

T 1972 - III - 4

PPN 073376566

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE



DES CONDITIONS
POUR LA
VALIDITÉ DU MARIAGE
EN DROIT ROMAIN

DES
NULLITÉS DE MARIAGE
EN DROIT FRANÇAIS



Thèse pour le Doctorat

SOUTENUE

Par M. Henri de PORQUIER

AVOCAT



LAVOUR

IMPRIMERIE DE MARIUS VIDAL

1872



3 111 035836 1



A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MON ONCLE, A MA TANTE

A MON FRÈRE

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

1871—1872

MM.

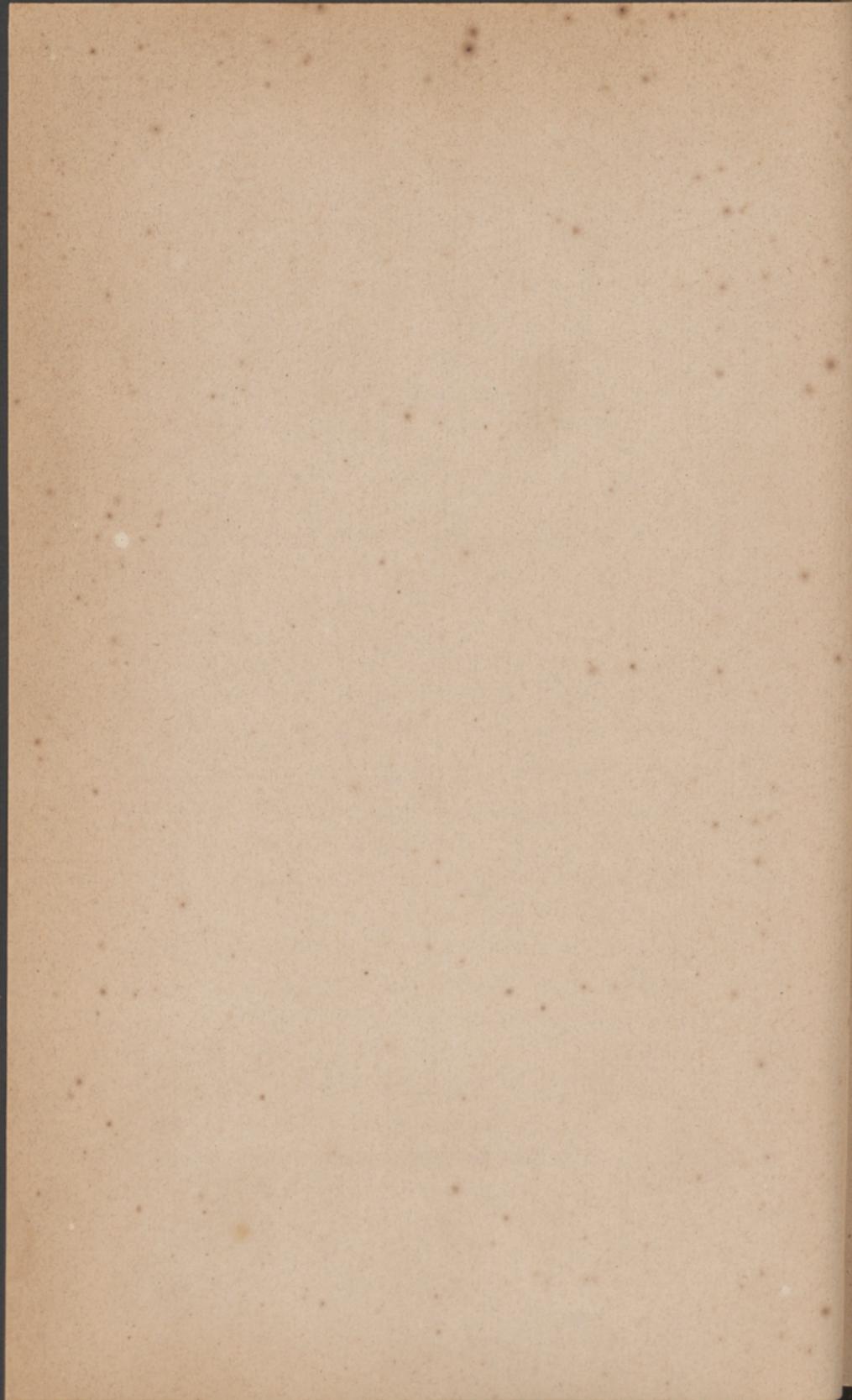
- DUFOUR *, Doyen, Professeur de Droit commercial.
RODIÈRE *, Professeur de Procédure civile.
MOLINIER *, Professeur de Droit criminel.
BRESSOLLES *, Professeur de Code civil.
MASSOL *, Professeur de Droit romain.
GINOULHIAC, Professeur de Droit français, étudié dans ses
origines féodales et coutumières.
HUC, Professeur de Code civil.
HUMBERT, Professeur de Droit romain, en congé.
POUBELLE, Professeur de Code civil, en congé.
ROZY, Professeur de Droit administratif.
BONFILS, agrégé, chargé de Cours.
ARNAULT, agrégé, chargé du Cours d'économie politique.
DELOUME, agrégé, chargé de Cours.
CONSTANS, agrégé.

