé de sa liberté est le seul qui puisse intenter l'action en nullité, et que rien ne saurait la rendre transmissible.

Ajoutons que l'époux lui-même ne la conserve pas toujours : il peut ratifier son mariage après qu'il a reconnu son erreur ou recouvré sa liberté. Bien plus, la loi fait même résulter de plein droit cette ratification du fait de la cohabitation continuée pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue (art. 181). Ce délai invariable, et qui, au premier abord, peut paraître bien long, confirmerait encore au besoin l'opinion que nous avons développée relativement à l'erreur. En effet, s'il ne s'agissait que de l'erreur sur

l'identité de l'individu, à quoi bon donner à l'époux six mois de réflexion, et pourquoi ne faire courir ce délai que du jour de la cessation de l'erreur? Le point de départ devrait être alors le mariage, car dès ce jour, dès le lendemain au plus tard, une pareille erreur serait découverte, et l'on n'aurait pas besoin de tant de temps pour se décider à agir. Si au contraire l'erreur a porté sur la personne sociale, on est souvent très-longtemps à la découvrir; les preuves sont difficiles à rassembler, et par conséquent la durée du délai et son point de départ s'expliquent parfaitement.

Puisque l'époux peut ratifier son mariage et le rendre inattaquable par une cohabitation continuée pendant six mois sans réclamation, il nous semble évident qu'il le ratifierait également, et d'une manière plus satisfaisante encore, par un consentement donné formellement après la recouvrance de la liberté ou la découverte de l'erreur. Quant au point de savoir si cette ratification a été réellement sérieuse, libre et éclairée, c'est une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux, mais le principe en lui-même ne peut nous paraître douteux.

Enfin, la prescription pourrait encore effacer les vices résultant du consentement. En effet, c'est un principe fondamental de notre droit que toutes les actions organisées par la loi civile deviennent sans force, se prescrivent en un mot, après un laps de temps plus ou moins long, à moins qu'une disposition spéciale ne les déclare imprescriptibles. Mais quel serait, dans ce cas, le délai de la prescription? Le plus grand nombre des auteurs appliquent ici l'art. 1304, qui déclare que les actions en nullité d'une convention seront prescrites au bout de dix ans. Pour nous, nous ne saurions adopter cette opinion. Le mariage est, à nos yeux, un contrat tout exceptionnel, qui a ses règles à part et son organisation particulière. Par conséquent, il ne saurait être soumis aux dispositions des art. 1304 et suivants, qui ne régissent que les conventions ordinaires, c'est-à-dire les contrats d'argent, et qui appartiennent essentiellement à un autre ordre d'idées. Dès lors, l'action en nullité d'un mariage ne saurait être atteinte, suivant nous, que par l'art. 2262, qui déclare qu'aucune action ne peut durer plus de trente ans.

2^o Nous arrivons à la seconde nullité relative, qui a rapport au

consentement des parents, et dont s'occupent les art. 182 et 183. Le premier de ces articles nous indique en ces termes les personnes qui peuvent exercer cette action : « Le mariage contracté « sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du « conseil de famille, dans les cas où ce consentement était néces- « saire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement « était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de « ce consentement. »

On le voit, c'est uniquement pour le défaut de consentement, et non pour le défaut de conseil ou de consultation, que la nullité est admise. De même, en présence des termes formels de notre article, il est évident que celui dont le consentement était nécessaire a seul le droit de demander l'annulation du mariage; tant qu'il vit, c'est incontestable; mais à sa mort, ce droit sera-t-il transmissible? Nous ne parlons pas des héritiers; l'art. 182 est aussi exclusif que l'art. 180, et personne d'ailleurs ne soutient cette opinion quand il s'agit du consentement des ascendants : mais quand on se demande si le droit de demander cette nullité est transmissible, on veut savoir si ce droit, qui n'a pas été exercé, qui n'a peut-être pas pu être exercé par celui qui l'avait, parce qu'il est mort avant de connaître le mariage, ou sans avoir eu le temps de former sa demande, passera à celui qui, par un refus de consentement, aurait actuellement le droit d'empêcher le mariage, s'il était encore à célébrer. Malgré l'opinion contraire de la majorité des auteurs, nous croyons qu'on doit répondre négativement. En effet, les termes de l'art. 182 ne donnent l'action qu'à celui dont le consentement était indispensable; la faire passer à quelqu'un dont le consentement n'était pas requis au moment de la célébration du mariage, c'est ajouter au texte. Or, nous savons que nous sommes ici dans une matière essentiellement rigoureuse. Supposons un instant qu'un aïeul survivant puisse succéder au droit qu'avait le père décédé de demander la nullité du mariage auquel il n'a pas consenti, quelle action aurait cet aïeul? Est-ce une action qui lui serait propre à lui-même, ou bien est-ce l'action née dans la personne du père? Si c'est une action propre à l'aïeul, en vertu de quel article la lui donnerait-on? Comment supposer cette naissance posthume d'une action en

nullité d'un mariage que cet aïeul ne pouvait empêcher? C'est donc l'action même du père que l'on donnerait à l'aïeul? Mais où trouver le principe de cette transmission? Ce n'est pas dans la loi, dont les termes s'y opposent; ce ne peut être non plus comme droit de succession, puisque ce serait alors l'héritier à qui elle appartiendrait, et que personne ne soutient qu'il puisse jamais l'avoir. Nous persistons donc à soutenir que l'action est rigoureusement personnelle à ceux dont le consentement était nécessaire au moment où le mariage a été célébré, et que quand même le père, par exemple, viendrait à mourir quelques jours après la célébration, la mère n'en serait pas moins dans l'impossibilité d'agir.

Ces principes, au reste, ne nous empêchent nullement d'adopter une solution qui est généralement admise par tous les auteurs. Il s'agit de l'hypothèse où un fils de famille a contracté mariage sans obtenir le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille, alors que le père était absent ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Si le père revient ou s'il recouvre la raison, tout le monde convient que seul il peut demander la nullité du mariage, comme seul il peut le ratifier. Or, nous disons, c'est une inconséquence, puisque vous reconnaissez qu'au moins dans ce cas l'action en nullité est transmissible. Il n'en est rien. En nous rangeant à l'opinion générale, nous n'admettons nullement que l'action ait été transmise. En effet, l'art. 182 donne l'action à ceux dont le consentement était requis; eh bien, ici, n'est-ce pas celui du père qui est requis tant qu'il est vivant? Sans doute, puisqu'il ne peut le donner momentanément, et que l'exercice de la puissance paternelle se trouve ainsi forcément suspendu entre ses mains, le législateur, par faveur pour le mariage, permet à d'autres de le remplacer. Mais si le futur époux n'use pas de cette faculté, lorsque le père recouvrera sa puissance, il la recouvrera, comme le dit un auteur, « avec la plénitude de ses attributs; » c'est son autorité qu'on aura méprisée, ce sera à lui qu'appartiendra l'action, ce sera à lui que la loi l'accordera, et il n'aura pas besoin de la recevoir de l'aïeul ou du conseil de famille.

Quand c'est le consentement du conseil de famille qu'il fallait

pour un mariage et qu'il n'a pas été obtenu, ce n'est pas tel ou tel membre du conseil qui peut, en son nom particulier, attaquer le mariage; il faut que ce soit le conseil tout entier qui prenne une délibération à cet égard, et qui charge un de ses membres d'agir au nom de tous. Et peu importe qu'il ait été renouvelé. Légalement parlant, il ne change jamais, sa personne morale reste toujours la même. Mais il est clair que s'il n'existait plus réellement, l'action serait éteinte. Par conséquent, dans le cas d'un mineur, enfant naturel non reconnu, qui a besoin pour se marier du consentement d'un tuteur *ad hoc*, du moment qu'il n'y a plus de mariage à célébrer, ce tuteur a cessé d'exister, et dès lors il ne pourrait plus demander la nullité du mariage contracté sans son assentiment.