M. DARRENOUGÉ, Officier de l'Instruction publique, Secrétaire, agent comptable.

Président de la Thèse, M. HUC.

Suffragants : { MM. MOLINIER,
BRESSOLLES, } Professeurs.
MASSOL,
DELOUME, agrégé.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions
particulières du Candidat.



DROIT ROMAIN

Conditions pour la validité du mariage

APERÇUS GÉNÉRAUX

Modestin définit ainsi le mariage en droit romain :
« *Nuptiæ sunt conjunctio maris et femine consortium omnis vitæ divini et humani generis communicatio.* » ¹
Cette définition suppose une communauté d'existence entre l'homme et la femme, non-seulement au point de vue civil, mais même au point de vue religieux. Et en effet, à l'époque de Modestin le mariage était accompagné de la *conventio uxoris in manum mariti*. La femme par la *manus* sortait de sa famille et entrait dans celle de son mari ; elle était par rapport à lui *loco filie*, elle acquérait dans cette nouvelle famille les droits qu'elle avait perdus dans la sienne, c'est ce que

(1) l. 4 D. de riptu nuptiarum.

Modestin appelle : *l'humani generis communicatio*. La femme *in manu* avait droit aussi aux *sacra privata* de la famille, elle était associée aux cultes des Dieux domestiques ; c'est pourquoi Modestin dans sa définition nous parle de la *Divini juris communicatio*.

Sous Justinien, la *manus* ayant disparu et le paganisme n'étant plus la religion de l'état, la définition de Modestin ne peut plus être exacte. C'est pour cela que Justinien, dans ses *Institutes*, définit les justes noces : « *Viri et mulieris conjunctio individuum vitæ consuetudinem continens.* » Cette définition de Justinien, comme celle de Modestin du reste, reconnaît que le mariage crée entre les époux une étroite communauté d'existence, une condition entièrement égale *consortium omnis individua vitæ consuetudo*. Ces derniers mots *individua vitæ consuetudo* ont donné lieu à une grande controverse parmi les jurisconsultes.

Les uns ont voulu voir dans ces expressions, la preuve que le mariage en droit romain formait un lien indissoluble. Mais les divorces nombreux qui avaient lieu à Rome prouvent bien que cette interprétation n'est pas exacte. D'autres ¹ prétendent que cette partie de la définition veut dire l'indissolubilité intentionnelle au jour de l'union, et ils veulent démontrer par là, la différence qu'il y avait entre la concubine et l'épouse.

Cette opinion est encore mal fondée, elle est contraire aux textes ; aussi faut-il penser que ces mots

(4) Donneau comment. juris civil. 4, XIII, chap. XVIII. n° 4.

individua vitæ consuetudo signifient simplement que la femme est associée au rang du mari, qu'elle a une position semblable à celle de son époux.

Ce qui constitue le mariage, c'est la volonté, chez deux personnes de sexe différent, de vivre ensemble comme mari et femme. Il est certain que la première des conditions pour le mariage est le consentement. A Rome ni le contrat, ni la pompe des noces, ni même la cohabitation ne sont nécessaires pour le mariage.

Pour le contrat, Dioclétien et Maximilien nous disent : ¹ « Un contrat fait pour prouver un mariage, » ne le prouvera pas si le mariage n'a pas été fait ; et » s'il a été fait, il n'en existera pas moins nonobstant » l'absence de tout titre qui l'atteste, parce que tous » les autres indices du mariage le prouveront suffisamment sans ce titre. »

La pompe des noces, pas plus que le contrat, n'est exigée pour le mariage.

Gaius ² s'exprime ainsi : « Le mariage est légitime si un romain a épousé une romaine, soit qu'il ait célébré ses noces ou qu'il l'ait contracté par le seul consentement. »

Enfin la cohabitation n'est pas non plus indispensable au mariage, c'est pourquoi suivant Cinna « Si un homme, étant absent, s'est marié et qu'il soit

(1) l. 43 cod. de nuptiis voir aussi la loi 9 cod. 5, 4 de nuptiis.

(2) Instit. lib. 4^r tit. 4 de matrimo. voir aussi Valentinien cod. l. 22, 5, 4 de nuptiis.

» mort en revenant du Tibre, il a été répondu, que sa
» femme devait en faire le deuil. »

Mais si le contrat, si les solennités, si la cohabitation ne sont pas exigées, peut-on dire que le seul consentement suffit au mariage ?

Non, je crois avec M. Demangeat, et autres auteurs, que pour le maintien du mariage il faut quelque chose de plus : il faut que la cohabitation puisse s'effectuer lorsque le mari le désirera. Plusieurs décisions des jurisconsultes viennent à l'appui de cette opinion. Paul nous apprend ¹ qu'un homme absent peut se marier, qu'une femme absente ne le peut pas, et Pomponius ² explique cette distinction : l'homme se marie valablement quoique éloigné du lieu de son domicile pourvu que la femme y soit présente. Il n'aura qu'à envoyer un message pour transmettre son consentement et la femme sera *deducta in domum mariti*. Si, au contraire, la femme est absente, les choses se passeront différemment. Le mari, dans ce cas, irait inutilement dans la maison de sa femme, car la maison de la femme n'est pas le domicile conjugal, et le mari n'ayant pas sa femme à sa disposition, ne pouvant la faire rentrer quand il le voudrait, le mariage ne pourrait exister.

Donc, on peut soutenir que le simple consentement ne suffit pas et qu'il faut, de plus, la possibilité de la cohabitation.

Après les *justæ nuptiæ* ou mariage proprement dit,

(1) Sentences II, XIX § 8.

(2) l. 5 de ritu nuptiarum XXIII, 2.

nous trouvons le concubinat, le mariage du droit des gens, et le *Contubernium*, ou mariage des esclaves. — Un mot sur chacune de ces unions.

Du Concubinat. — A Rome, le concubinat était une union aussi licite que les justes noces, et dans certaines hypothèses il était même conseillé de préférence à celles-ci ¹.

Certaines règles des *justæ nuptiæ* s'appliquaient au concubinat. Ainsi il n'était pas permis d'avoir deux concubines ou une épouse et une concubine ; mais il y avait aussi plusieurs différences. Cette union était beaucoup moins honorable pour la femme que les justes noces. La concubine avait un rang inférieur à son concubinaire. Une répudiation suffisait pour la dissolution du concubinat, sans qu'il fut besoin de recourir au divorce, sans même qu'il fut besoin de motiver cette répudiation. C'est précisément à cette faculté extrême que le concubinat dut sa faveur.

Enfin la puissance paternelle n'existait pas. Les enfants issus de cette union avaient cependant une filiation positive, on les appelait *naturales liberi* ; mais ils étaient *sui juris* et le père n'avait droit ni sur leur personne ni sur leurs biens.

Le concubinat fut prohibé formellement par l'empereur Léon, et, dès cette époque, il tomba complètement en désuétude, au moins en Orient, car il exista quelque temps encore en Occident, puisqu'il était en honneur dans l'empire Franck.

Mariage du droit des gens. — Le mariage du droit

(1) Ulp. l. 4 de concubinis princip.

des gens était celui que contractait ordinairement ensemble deux pèrègrins. Le droit quiritaire a toujours reconnu le mariage du droit des gens, parce que cette union ne se formait pas seulement entre pèrègrins, mais aussi fort souvent entre pèrègrins et romains.

On ne sait pas trop quels étaient au juste les effets que cette union produisait, quel était son caractère. On trouve à ce sujet quelques renseignements dans un passage des *topiques de Cicéron*¹, duquel il résulte que la femme pouvait se constituer une dot, qu'il lui était permis après la dissolution du mariage de réclamer elle-même ou ses héritiers.

Il fallait pour rompre le mariage du droit des gens ou un divorce, ou une répudiation assujettie à certaines formalités. Différence entre le *concubinatus* ou rien de tout cela n'était exigé pour sa dissolution.

Et sans que nous ayons de textes précis, on peut même soutenir, en se basant sur les principes généraux du droit, que les enfants n'étaient pas regardés comme *vulgo concepti*; ces enfants avaient des cognats. Enfin la femme, à la différence encore du *concubinatus* n'était pas inférieure au mari, elle avait le même rang, elle lui était égale en tout.

Contubernium. — Le *contubernium* était le lien qui se formait entre deux personnes esclaves. Primitivement, cette union n'était régie ni par le droit civil, ni

(1) Si mulier quum fuisset nupta, cum eo qui cum connubium non esset, nuntium remisit; quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur pro liberis manere nihil oportet (Topica Ciceronis n° 48).

par le droit des gens, elle n'était soumise qu'aux lois naturelles. Cependant on reconnut plus tard la parenté servile, elle devint même pour le cas d'affranchissement, un empêchement au mariage dans la ligne directe et entre frères et sœurs — Justinien dans ses institutes donna à cette parenté servile une sanction législative, car depuis cet empereur elle fut même au point de vue civil, un empêchement au mariage aussi bien que la parenté ordinaire. Il permit encore à la fin de son règne, de légitimer sous certaines conditions les enfants nés d'un esclave ¹. Le *contubernium* était pour le reste, entièrement abandonné au droit naturel. Il ne produisait ni puissance paternelle ni puissance dominicale ; la femme n'avait pas de dot, les enfants pas de filiation. Telles sont les différences qu'il y avait à Rome entre les diverses unions. Mais puisque le mariage romain n'exigeait ni contrat ni solennités, en quoi distinguait-on les justes noces du concubinat par exemple ? Pour les *justæ nuptiæ*, on rédigeait généralement un écrit appelé *instrumentum dotale*, dans lequel on constituait une dot à la femme, et dans lequel aussi on stipulait sa restitution.