Outre la personne dont le consentement était nécessaire au moment de la célébration, l'époux qui s'est marié sans ce consentement a aussi l'action en nullité. Sans doute il est coupable de ne l'avoir point demandé, mais puisque la loi lui en a imposé la nécessité comme une protection, il n'était pas libre d'y renoncer; et quand il sera revenu de ses illusions, il pourra encore demander la nullité de son mariage. Tels sont les motifs qui ont porté nos législateurs à lui accorder cette action qu'il n'avait pas dans l'ancien droit.

L'action en nullité résultant du défaut de consentement paternel peut être couverte quand ceux dont le consentement était requis auront laissé écouler une année sans réclamation, depuis le jour où ils auront eu connaissance du mariage. La loi voit dans ce silence une ratification tacite. Du reste, cette ratification, comme celle qu'ils donneraient autrement, soit d'une manière expresse, soit par un fait significatif, éteint absolument l'action pour tous, aussi bien pour eux que pour l'époux qui l'avait. (Art. 183.)

Lorsque cette ratification n'a point eu lieu, l'époux lui-même peut ratifier personnellement après qu'il a atteint sa majorité quant au mariage, mais alors seulement. Certains actes que le tribunal apprécierait au besoin prouveraient également de sa part une ratification suffisante. En tout cas, si depuis cette majorité il laissait passer une année sans réclamation, cela équivaudrait à

une confirmation tacite. Toutefois, cette ratification de l'enfant ne saurait produire d'effet que par rapport à lui, et ses ascendants pourraient néanmoins, dans le délai légal, demander la nullité du mariage. Cela résulte clairement du texte même de l'art. 183.

Rappelons ici ce que nous avons dit dans notre chapitre 2^e, à savoir, que la majorité quant au mariage, qui est toujours pour les filles la majorité ordinaire, n'est pas également invariable pour les fils. En effet, ceux-ci ne sont majeurs pour le mariage qu'à l'âge de vingt-cinq ans, lorsqu'ils ont encore un ascendant. Au contraire, s'ils n'en ont plus, ils sont majeurs dès vingt-et-un ans. En combinant ces deux principes, il en résulte qu'ils atteindront cette majorité entre vingt-et-un et vingt-cinq ans, aussitôt qu'ils perdront leur dernier ascendant. Par conséquent, ce sera à partir de ce moment que courra le délai d'un an pour leur ratification tacite.

Une dernière question nous reste à examiner. On se demande si la mort de l'époux coupable, en dissolvant le mariage, éteint aussi l'action en nullité des ascendants. L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Le législateur, en leur accordant cette action, se proposait un double but : d'un côté, protéger l'enfant; de l'autre, le punir de son manque de respect. Or, à quoi servirait ici la protection ou la punition? Le point de vue moral a disparu; il n'y a plus en présence que des intérêts pécuniaires dont la loi n'a jamais tenu compte dans les nullités relatives.

§ 2. *Nullités absolues.* — Notre Code reconnaît cinq causes de nullité absolue qu'il détermine dans les articles 184 et 191. Ce sont : l'impuberté des époux ou de l'un d'eux; l'existence d'un premier mariage valable, autrement dit la bigamie; la parenté ou l'alliance des époux au degré prohibé, c'est-à-dire l'inceste; le défaut de publicité du mariage; et enfin l'incompétence de l'officier qui l'a célébré. Toutefois, nous l'avons déjà dit, ces deux dernières causes peuvent se résumer en une seule, la clandestinité. Nous les réunirons donc désormais sous ce nom.

Voyons maintenant quelles personnes peuvent demander ces nullités. De la combinaison des articles 184, 187 et 191, il résulte qu'en principe général l'action est donnée à tous ceux qui y ont

intérêt, et au ministère public. En effet, il n'y a pas chez nous d'action populaire, et l'on ne peut intenter une demande en justice qu'autant que l'on y est intéressé; d'ailleurs, le ministère public est là pour représenter la société.

Mais quel intérêt doit-on avoir? Suffira-t-il simplement qu'il soit moral, ou bien devra-t-il toujours être pécuniaire? Les textes nous donnent eux-mêmes la solution que nous cherchons, qui, du reste, n'est pas identique dans tous les cas.

Ont toujours l'action :

En première ligne, les deux époux. Ordinairement, et en principe, une personne n'est pas admise à argumenter de sa propre faute, et ne peut pas, dès lors, intenter une action qui se fonderait sur le délit ou sur le crime dont elle-même s'est rendue coupable : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Il n'en est pas ainsi dans ce cas. Il y a ici un motif d'honnêteté publique qui ne permet pas aux époux de rester mariés : la loi ne pouvait les obliger à vivre dans une union qu'elle déclare illicite ;

L'époux d'un précédent mariage qui veut faire rompre l'union nouvelle que son conjoint a contractée ;

Le père, la mère, les ascendants et le conseil de famille.

Toutes ces personnes sont spécialement désignées par le législateur comme ayant le droit de demander les nullités absolues (art. 184, 186, 188 et 191). Mais quelle est la nature de l'intérêt qu'elles doivent avoir? La loi ne fait aucune distinction; il s'agit donc aussi bien d'un intérêt moral que de tout autre. On ne la voit point exiger, comme pour les enfants et les collatéraux, un intérêt pécuniaire. Ici, au contraire, l'intérêt moral absorbe tout à ses yeux. Et remarquons, par rapport aux ascendants, que ce n'est pas seulement à celui qui est le plus proche, et qui se trouve investi actuellement de la puissance paternelle, que l'action est offerte, mais bien à tous simultanément et concurremment. L'honneur de la famille les touche trop vivement pour que le législateur ne leur permette pas à tous de faire annuler de tels mariages.

D'autres personnes ont encore l'action en nullité pour faire rompre une union entachée d'un vice absolu. Nous avons dit, en

effet, qu'on la donnait à tous ceux qui y avaient intérêt. Ainsi, si un parent collatéral, si un enfant d'un précédent mariage veulent repousser des droits rivaux nés du dernier mariage; si un créancier du prétendu mari se voyait opposer l'hypothèque légale du chef de la femme, le collatéral, l'enfant, le créancier peuvent demander la nullité du mariage qui a donné naissance à tous les droits qu'on invoque contre eux. Mais l'intérêt moral ne suffit pas ici; il faut qu'ils aient de plus un intérêt pécuniaire. Le Code ne croit pas que les collatéraux tiennent assez à l'honneur et à la réputation de la famille pour leur accorder un droit aussi étendu qu'aux ascendants. « Ils n'ont, disait M. Portalis, aucune magistrature domestique à exercer sur ceux qui ne leur sont pas confiés. » Quant aux enfants, ils ont encore moins cette autorité; et d'ailleurs, on n'a pas voulu qu'ils pussent donner une telle leçon de morale à leurs parents. Aussi l'article 187 dit-il que les collatéraux et les enfants ne pourront jamais demander la nullité du mariage, s'ils n'ont qu'un intérêt moral, ou même un simple intérêt éventuel; il faut qu'ils aient un intérêt *né et actuel*. Il ajoute même qu'ils ne pourront agir du vivant des époux; mais on ne saurait en conclure que si cet intérêt naissait avant la mort de ces derniers, les collatéraux et les enfants n'auraient pas l'action. Il est clair qu'ici la loi ne s'est préoccupée que de ce qui arriverait le plus souvent, et que l'on ne peut entendre dans un sens aussi absolu les expressions dont elle se sert. Tel était aussi, du reste, le système de l'ancien droit. (Pothier, n° 449.)