Quelquefois on entourait les noces, de certaines solennités. Dans ces cas il était très-facile de faire la distinction et d'établir la preuve du mariage. Mais si rien de tout cela n'avait eu lieu, on décida ² que si la femme était ingénue et honnête, elle était considérée

(1) Nouvelle LXXXVIII chap. 4.

(2) LL. 3. 49 § 4 D. 22 1 l. 3 D. 25. 7.

comme *uxor*, à moins que l'on eût attesté par un acte formel qu'on n'entendait contracter avec elle qu'un concubinat. Plus tard Justinien ¹ exigea l'*instrumentum dotale*, pour toutes les personnes d'un rang supérieur.

Après cet exposé rapide sur le mariage, nous allons diviser notre sujet en deux titres.

Dans le premier nous nous occuperons des qualités et conditions requises pour contracter mariage et dans le second nous verrons quelle est la sanction des empêchements absolus et relatifs.

TITRE PREMIER

Des qualités & conditions requises pour contracter mariage

Les qualités et conditions requises pour contracter mariage, se divisent en deux classes bien distinctes : elles sont absolues ou relatives. L'absence des premières constitue un empêchement absolu, c'est-à-dire que personne dans ce cas ne peut se marier.

Mais, deux personnes peuvent avoir la capacité individuelle de se marier, et rencontrer encore des obstacles à l'accomplissement de leur union, si, par exemple, deux citoyens pubères, mais parents à des degrés prohibés, avaient l'intention de se marier, ils ne le pourraient pas, parce que cette parenté qui existe entre eux forme un empêchement relatif.

(1) Nouvelle 74 chap. 4.

Examinons d'abord les empêchements absolus, nous passerons ensuite aux empêchements relatifs.

CHAPITRE PREMIER

DES EMPÊCHEMENTS ABSOLUS

Ces empêchements sont très-nombreux, nous allons les parcourir dans les cinq sections suivantes. Nous traiterons successivement : 1° De la liberté et de la cité ; 2° De l'âge requis pour contracter mariage ; 3° Du consentement des parties ; 4° Du consentement du chef de famille ; 5° De l'existence d'un premier mariage, de l'adultère, du délai de viduité et du divorce.

SECTION I

De la liberté et du droit de cité

En principe, il fallait être citoyen romain pour que le mariage fut légitime.

L'esclave, par conséquent, qui aux yeux de la loi n'était pas une personne juridique, qui était la propriété du maître, ne pouvait se marier non-seulement avec un citoyen romain, mais même avec une personne de sa condition. Il n'y avait pour lui qu'un lien appelé *contubernium* dont nous avons déjà parlé.

Les pèrigrins ne pouvaient non plus contracter mariage d'après le droit civil, ils ne pouvaient primitivement se marier que d'après la loi de leur pays.

Sous l'empire, les concessions du *jus connubii* furent faites par les empereurs soit d'une manière générale, soit par rapport à telle personne seulement. Lorsque, par exemple, les soldats licenciés recevaient le droit de contracter mariage avec la première femme pèrigrine ou latine qu'ils épouseraient¹ ; Caracalla, par une constitution, alla plus loin, il accorda le droit de cité à tous ceux qui se trouvaient dans l'empire romain et leur donna par conséquent le *jus connubii*.

Cette faveur accordée aux pèrigrins ne s'étendit jamais aux barbares. Les empereurs Valentinien et Valens, pour se garer contre toute invasion, prononcèrent la peine de mort contre tout romain qui épouserait une femme barbare².

Justinien, sans reproduire les peines sévères édictées dans le code Théodosien, prononça la nullité d'un pareil mariage.

SECTION II

De l'âge requis pour contracter mariage

La puberté était une des premières conditions exigées pour pouvoir contracter mariage. Aussi Justinien, dans ses Institutes³, veut-il que le mari soit pubère et la femme *viripotens*. La législation romaine a varié beaucoup pour déterminer l'époque à laquelle un homme était pubère, pour savoir à quelle époque la jeune fille était nubile.

(1) Gaius, 4, § 56 et 57.

(2) L. un. de nup. gen. C. Th. III, 44.

(3) Princip. de nuptiis.

Si nous remontons aux premiers temps de Rome, nous voyons que la puberté était fixée irrévocablement à 17 ans. C'était seulement à cet âge que l'on sortait de la classe des *pueri* pour entrer dans celle des *juniores*, c'est alors que l'on était regardé comme capable d'exercer les droits de citoyen. D'où il faut conclure que c'était à cette époque seulement que l'on pouvait avoir le *connubium* ¹. Le père de famille présentait son fils, âgé de 17 ans et qu'il jugeait pubère, à la fête des *Liberalia*, laquelle se célébrait le 17 mars de chaque année. L'enfant alors changeait la robe bordée de pourpre contre la robe virile.

Au début de l'empire, il y eut, au sujet de la puberté, une grande discussion entre les Proculéiens et les Sabinien : les premiers voulaient que la puberté fut toujours fixée à 14 ans révolus. Les Sabinien, au contraire, ne voulaient la reconnaître qu'après une inspection corporelle, et Priscus exigeait même les deux conditions réunies : l'âge de 14 ans révolus et être bien constitué ².

Dans la pratique, on admit le système des Proculéiens, et Justinien consacra formellement leur opinion ³.

Les textes ne faisant mention d'aucune controverse, nous devons en conclure que la puberté des

(1) ~~Rollin~~ Histoire romaine, t. IV, page 170

(2) Gaius, com. 1, § 196.

(3) Institut. pro. quib. causis. tutel. finit.

femmes fut toujours fixée à 12 ans ¹. La femme n'était jamais présente aux fêtes appelées *liberalia*, elle gardait la robe *pretexte* jusqu'au jour de son mariage, et Justinien n'a fait que consacrer sur ce point une règle qui existait déjà ².

Mais si le défaut de puberté était, aux yeux de tous, un obstacle au mariage, il y avait des doutes relativement à la vieillesse et à l'impuissance.

Il est certain que sous Justinien la vieillesse ne formait point un empêchement au mariage, mais il est à croire que l'empereur a été contre l'ancien droit car il y a, dans le droit antérieur à ce prince, une foule de textes qui prouvent que le mariage était prohibé à un certain âge. C'est d'abord la loi 27 au code *de nuptiis*; cette loi porte entr'autres dispositions celle-ci : *Sancimus nuptiis quæ inter masculos et feminas majores vel minores sexagenariis vel quinquagenariis lege Julia vel Papia prohibite sunt*. Ce passage démontre bien que les unions contractées par des personnes de 50 et 60 ans étaient défendues par l'ancien droit.

Nous trouvons encore cette prohibition confirmée dans une constitution de Justinien ³. Des avocats ayant demandé à l'empereur si l'on pouvait accorder les droits de succession à un enfant né d'une femme âgée de plus de 50 ans, le prince répondit que l'enfant aurait droit à la succession de son père, car il importe que tous les enfants aient des droits égaux,

(1) D. 1. 44 quod falso tut.

(2) Inst. G. l. 3, quand. tutores vel curatores esse desinant.

(3) L. 42, cod. de legitimis hæredibus.

quoiqu'ils aient une origine différente. Et il doit en être ainsi, dit-il, parce que nous avons permis ces sortes de mariages qui avant nous étaient défendus ¹.

Quant à l'impuissance, les romains la divisaient en deux classes. Dans la première, on plaçait l'impuissance manifestée par des signes extérieurs, celle, par exemple, qui résulte de l'absence soit naturelle soit accidentelle des organes. Dans la seconde, on mettait l'impuissance non apparente que l'on appelle en médecine légale : *Frigidité naturelle*.

Ceux qui étaient compris dans la première classe étaient les *castrati*, les seconds étaient les *spadones*.

Le mariage était toujours interdit au *castratus* parce que son impuissance était permanente et qu'il était facile de s'en assurer. Des peines très sévères étaient infligées à ceux qui violaient cette prohibition. Une novelle de Léon le philosophe prononça la peine infligée au *stuprum* pour les castrats qui se mariaient, et l'interdiction des fonctions sacerdotales contre les prêtres qui auraient béni cette union ².

Le *spado* n'ayant qu'une impuissance momentanée très difficile sinon impossible à prouver, pouvait contracter mariage, c'est ce que nous disent une foule de textes qu'il est inutile d'analyser ici ³.

(1) Hujus modi nuptias permisimus.

(2) Novelle XCVIII.

(3) l. 39, § 4 de jure dotium ; l. 44, § 4. D. de manumissis vindict.

SECTION III

Du consentement des époux

Il ne pouvait pas y avoir mariage s'il n'y avait pas consentement. *Solus consensus justas nuptias facit* ¹. Le consentement des parties contractantes étant requis pour l'essence du mariage, il s'en suit que les mariages simulés sont nuls ; que si un fou se marie non-seulement il y a vice mais absence complète de consentement, à moins qu'il ne fut dans un intervalle lucide, dans ce cas son mariage sera valable.

La violence, en général, entraînait la nullité du mariage. Cependant, un fils ne pouvait pas demander la nullité d'un mariage auquel il n'aurait consenti que par crainte révérentielle. *Si patre cogente*, dit Celsus, *ducit uxorem quam non duceret si sui arbitrii esset contraxit tamen matrimonium ; quod inter invitos non contrahitur maluisse hoc videtur* ². Quant à la fille le consentement était moins sérieux ³, elle était censée consentir toutes les fois qu'elle ne résistait pas ouvertement à la volonté paternelle. Et pour qu'elle put protester, il fallait que le père lui proposât un homme de mauvaises mœurs ou de mauvaise réputation.