Enfin, ajoutons à la liste déjà longue de ceux qui peuvent demander les nullités absolues, le ministère public. La société est souverainement intéressée à la rupture des unions immorales ou clandestines; aussi son représentant peut-il toujours la provoquer. Toutefois, ce n'est que dans la mesure de l'intérêt social; or, le législateur n'a regardé comme nuisible aux mœurs publiques que le scandale pour ainsi dire vivant du mariage. Quand l'un des époux est mort et le mariage dissous, à quoi bon des débats publics où apparaîtra trop souvent l'immoralité la plus odieuse; ceux qui ont un intérêt pécuniaire à faire annuler le mariage seront assez ardents pour soulever ces déplorables dis-

ussions; s'il n'y en a pas, qu'on laisse passer le silence et l'oubli. C'est pourquoi le ministère public ne peut demander d'office la nullité du mariage que du vivant des deux époux.

Lorsque l'union n'est que clandestine, la loi l'établit juge du plus ou moins d'opportunité qu'il y aurait à demander l'annulation; dans tous les autres cas, il est de son devoir de la demander. (Art. 190 et 191).

Examinons maintenant ce qui peut être particulier à chacune des nullités absolues.

1^o La première de ces nullités résulte de l'impuberté des deux époux ou de l'un d'eux. Aux termes de l'art. 185, elle peut être couverte par deux causes : le temps et la grossesse de la femme. Seulement la première est commune aux deux époux, tandis que la seconde ne saurait effacer que le défaut de puberté chez la femme.

Ainsi, lorsque les deux époux, au moment de la célébration, n'avaient point l'âge requis, ou que l'un d'eux seulement n'avait point atteint cet âge, notre article déclare que s'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent, personne ne peut plus demander la nullité de leur mariage.

En outre, lorsque c'est la femme qui n'était pas pubère, sa grossesse survenue avant l'expiration du délai que nous venons d'indiquer éteint immédiatement l'action en nullité. Dans ce cas, en effet, la fausseté de la présomption de la loi se trouve matériellement démontrée. Mais il est clair qu'on ne pouvait logiquement appliquer ces principes au cas où c'est le mari qui n'a point l'âge requis. Car, de ce que la femme est enceinte, on ne peut conclure avec certitude que le mari soit capable d'engendrer, puisque le législateur admet précisément la présomption contraire. Adopter un pareil système, serait encourager la mauvaise conduite de la femme.

Au surplus, nous ne pouvons aller plus loin, et nous pensons que la demande en nullité ne serait plus recevable si, en fait, il était prouvé que le commencement de la grossesse, l'époque de la conception, se place dans les six mois depuis que le mari a atteint l'âge requis. En effet, la présomption d'impuberté du mari tombe du jour où il a dix-huit ans révolus, et dès lors on ne peut

plus repousser la règle générale : *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Rien ne s'opposant plus à son application, elle doit immédiatement reprendre son empire.

Remarquons en terminant que l'art. 186 apporte pour cette hypothèse une exception aux principes généraux de l'art. 181. Ainsi, lorsque le père, la mère, les ascendants ou le conseil de famille auront sciemment consenti au mariage d'un impubère, la loi les en punit en leur enlevant le droit de le faire annuler. Toutefois, il est évident que cette exception doit se restreindre à ceux qui ont personnellement consenti. Par exemple, si le père et la mère avaient seuls approuvé ce mariage, les autres ascendants ou le conseil de famille, s'il en existait un, pourraient toujours agir.

2^o La seconde cause de nullité que nous avons indiquée, c'est la bigamie. Nous connaissons toutes les personnes qui peuvent l'invoquer; nous savons aussi qu'elle ne peut être couverte par aucun événement postérieur. Faisons observer simplement que le second mariage ne peut être annulé que si le premier était valable, et que par conséquent la demande en nullité pourrait être victorieusement repoussée si l'on établissait que le premier mariage était irrégulier, et ne peut être, comme tel, légalement maintenu (art. 188 et 189). C'est pourquoi nous avons déjà dit qu'en cas d'absence d'un individu, la nouvelle union qu'aurait contractée son conjoint demeurerait inattaquable jusqu'à ce que l'absent ne fût de retour, ou jusqu'à ce qu'il n'eût autrement dissipé l'incertitude qui enveloppait son existence. (Art. 139.)

3^o Nous n'avons rien à dire de particulier sur la nullité résultant de l'inceste. Ici encore aucune cause ne pourrait effacer ce vice radical, et même dans les cas où les dispenses sont possibles, si elles étaient obtenues postérieurement au mariage, elles ne sauraient en rien le valider.

4^o Enfin, nous arrivons à la dernière cause de nullité absolue que nous avons désignée sous le nom de clandestinité, et qui comprend, nous l'avons vu, le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier de l'état civil. (Art. 191.)

Résumons en peu de mots ce que nous avons essayé d'établir dans le chapitre précédent. La loi exige la plus grande publicité,

non-seulement pour le projet, mais encore pour la célébration du mariage. Or, cette publicité se compose de deux éléments principaux, l'un matériel, l'autre civil. Le premier consiste dans un ensemble de formalités qui doivent précéder ou accompagner le mariage; le second tient à la compétence de l'officier public chargé de procéder à la célébration. Mais, ainsi que nous l'avons déjà vu, cette compétence peut être envisagée à un double point de vue. En effet, il y a d'abord la compétence que nous avons appelée réelle, parce qu'elle tient à la nature même du contrat, et qui empêche tout autre qu'un officier de l'état civil de procéder valablement à la célébration d'un mariage. Le Code ne s'en occupe jamais expressément, parce qu'elle n'est pas simplement nécessaire à la validité du mariage, elle est de plus indispensable à son existence même; sans elle, il n'y a rien; le lien conjugal ne se forme pas. Il y a en outre la compétence personnelle, qui n'est en réalité que l'une des parties d'une condition unique, la publicité, et c'est de celle-ci dont parlent nos articles. Tout en reconnaissant en principe aux officiers de l'état civil le droit de célébrer un mariage, le législateur a cependant attribué à chacun une juridiction particulière sur une certaine étendue de territoire. Il a pensé que tel d'entre eux serait plus à même que tout autre de rehausser la publicité du mariage, parce qu'il connaîtrait mieux les parties. Et c'est pourquoi l'art 165 nous dit que le mariage doit être spécialement célébré devant l'officier civil du domicile de l'un des contractants. Toutefois, si cette condition n'a pas été remplie, le lien conjugal n'en existe pas moins; la loi permet seulement de le faire annuler, dans le cas où la violation de cette règle paraîtrait suffisante pour rendre l'union clandestine.

On comprend donc aisément que nous réunissions cette question de la compétence personnelle à celle de la publicité proprement dite, et que nous fassions du manque de l'une et de l'autre une seule cause de nullité que nous appelons la *clandestinité*, et qui résulte de l'inaccomplissement de la condition de publicité, ainsi entendue dans son sens le plus large.

Quand un mariage est clandestin, il est donc frappé de nullité absolue: mais quand est-il clandestin? Le Code, par quelques dispositions que nous avons déjà indiquées, montre que sa volonté

est qu'on ne regarde pas l'inobservation de telle ou telle règle de publicité comme devant entraîner forcément la nullité du mariage. C'est ainsi que le manque des deux publications, la célébration hors de la maison commune, ou telle autre violation d'une règle semblable, ne constitue pas à elle seule la cause de nullité (art. 192 et 193). Non, la clandestinité suffisante pour faire annuler le mariage résultera d'un ensemble de faits que les tribunaux apprécieront souverainement; par exemple, si l'officier de l'état civil a célébré un mariage entre personnes qui n'avaient peut-être que trois ou quatre mois, que quelques jours même de résidence dans sa commune; de plus, s'il n'y a pas eu de publications; si enfin le mariage s'est fait la nuit, dans une maison particulière, sans le nombre voulu de témoins, et dans le but évident de dérober cette union à la connaissance du public.