Le patron ne pouvait, en règle générale, contraindre l'affranchie à l'épouser, à moins que l'affranchissement n'eut eu lieu qu'à cette condition. *Invitam*

(1) Ulpian l. 3 de regul. juris.

(2) L. 22, de ritu nuptiarum.

(3) L. 12. De sponsalibus.

libertam, dit Marcien, uxorem ducere non potest patronus. Quod et Ateius Capito, ajoute Ulpien, consulatu suo fertur decrevisse. Hoc tamen ita observandum est, nisi patronus ideò eam manumisit ut uxorem eam ducat ¹.

SECTION IV

Consentement du *paterfamilias*

La puissance paternelle était organisée à Rome non pas dans l'intérêt des enfants, mais dans l'intérêt unique du *paterfamilias*. On peut en dire autant du droit qu'il avait de consentir au mariage de son fils. Le mariage devait faire entrer de nouveaux membres dans la famille, puisque les enfants nés du fils tombaient sous la puissance du *paterfamilias*. Il était juste qu'il ne put être contracté sans le consentement de celui qui allait être le maître de cette nouvelle famille. Mais la principale raison était que les nouveaux membres devenaient *heredis sui*. Ils étaient en quelque sorte co-propriétaires, avec le *paterfamilias*, des biens qu'il avait, et comme il était de principe qu'on ne peut avoir malgré soi d'héritiers siens ², il était naturel que le *paterfamilias* donnât son consentement au mariage.

Mais ce consentement était-il suffisant, ne fallait-il pas encore celui du fils de famille? Pour répondre à cette question il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'un garçon ou d'une fille. Le fils de famille qui n'est

(1) L. 28, 29, 31 de ritu nupt.

(2) Instit. § 7 de adoptionibus.

pas *sui juris* a besoin non-seulement le consentement de l'aïeul, chef de famille, mais encore celui du père ¹, parce qu'à la mort du *paterfamilias* le fils deviendra chef de famille, et il ne faut pas que malgré lui on introduise dans la famille, des héritiers qu'il ne voudrait pas. On enfreindrait alors la maxime : *Nemini invito suus heres agnascitur*.

Mais il semble qu'il y ait contradiction entre la loi 16, § 1 *de ritu nuptiarum*, qui exige et le consentement de l'aïeul et celui du père, et la loi 5 du même titre, déclarant que le seul consentement de l'aïeul suffit pour le mariage de deux cousins, issus de deux frères, placés tous les deux sous la puissance d'un même *paterfamilias*.

Pour concilier ces deux textes, quelques auteurs pensent que la loi 16, qui exige les deux consentements, se réfère à l'hypothèse où le petit-fils veut épouser une étrangère. Si, au contraire, le petit-fils veut épouser sa cousine, il tombe alors sous le coup de la loi 5, et le consentement de l'aïeul suffit, parce qu'on présume que le père ne s'oppose pas à l'union des deux conjoints unis par parenté.

D'après une autre opinion, on suppose dans la loi 5 que le père du petit-fils est mort ou est furieux, dans ce cas il était admis que le consentement de l'aïeul suffisait.

Quoiqu'il en soit, il vaut mieux, je crois, regarder le principe formel de la loi 16 comme une règle générale et dire que la loi 5 a voulu montrer que dans

(1) L. 16, § 1. D. de ritu nuptiarum.

l'hypothèse où les deux époux sont en puissance d'un ascendant, son consentement suffit quelquefois.

Quant au mariage des filles, c'était assez du consentement de l'aïeul, parce que à la mort du *paterfamilias*, la femme qui n'est pas *in manu* tombe seule et sans postérité sous la puissance de son père, et les enfants seront sous la puissance de son mari. La maxime « *Nemini invito suus heres agnascitur* » n'a pas ici sa raison d'être.

Il y a cependant des cas où le mariage peut exister sans le consentement des personnes qui auraient dû le donner.

Ces cas sont les suivants : le père est fou, ou bien il refuse de donner son consentement, ou enfin il est absent.

Le père est fou. — A Rome, on distinguait le *furiosus* et le *mente captus*. Le *furiosus* est celui qui peut avoir des intervalles lucides, son état peut quelquefois n'être que momentané. Le *mente captus*, au contraire, est dans un état permanent d'idiotisme, d'imbécillité.

La fille du fou pouvait dans l'ancien droit se marier sans son consentement ; mais il y avait plus de difficultés pour le fils, parce que les petits-enfants devenaient *heredes sui* du grand père. Jusqu'à Marc-Aurèle, l'empereur suppléait le père. Ce prince décida que les enfants du *mente captus* se marieraient sans consentement. Mais il y avait grande controverse pour savoir si cette décision s'appliquait aussi aux enfants du *furiosus* qui pouvaient profiter des intervalles lucides de ce dernier. Justinien mit fin à toutes les controverses

endécidant que les enfants du *furiosus* et du *mente captus* pouvaient se marier sans leur consentement, en prenant seulement l'avis du préfet, à Constantinople, et de l'évêque ou du gouverneur dans les autres provinces. Ces magistrats non-seulement étaient consultés sur la personne du conjoint, mais encore ils étaient chargés de régler la dot en présence du curateur du fou et des principaux parents de la mère¹.