Nous avons vu plus haut que les mêmes principes seraient, suivant nous, applicables aux mariages contractés à l'étranger. Seulement, aux termes de l'article 170, nous pensons que dans ce cas le défaut de publications pourrait être quelquefois suffisant pour prononcer la nullité, tandis qu'il ne l'est jamais en France. (192.)

Au reste, il nous semble certain que, toutes les fois qu'un mariage aura été célébré à l'étranger dans les formes voulues, il produira nécessairement tous les effets civils, quelle qu'ait pu être à cet égard l'intention des parties. En vain prétendraient-elles, je le suppose, qu'elles n'ont voulu se marier que religieusement et pour satisfaire au cri de leur conscience. Si le mariage religieux est en même temps le mariage civil, comme en Espagne, par exemple, du moment qu'il a été régulièrement contracté, il produira, même en France, tous les effets civils. Il n'est permis à personne de scinder les conséquences que la loi attache à la formation de ce contrat.

Nous ne croyons pas devoir entrer dans de plus amples détails; cependant, nous ne terminerons pas sans examiner une question fort importante. La nullité qui résulte de la clandestinité peut-elle être couverte? Tout le monde convient qu'elle peut l'être, en effet, par la vie commune que les deux parties auraient partagée depuis la célébration en qualité de mari et de femme, en

un mot, par la possession d'état. Mais on ne s'entend point également sur les principes qui conduisent à ce résultat. Quelques auteurs invoquent à l'appui de cette opinion l'article 196; mais il nous semble que son texte même nous prouve suffisamment qu'il ne s'applique point au mariage proprement dit, et qu'il ne parle, au contraire, que de l'acte de célébration, c'est-à-dire du procès-verbal inscrit sur les registres de l'état civil. Quant à nous, les règles générales que nous venons de développer nous paraissent clairement démontrer que la possession d'état peut, dans certains cas, faire disparaître le vice qui entachait primitivement une union clandestine. En effet, puisque les mariages dont il s'agit ne sont nuls que par le défaut de publicité antérieure ou concomitante à la célébration, pourquoi la publicité suffisante donnée postérieurement à ces mariages, mais avant l'attaque dirigée contre eux, ne rendrait-elle pas cette attaque non recevable? La personne qui vient alors demander l'annulation d'un mariage s'appuie sur le seul fondement que ce mariage, par sa clandestinité, n'a paru être que l'union passagère et illicite d'un homme et d'une femme. Comment donc pourrait-on admettre sa prétention, lorsqu'une possession d'état publique et constante est venue la détruire et attester à la société l'existence réelle de ce mariage? Dans toute cette matière, les tribunaux sont investis par le législateur d'un pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation des faits, et par conséquent rien ne s'oppose à ce qu'ils puissent une fin de non recevoir, contre l'action en nullité, dans la publicité postérieure à la célébration. Telle était aussi la doctrine de l'ancien droit, qui ne permettait plus d'agir lorsqu'il s'était écoulé une année depuis le mariage (Pothier, n° 451). Aujourd'hui, la loi n'a point fixé de délai après lequel une demande en nullité ne serait plus recevable. C'est donc toujours une question de fait qui dépendrait des circonstances spéciales à chaque affaire, et pour laquelle les magistrats auraient une entière latitude.

Au reste, il est important de ne pas confondre les mariages clandestins avec les mariages secrets, qui, bien que reconnus dans l'ancien droit, ne produisaient cependant aucun effet civil, et qui seraient de nos jours parfaitement valables.

CONCLUSION.

Nous avons indiqué les principes fondamentaux de notre législation sur le mariage. Mais, pour que l'étude d'une loi soit complète, il nous semble qu'on ne doit point se borner à se rendre compte de ce qui est; il faut encore qu'on aille au fond des choses, il faut qu'on ait le courage de se demander si cette loi atteint son but, si elle est en harmonie avec les mœurs, en un mot, si elle satisfait pleinement l'opinion. Les limites restreintes de ce travail ne nous permettent pas d'envisager ainsi à ce point de vue philosophique toutes les prescriptions du législateur français relativement au mariage. D'ailleurs, la plupart des dispositions que nous venons de parcourir nous semblent être l'expression la plus vraie de la sagesse humaine, et si parfois quelques-unes nous ont paru exagérées ou insuffisantes, nous avons eu soin de le faire observer dans le corps de cette thèse. Toutefois, il est un point dont nous n'avons rien dit jusqu'à présent, et qui a été depuis quelques années l'objet des attaques les plus vives de la part d'un grand nombre de publicistes et de jurisconsultes. Nous voulons parler de la célébration légale du mariage. Aux yeux de ces hommes éminents, à l'opinion desquels une longue expérience semble donner une incontestable autorité, une loi qui, à côté de la forme civile du mariage, ne fait aucune part à la forme religieuse, et laisse entièrement dans l'ombre l'intervention divine, au sein d'une société dont tous les cultes reconnaissent le mariage comme une institution de droit naturel et divin avant d'appartenir au droit civil, une telle loi ne saurait être bonne, parce qu'elle se met en contradiction avec la vérité des choses et les instincts des populations.

Au contraire, suivant un autre système, la révolution de 1789 et les principes nouveaux qu'elle a proclamés ont apporté dans nos idées et dans nos mœurs des changements si profonds qu'il est aujourd'hui impossible à notre législateur d'envisager le mariage autrement que par son côté purement humain. Toute réforme dans le sens des idées religieuses serait de nos jours un anachronisme, et ne produirait en définitive que les plus funestes résultats, au lieu du bien que l'on en attend.

Nous ne pouvons, ce semble, rester étranger à ce double point de vue d'appréciation, si intéressant pour le juriconsulte comme pour le philosophe. Mais avant d'approfondir cette question, jetons un coup d'œil rapide sur la législation des autres peuples relativement au mariage, et mentionnons ici, à titre de comparaison, l'idée que chacun d'eux s'est faite sur la célébration d'un acte aussi important. Quand on parcourt les Codes étrangers sur cette matière, on est frappé de la pensée fondamentale qui les domine tous. Chez la plupart des nations de l'Europe, en effet, la forme religieuse semble tellement inhérent à la célébration du mariage, qu'elle absorbe souvent le côté purement civil. Ainsi, sans parler de l'Espagne et du Portugal, l'Italie, l'Allemagne, la Russie, tous les États du Nord imposent, au nom de la loi, la célébration religieuse à tous ceux qui se marient.

Ce recours à l'élément religieux a une signification que nous ne saurions méconnaître. L'intervention divine dans le mariage est regardée partout comme la condition essentielle, indispensable, pour garantir à l'union qui se forme son caractère souverain d'indissolubilité, et la pratique des devoirs qui en résultent. Il faut que cette croyance soit bien puissante, puisque les peuples voisins de la France, réformant en cela le Code qu'ils nous avaient emprunté, se sont empressés de confier aux ministres de leur religion la formation du lien conjugal.

Il en est de même aussi bien dans les contrées catholiques que dans celles où l'hérésie domine; et tout le monde sait qu'en Angleterre le mariage est un acte exclusivement religieux. L'autorité civile n'intervient que pour surveiller, au point de vue de l'ordre public, la sincérité de l'acte qu'elle va immédiatement reconnaître, et auquel elle doit attacher tous les effets légaux.

Bien plus, la législation du Coran elle-même est sur ce point d'accord avec les autres. Là encore le mariage est célébré par le prêtre; et, pour obtenir la bénédiction du ciel sur son union, l'époux distribue des aumônes et affranchit quelques esclaves.

Enfin, dans certains pays où le caractère religieux n'absorbe pas entièrement le côté temporel, la législation fait marcher de front, sans les confondre, les prescriptions civiles et les rites sacrés. C'est ainsi que dans le royaume de Naples, bien que le mariage ne puisse être légalement célébré qu'en face d'Église et suivant les formes prescrites par le Concile de Trente, il doit cependant être précédé de publications à la maison commune du domicile des deux parties. Les futurs époux présentent ensuite à l'officier public compétent toutes les pièces requises; ils s'engagent devant lui à procéder à la célébration religieuse, et ce n'est qu'après cette célébration que le mariage est définitivement et légalement formé. On le voit, tout en imposant un certain nombre de conditions et de formalités particulières, le législateur ne change rien aux prescriptions du droit canon; il les laisse parfaitement intactes; et, par conséquent, pour arriver à la bénédiction religieuse, qui seule constitue le mariage légal, les parties sont tenues de remplir toutes les obligations de la loi ecclésiastique, bien qu'elles puissent être, dans certains cas, beaucoup plus rigoureuses que celles de la loi civile.

Chez nous, au contraire, nous savons qu'il en est tout autrement. Les rédacteurs du Code, laissant complètement de côté l'élément religieux, n'ont vu dans le mariage qu'un simple contrat; et, fidèles à ces principes, ils ont déclaré que la célébration civile serait seule nécessaire à sa validité. On conçoit qu'en 1792, c'est-à-dire à une époque où l'esprit de l'homme, dans sa vaine présomption, se plaisait à détruire tout ce qu'avait consacré la sagesse des siècles, on conçoit, disons-nous, que la loi ait cru devoir substituer aux saintes cérémonies qui avaient jusque-là constitué le mariage, les formalités froides et positives d'un contrat ordinaire. Mais en 1803, n'y avait-il pas une réaction salutaire à opérer en cette matière?

On peut à bon droit supposer que quelques-uns de nos législateurs, revenus à un état plus calme, avaient senti le besoin de

rattacher à la religion le plus grave et le plus solennel des engagements. Les paroles de M. Portalis, devant le Conseil d'État, semblent l'écho de cette pensée : « Tous les peuples, dit-il, ont
« fait intervenir le ciel dans un contrat qui doit avoir une si
« grande influence sur le sort des époux, qui, liant l'avenir au
« présent, fait dépendre leur bonheur d'une suite d'événements
« incertains, et qui, agitant leurs craintes comme leurs espé-
« rances, semble appeler le secours de la religion établie entre
« le ciel et la terre pour combler l'espace immense qui les sé-
« pare. »

Quoi qu'il en soit, ces paroles éloquentes demeurèrent stériles, et la loi resta muette. Aussi Napoléon s'écriait-il que rien n'était plus sec que le chapitre qui traite des formes du mariage ; et, se rappelant la large part qu'y avait toujours tenue, dans le passé, l'élément religieux, entrevoyant également celle qu'il y tiendrait encore dans l'opinion publique, il était comme effrayé de la comparaison, et il ajoutait : « Voyez les prêtres ! » Combien, en effet, est plus importante aux yeux de presque tous, du moins au point de vue moral, combien surtout est plus attendrissante la célébration religieuse, dont M. de Chateaubriand nous fait une si belle et si touchante description dans le *Génie du Christianisme*.

Cette pieuse cérémonie fait naître dans le cœur des contractants des impressions vives et profondes, et les germes qu'elle y dépose peuvent ranimer un jour des affections éteintes, et rappeler aux époux le sentiment des devoirs contractés en quelque sorte sous la haute sanction de la Divinité.

Il faut bien l'avouer, on ne peut pas en dire autant de la célébration civile. En sécularisant le mariage, en lui enlevant son caractère sacré, la loi l'a fait descendre au rang des simples contrats ; elle l'a abaissé dans l'esprit des populations ; elle l'a matérialisé, si j'ose ainsi parler. Heureusement que la plupart des époux protestent, par leur conduite, contre cette insuffisance de la législation. Ils sont bien peu nombreux, en effet, ceux qui se croient mariés parce qu'ils ont comparu devant un maire qui leur a lu quelques articles du Code, et qui, après de banales interrogations, leur a dit : « Je vous déclare unis par les liens du
« mariage. » C'est devant le prêtre, au pied de l'autel, dans le

silence et le recueillement, au milieu des prières de la famille, c'est là que s'accomplit l'acte saint, le mystère, le sacrement, le vrai mariage, en un mot. Pourquoi dès lors ne pas mettre la loi d'accord avec l'opinion? Est-ce à la loi à se montrer en retard? Au lieu de se dresser comme un argument vivant, comme une menace permanente contre ces vieilles mœurs, contre ces utiles croyances qui sont le ciment de l'ordre, ou plutôt qui sont l'ordre lui-même, ne doit-elle pas, au contraire, s'en montrer la digne sauvegarde et l'efficacité garantie? Une société qui ne reconnaîtrait pas d'autre conscience que le frein légal, d'autre Dieu que le magistrat, d'autre religion que les Codes, effrayerait bien vite les admirateurs exclusifs de la puissance civile. Ceux qui veulent que le mariage puisse se passer de Dieu seraient bien fâchés que la société s'en passât, et plus fâchés encore qu'on les crût capables de s'en passer eux-mêmes (1). — Tels sont les motifs sur lesquels on se fonde pour demander que, comme complément nécessaire de la célébration civile, la loi exige la célébration religieuse et la constatation de ce fait sur les registres de l'état civil. L'État, ajoute-t-on, reconnaît et protège tous les cultes; or, puisque tous sont d'accord pour faire de la cérémonie religieuse une condition indispensable à la validité du mariage, il serait juste dès lors que le législateur exigeât également cette condition. Relativement à ceux qui ne professent aucune religion, une pareille prescription ne serait même pas contraire à la liberté de conscience, puisque leur conscience ne réclame rien, et que cette formalité pourrait tout au plus être considérée par eux comme indifférente et inutile. La tolérance religieuse doit naturellement s'arrêter là où commence le droit d'autrui; et par conséquent il est singulièrement inique que le caprice de l'une des parties puisse ainsi entraver l'exercice d'un droit que le principe de la liberté de conscience garantit à tout individu. La loi, en effet, ne doit pas se contenter de permettre à chacun de remplir librement toutes les obligations que sa religion lui impose; elle doit aussi lui assurer secours et protection contre tous ceux qui tenteraient de l'en empêcher. Rien ne serait donc plus légitime, ce semble, que

(1) Sauzet, *Du mariage civil et du mariage religieux*.

de contraindre les deux époux à procéder à une célébration religieuse toutes les fois que l'un d'eux regarderait cette formalité comme indispensable, aux yeux de sa conscience, pour la validité de son mariage.

Et qu'on ne dise pas qu'une telle condition serait en opposition avec le principe fondamental de la séparation des pouvoirs. Cette prescription deviendrait en même temps et morale et civile. A ce dernier point de vue, elle serait essentiellement de la compétence du législateur; et, en l'exigeant, il ne ferait que se conformer à l'opinion publique, aux plus saines notions juridiques et à l'état des mœurs.

On le voit, nous n'avons pas cherché à dissimuler la valeur et le nombre des arguments présentés par les partisans d'une réforme législative qui ferait du mariage religieux une obligation civile. Examinons maintenant l'opinion contraire. Tous les motifs qu'elle invoque se rattachent à deux idées principales : la distinction radicale à faire, dans le mariage, entre le contrat et le sacrement; l'indépendance des pouvoirs temporel et spirituel.