Le père refuse son consentement. — Jusqu'à la loi Julia, il n'y avait aucun moyen d'échapper à ce refus. Mais, à partir de cette loi, le père ne pouvait plus forcer son fils à rester dans le célibat, car elle autorisait l'intervention du magistrat pour forcer le père à consentir, lorsqu'il s'opposait au mariage sans motifs sérieux.

Père absent. — Si le père est en captivité et qu'il y meure, il n'y a pas de difficulté, car alors l'enfant devient *sui juris*. Si, au contraire, le *paterfamilias* revient, par l'effet du *postliminium* il n'aura jamais été dépouillé de sa puissance, et alors, il faut se demander si le mariage contracté sans son consentement sera nul? Pour la fille il n'y avait pas grand empêchement à admettre la validité du mariage, mais pour le fils la maxime « *Nemini invito suus heres agnascitur* » mettait obstacle à cette validité. L'opinion la plus favorable au mariage l'emporta². Cette opinion se basa sur l'intérêt privé de l'enfant qui ne pouvait être condamné au célibat par le malheur du père; et sur l'intérêt public pour ne pas multiplier les célibataires.

(1) Cod. l. 23 de nuptiis.

(2) L 42, § 3 de capt. et postlim. XLIX. 45.

Justinien exigea 5 ans de captivité du père pour que le fils put se marier sans son consentement ¹. Dans le cas d'absence, autre que la captivité, l'ancien droit admettait aussi la validité du mariage, Justinien exigea encore 5 ans ². Dans toutes ces hypothèses on suppose que l'aïeul n'existe plus, car s'il vit encore son consentement suffira.

SECTION V.

De l'existence d'un premier mariage, de l'adultère, du délai de viduité, etc.

Celui qui avait déjà contracté un mariage ne pouvait pas en contracter un second avant la dissolution du premier. A Rome la polygamie fut défendue de tout temps, c'est un point qui n'est contesté par personne et qui résulte même de tous les textes du digeste.

Gaius et Justinien ³ n'en parlent que d'une manière incidente, montrant que ces principes sont si évidents qu'ils n'ont pas besoin de démonstration..... On appliquait les mêmes règles au cas du *concubinatus* car il était défendu à un citoyen d'avoir deux concubines.

Le mariage à Rome pouvait être dissous par la mort, la servitude et le divorce mais que penser de la captivité ?

La loi 1^e *de divortis* au digeste, nous dit que la captivité comme la servitude est une cause de disso-

(1) L. 9. § 4 de ritu nuptiarum.

(2) L. 40. de ritu nuptiarum.

(3) Gaius comm. 4 § 63 — Inst. § 6 et 7 de nuptiis.

lution du mariage ; la loi 12, § 4, *de captivis*, nous dit que la femme du captif n'est plus mariée. Et la loi 14, § 1, *de captivis* ajoute que le captif, à son retour, reprend la qualité de père, mais non celle d'époux, il s'établit pourtant en principe que la femme du captif ne pouvait valablement se marier qu'après un délai de cinq ans ¹. Justinien apporta quelques modifications. Il défendit à la femme, sous peine d'être réputée adultère, de se marier tant qu'elle était sûre de l'existence de son époux ; la prohibition cessait dans le cas contraire ². Mais Léon le philosophe défendit à la femme, même dans ce cas, de convoler en secondes noces. La femme pour se remarier devait prouver la mort de son premier mari.

De l'Adultère.

A Rome comme chez nous, l'adultère était puni de peines sévères. La femme adultère était incapable de contracter un second mariage. En principe nul ne pouvait épouser une femme condamnée comme adultère. Il faut cependant examiner quelques cas différents.

Si la femme n'est accusée par personne, qu'elle soit seulement répudiée par son mari, Paul nous dit qu'aucun empêchement n'existe alors à un nouveau mariage ³. Si le mari ou toute autre personne, a accusé la femme, la loi 26, *Digest. de ritu nupt.*, dit formel-

(1) L. 6. Dig. de repudiis et divortiis.

(2) Nouvelle XXII, chap. VII.

(3) L. 40 ad legem juliam de adulteriis, et stupro.

lement que la femme ne peut se remarier avant le décès de son premier mari, parce qu'il peut se faire que le mari reprenne sa femme avant la condamnation. Si le jugement a été prononcé et que la femme ait été condamnée, personne ne pourra l'épouser. Celui qui l'aurait prise avant le jugement et depuis la plainte devra la répudier ¹. Si elle n'a pas été condamnée elle pourra se remarier soit avec son premier mari soit avec toute autre personne. C'est ce que dit Papinien ² : « Un mari peut contracter un nouveau » mariage avec la femme qu'il a accusée d'adultère » après l'absolution du crime, et même il le pourrait » encore quand il ne l'aurait pas redemandée comme » mari. »

Du délai de la viduité

La femme ne pouvait se remarier pendant les dix mois qui suivaient la mort de son premier mari. Gratien étendit cette disposition à douze mois ³. Cette règle avait été établie pour éviter la confusion de part : *propter turbationem sanguinis generationisque incertitudinem* ⁴. Cette prohibition, très-ancienne, ne fut plus aussi absolue dans la suite. Paul nous dit qu'on obtenait des dispenses avec beaucoup de facilité. Plus tard, on devint plus sévères, et on n'accorda de dispenses que pour des causes très-graves.