Tout mariage, dit-on d'abord, se compose de deux choses essentiellement distinctes, le contrat et le sacrement. Or, dans tout ce qui est mixte, comme cette institution, le législateur ne peut envisager que le côté humain. La loi ne doit apparaître dans la formation du mariage que pour garantir aux époux leurs différentes prérogatives au point de vue civil. Eh bien! c'est ce qu'elle fait en assurant à chacun la liberté, l'égalité la plus complète. Sans doute, la nécessité morale de l'intervention religieuse serait facile à démontrer; mais ceci n'est plus du domaine de la loi, et elle ne devait pas en tenir compte. Le contrat seul est de sa compétence. Tout ce qu'elle pouvait faire, elle l'a fait, en laissant toujours aux deux parties la faculté de demander la célébration religieuse. Et si elle ne s'en préoccupe pas autrement, si elle n'attache de conséquences légales qu'à la cérémonie civile, c'est parce qu'elle ne peut sanctionner que les actes qui relèvent de son autorité, et dont les solennités sont réglées par ses prescriptions. D'ailleurs, comment concilier cette nécessité d'une bénédiction religieuse avec le principe qui reconnaît la liberté des cultes? En effet, cette liberté de conscience n'est précisément

pour un grand nombre que le droit de n'avoir aucune religion. Comment faire en outre dans le cas, par exemple, où l'un des époux serait catholique et l'autre protestant? Il faudrait donc une double célébration? On a souvent reproché son athéisme à notre loi civile. Mais ne serait-ce pas en vérité la meilleure manière de justifier ces reproches que de voir ainsi l'État se faire juif avec les juifs, protestant avec les protestants, catholique avec les catholiques, et se constituer non point le protecteur impartial, mais le régulateur de tous les cultes en même temps? — Enfin, quelles ne seraient pas les conséquences de la réforme que l'on demande! Si c'est l'Église qui célèbre le mariage, elle ne célébrera que celui qu'elle permet. Par conséquent, il faudra que la loi civile reconnaisse tous les empêchements de la loi religieuse. De plus, ce sera l'Église évidemment qui devra être juge de la célébration; seule, elle pourra décider si le sacrement a été oui ou non valablement reçu. Mais alors, la réforme va plus loin; il faudrait donc rendre aux tribunaux ecclésiastiques la connaissance de toutes les contestations relatives à la validité des mariages; et bientôt nous verrions se renouveler cette regrettable confusion et ces luttes du temps passé dont personne, à coup sûr, ne peut désirer le retour. Car, en définitive, si le ministre du culte refusait de procéder à la célébration du mariage, il n'aurait donc pas lieu? Ou bien il faudrait ressusciter ces *appels comme d'abus*, et l'on verrait de nouveau un tribunal civil ordonner à un prêtre d'administrer un sacrement, et de consacrer une union que l'Église et sa conscience lui défendent de bénir!

En présence de ces difficultés et de ces résultats inévitables, malgré tout le désir que nous aurions nous-même de voir la loi civile tenir plus de compte de l'élément religieux dans la célébration du mariage, il nous paraît néanmoins impossible de méconnaître que le législateur a sagement fait de n'envisager dans cette institution que le côté purement humain. Le contrat était le seul qu'il pût réglementer : le sacrement tient à l'ordre spirituel, et dès lors il n'est plus de sa compétence. Il nous semble toutefois que, sans sortir pour cela des limites naturelles de leurs attributions, les rédacteurs du Code eussent pu facilement rapprocher davantage les prescriptions civiles des prescriptions religieuses.

C'était leur devoir, car, ainsi que nous l'avons dit, les lois de la morale et du droit naturel, dictées à l'homme par Dieu lui-même, sont des règles infiniment au-dessus de toutes les autres, et avec lesquelles le législateur humain ne doit jamais se mettre en opposition. Or, notre législation française sur le mariage atteint-elle ce but? Nous ne le pensons pas. Tout en restant indépendante des règlements ecclésiastiques, la loi ne devait rien faire qui pût en gêner l'exercice. Et cependant la combinaison des art. 63 du C. N., 199 et 200 C. P., a pour résultat nécessaire d'entraver complètement l'application des lois de la conscience et de l'Église. En effet, le premier de ces articles exige que tout mariage soit précédé de publications; de plus, les deux derniers interdisent, sous peine d'amende et même sous peine d'emprisonnement, en cas de récidive, à tout ministre d'un culte de procéder à la célébration religieuse sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil. Eh bien! supposons un moribond qui a vécu jusqu'au dernier moment en concubinage avec une femme dont il a eu des enfants, et qui, à l'article de la mort, cédant enfin au cri de sa conscience, demande à faire légitimer cette union coupable. L'Église permet à son ministre de procéder immédiatement, et sans publications, à la célébration du mariage. La loi civile, au contraire, le lui défend formellement; et par conséquent le prêtre se trouvera dans cette alternative, ou de désobéir à sa conscience et à l'Église, ou de contrevenir aux prescriptions de la loi civile. Sans doute il n'hésitera pas; mais il ne pourra remplir son devoir qu'en s'exposant aux peines édictées par les art. 199 et 200 du C. P. Ces deux articles sont donc une injustice flagrante; car, qu'on ne l'oublie point, nul législateur ici-bas n'a le droit de modifier les lois portées par le législateur suprême, ou d'en entraver l'exercice; et les prescriptions de l'Église sont infiniment supérieures à toutes celles que le pouvoir humain crée et détruit par sa seule volonté. Qu'il n'en tienne aucun compte pour la reconnaissance et pour l'application des effets civils qu'il attache à tel ou tel contrat, c'est son droit; je dis plus, c'est son devoir, avec le système de notre organisation actuelle; mais on ne peut regarder que comme une usurpation de pouvoir la prétention de régle-

menter les cérémonies religieuses elles-mêmes, et de les retarder jusqu'à telle ou telle époque. Pourquoi la bénédiction du prêtre ne pourrait-elle pas précéder le mariage civil? Et de quel droit la loi humaine vient-elle priver un mourant de cette dernière consolation de voir au moins légitimer aux yeux de sa conscience une union que l'Église lui propose encore de bénir, mais que l'État déclaré n'avoir plus le temps de reconnaître? Rien ne serait donc plus juste, ce nous semble, que la suppression de ces deux articles. Portés à une époque où la séparation des pouvoirs civil et religieux n'avait peut-être pas encore suffisamment pénétré dans l'esprit de chacun, ils trouvaient leur justification dans cet état de choses; mais aujourd'hui toute confusion est impossible; qui ne sait que le mariage religieux ne produit et ne peut produire aucun effet civil? Ils n'ont donc plus de raison d'être, il n'y a plus de motif sérieux pour les maintenir, et ils ne peuvent être regardés que comme une disposition vexatoire, inutile et anti-religieuse.

Une autre réforme nous paraîtrait également désirable dans notre législation sur le mariage. Sans exiger la célébration en face d'Église, il nous semblerait bon que la loi, par l'entremise du maire, fit demander aux époux, au moment du contrat civil, quelles sont leurs intentions relativement à la cérémonie religieuse. De cette façon, chaque partie saurait au moins à quoi elle s'engage; elle connaîtrait les dispositions de l'autre, et l'on préviendrait ainsi l'erreur dont une personne pourrait être victime, si, après la célébration civile, son conjoint refusait, malgré ses promesses antérieures, de recevoir la bénédiction religieuse. L'État aurait été témoin de ses engagements à cet égard, et s'il ne voulait pas les remplir, il y verrait une cause de nullité du mariage. Comment, en effet, laisser l'un des époux à la merci d'une telle déloyauté, et lui faire ainsi subir malgré lui tout le poids d'un lien dont on ne veut pas accorder la consécration à sa croyance, et qui n'enchaîne pas moins sa liberté pour toujours. Je sais que, suivant nous, l'article 180 peut offrir dans certains cas un remède efficace à cet état de choses; mais notre opinion est loin d'être universellement admise, et pour ceux qui ne reconnaissent pas aux mots *erreur dans la personne* le sens que nous

leur avons donné dans cette thèse, cette réforme, du moins, serait éminemment utile. D'ailleurs, une disposition législative élèverait tous les doutes, et aurait en outre le mérite de prévenir le mal, ce qui vaut toujours mieux que de le réparer.

Dans une question aussi grave, nous sommes loin de prétendre avoir dit tout ce qu'il y avait à dire. Notre inexpérience nous servira d'excuse, et aussi l'hésitation même que l'on remarque sur ce point chez les esprits les plus profonds et les plus distingués. Deux systèmes opposés se trouvaient en présence : les uns désiraient purement et simplement le maintien de l'état de choses actuel ; les autres demandaient qu'on y apportât de profondes modifications. Malheureusement, la plupart de leurs réformes seraient aujourd'hui d'une exécution pour ainsi dire impossible. En levant une difficulté, elles en feraient surgir une nouvelle. Entre ces deux extrêmes, nous nous sommes borné à émettre ces quelques idées qui ne nous semblent en rien contraires aux vrais principes de notre droit, et qui, d'un autre côté, nous paraissent d'une application aussi simple que d'une utilité incontestable. Tout en conservant l'indépendance la plus absolue entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel, le législateur ferait disparaître, par la suppression des art. 199 et 200 du C. P., cette suspicion injuste qui pèse depuis plus d'un demi-siècle sur les ministres du culte, et il leur permettrait ainsi de remplir sans danger leurs devoirs religieux et leurs devoirs civils. De même, en ajoutant aux prescriptions de l'art. 75 du C. N. l'obligation pour le maire de demander aux futurs époux quelles sont leurs intentions relativement à la célébration religieuse, la loi, sans compromettre en rien la liberté de conscience, préviendrait un grand nombre des abus que peut entraîner de nos jours l'indépendance des pouvoirs. Elle rappellerait en outre aux parties la source céleste du mariage, « de cette institution fondée par Dieu lui-même à l'origine du monde, que le législateur humain peut bien réglementer, mais dont il ne peut altérer les principes ni les conditions essentielles. » (M. Demante, Rapport à l'Assemblée législative.) Sous cette respectueuse réserve, elle ferait comprendre aux époux que, si le contrat civil est suffisant à ses yeux, les bénédictions de la religion ne leur sont pas moins nécessaires pour remplir dignement

et saintement leurs devoirs. Elle contribuerait ainsi à relever la dignité du mariage, et à lui rendre, au milieu des contrats, cette place d'honneur qu'il a constamment occupée depuis la création du monde, qu'il occupe encore de nos jours chez tous les autres peuples, et qu'il doit à jamais conserver dans l'opinion de tous les hommes de bien. Enfin, par ces réformes, l'État prouverait du moins son esprit de conciliation et sa bonne volonté envers l'Église, rendant ainsi un nouvel et éclatant hommage à cette éternelle vérité : qu'il n'y a pas de droit contre le droit.

PROPOSITIONS.

Droit Romain.

- 1° Le mariage se formait à Rome par le seul consentement.
- 2° La vieillesse fut pendant quelque temps un empêchement au mariage.
- 3° La loi *Claudia* supprima entièrement pour les femmes la tutelle des agnats.
- 4° La ratification du père ne légitimait pas les enfants issus antérieurement d'un mariage contracté sans son consentement.
- 5° L'adoption du gendre avant l'émancipation de la fille entraînait immédiatement la nullité du mariage.
- 6° L'accession ne formait point à Rome un mode d'acquérir la propriété.

Droit Intermédiaire.

- 1° Le curé des parties pouvait toujours les marier, même en dehors de sa paroisse.
- 2° Les ordonnances royales n'annulaient pas les mariages contractés par des enfants mineurs sans le consentement des ascendants. Ce furent les Parlements qui déclarèrent cette nullité.

Droit Français.

- 1° La promesse de mariage est nulle, ainsi que la clause pénale que l'on y aurait ajoutée.
- 2° L'interdiction ne forme point un empêchement au mariage.

3° On ne peut appliquer l'art. 298 C. N. à la séparation de corps.

4° Pour que la parenté naturelle forme obstacle au mariage, il faut qu'elle ait été légalement reconnue ou judiciairement constatée.

5° Le ministère public peut quelquefois former d'office opposition à un mariage.

6° Les articles 201 et 202 du C. N. doivent être également appliqués aux mariages nuls et aux mariages simplement annulables.

7° Le mariage putatif produit absolument tous les effets d'un mariage valable dont la dissolution arriverait lors du jugement qui déclare la nullité.

8° Pour qu'il y ait mariage putatif, il suffit que la bonne foi existe au moment de la célébration. — Elle se présume toujours pour l'erreur de fait. Il faut la prouver pour l'erreur de droit.

Code de Procédure.

1° Le pourvoi en Cassation n'est pas suspensif pour une opposition de mariage. On ne peut appliquer ici l'art. 263 du C. N.

2° L'article 883 du C. de P. ne peut être invoqué par les membres d'un conseil de famille qui ont formé la minorité dans une délibération relative à un consentement de mariage.

Droit Criminel.

1° L'interdiction ne dégage pas l'interdit de toute responsabilité pénale.

2° L'aggravation de la peine contre l'auteur principal, par suite d'une circonstance qui lui est personnelle, ne doit pas retomber sur le complice.

3° Le crime de bigamie n'existe que quand le premier mariage est valable.

4° Il peut y avoir tentative de bigamie; mais il faut distinguer avec soin les actes préparatoires de ceux qui constituent un commencement d'exécution.

5° Le faux commis par un fils au préjudice de son père ne constitue pas un crime.

Droit Administratif.

1° Tout culte nouveau doit être autorisé par le gouvernement.

2° La propriété des rivières appartient à l'État, alors même qu'elles ne sont ni navigables ni flottables.

3° Tout individu soumis à la patente ne peut être tenu de la payer que dans le lieu et pour les établissements où il exerce sa profession. Si, en dehors de ces établissements, il possède encore diverses autres maisons, comme simple particulier, il ne peut être assujéti pour elles à aucune espèce de droit.

Droit des Gens.

1° Le défaut de publications en France du mariage contracté par un Français en pays étranger n'entraîne pas de plein droit la nullité de ce mariage.

2° Tout mariage contracté à l'étranger entre un Français et une étrangère ne peut être célébré que devant l'officier civil du pays.

3° Au contraire, le mariage contracté à l'étranger entre deux personnes faisant partie de celles désignées par l'art. 88 du C. N. ne peut être célébré qu'en présence des agents français.



Vu par le Doyen,
H. RICHELOT.

H. DU FOU.

Permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie,

A. MOURIER.

TABLE.

	Pages.
INTRODUCTION.	1
DROIT ROMAIN.	
Aperçu historique.	2
Des conditions requises pour la validité du mariage.	9
Chapitre I. — De la puberté.	10
Chapitre II. — Du consentement.	13
Chapitre III. — Du <i>connubium</i> , ou de la capacité de contracter le mariage romain.	19
DROIT FRANÇAIS.	
<i>Ancienne législation.</i>	
Généralités.	37
Chapitre I. — De la puberté.	38
Chapitre II. — Du consentement.	39
Chapitre III. — De la capacité civile de se marier.	44
Chapitre IV. — De la publicité.	48
Chapitre V. — Des demandes en nullité.	52
CODE NAPOLEON.	
Généralités.	56
Chapitre I. — De la puberté.	58
Chapitre II. — Du consentement.	59
Chapitre III. — Des causes qui peuvent enlever la capacité de se marier.	76

	Pages.
Chapitre IV. — Des formalités nécessaires à la validité du mariage.	82
Appendice au chapitre quatrième. — Des mariages célébrés à l'étran- ger ou par des étrangers.	95
Chapitre V. — Des demandes en nullité de mariage.	99
CONCLUSION. — Du mariage civil et du mariage religieux : examen de la législation française à cet égard.	116
Propositions.	127



ERRATA.

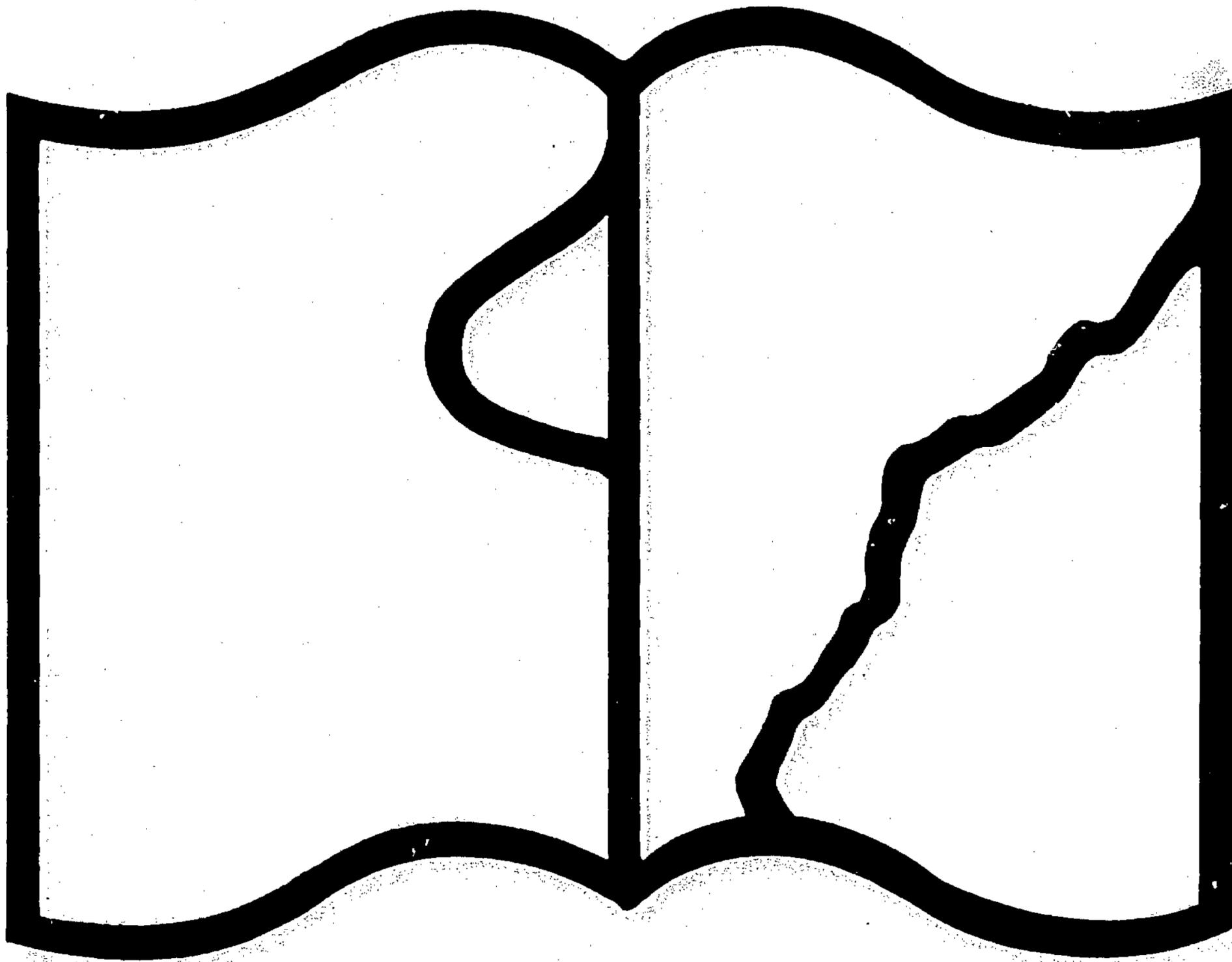
Page 11, ligne 22, *au lieu de* : ils nous semble, *lisez* : il nous semble.

Page 21, ligne 10, après *postl.*, une nouvelle phrase commence à : L'interpolation, etc.

Page 59, ligne 16, *au lieu de* : D'après l'arrêt, *lisez* : D'après l'arrêté.

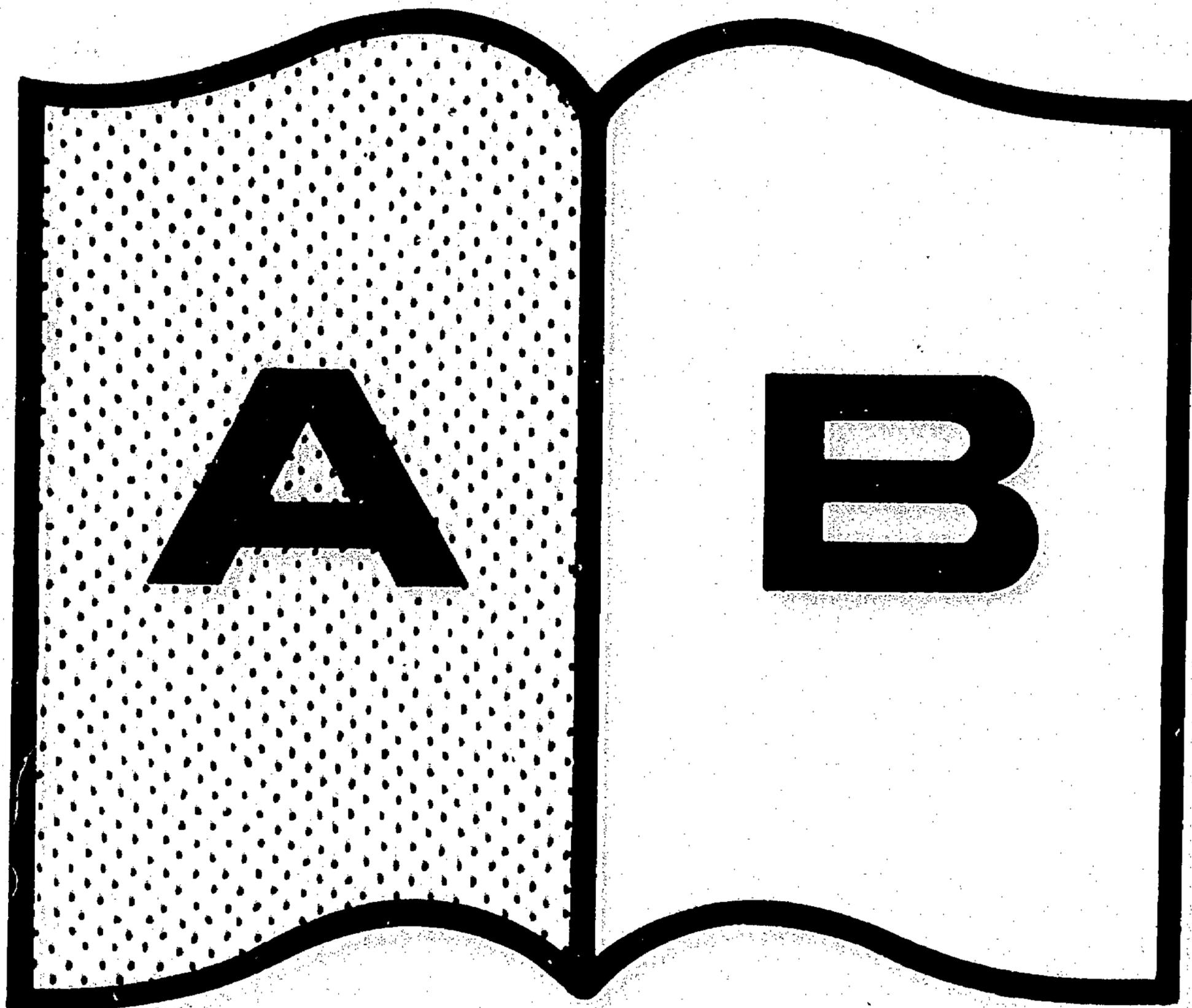
Page 72, ligne 12, *au lieu de* : De même la, *lisez* : De même, la.





Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11



Contraste insuffisant

NF Z 43-120-14