(1) L. 29, § 1, cod. ad legem Juliam de adulteriis.

(2) . 34, § 1, lib. 4 respons.

(3) L. 2 cod de secund. nuptiis.

(4) L. 53 c. de épiscop. et cléricis.

Si la femme avait accouché avant le temps fixé, elle pouvait alors se remarier.

Du divorce

Lorsque le mariage était dissout par le divorce et non par la mort du mari, il fallait distinguer plusieurs cas ¹.

1° Le divorce avait eu lieu sans motifs. Dans ces cas, l'époux qui avait envoyé le *repudium* ne pouvait plus se remarier ;

2° Si le divorce avait une cause légère, la femme était toujours incapable de se remarier ; tandis que l'incapacité du mari ne durait que deux ans ;

3° Enfin, si le divorce avait une juste cause, les époux ne subissaient aucune peine : le mari pouvait se remarier aussitôt qu'il le désirait, la femme était obligé d'attendre cinq ans.

Sous Valentinien et Théodose ce délai ne fut plus que d'une année et il eut pour but d'empêcher, comme le temps fixé pour la viduité, la confusion de part.

CHAPITRE II

CONDITIONS RELATIVES

Après avoir vu les empêchements qui mettent obstacle au mariage d'un citoyen avec une personne quelconque, nous avons à examiner les empêchements relatifs, c'est-à-dire, des empêchements qui s'opposent

(1) Voir cod. Theod. l. 2 de repudiis.

à ce qu'une personne, capable d'ailleurs de se marier, puisse contracter mariage avec certains individus déterminés.

Ces empêchements sont au nombre de six, que nous examinerons successivement. Ce sont : 1° La parenté et l'alliance ; 2° L'empêchement basé sur l'honnêteté publique ; 3° L'inégalité des conditions et prohibitions de la loi Julia ; 4° Le commandement dans les provinces ; 5° L'empêchement résultant de la tutelle et de la curatelle ; 6° L'empêchement résultant de certaines positions.

SECTION PREMIÈRE

Parenté et alliance

A Rome on distinguait la parenté naturelle appelée *cognatio*, et la parenté civile appelée *agnatio*.

Parenté réelle. La *cognatio* est un lien qui existe entre deux personnes qui descendent l'une de l'autre, ou bien qui descendent d'un auteur commun. Dans le premier cas, c'est la *cognatio superior et inferior*, et dans le second c'est la *cognatio à latere* ou *ex transverso*.

Le mariage était prohibé en ligne directe à l'infini ¹. En ligne collatérale, le mariage était défendu entre frère et sœur germains, utérins ou consanguins. Il était encore prohibé entre l'oncle et la nièce, le grand oncle et la petite-nièce, l'arrière grand-oncle et l'arrière petite-nièce ². Ces prohibitions étaient fondées

(1) L. 53 de ritu nupt. — Paul. sent., lib. II. tit. 49.

(2) Sentences de Paul, liv. II. tit. XIX, § 3. — Instit. § 5 de nuptiis.

sur ce que l'oncle et la tante sont *loco parentum* à l'égard de leur neveu ou de leur nièce.

L'empereur Claude, voulant épouser sa nièce Agrippine, qui désirait mettre sur le trône son fils Néron à l'exclusion de Britannicus, fils de Messaline, promulgua un sénatus-consulte, qui permettait désormais à l'oncle d'épouser la nièce. Mais ce sénatus-consulte, qui reçut d'ailleurs très-peu d'application dans la pratique, fut aboli par les empereurs Constance et Constantin.

Le mariage entre cousins germains qui était permis d'après les lois anciennes, fut prohibé par les empereurs chrétiens. Une constitution de Théodose le Grand le défendit sous peine d'annulation, et de la peine du feu et de la confiscation. Cette constitution de Théodose fut maintenue en Occident ¹. Quelque temps après Arcadius l'abrogea en Orient. Justinien ² sanctionna cette abrogation en insérant au code la constitution d'Arcadius, et aux Institutes même il nous dit que les enfants de deux frères ou de deux sœurs, comme ceux du frère et de la sœur, peuvent être unis ³. Ces prohibitions recevaient leur application indépendamment de toute agnation par cela seul que l'on avait la même origine et le même sang.

Parenté adoptive. L'adoption crée un lien de cognation légale entre l'adopté et la personne dont il devient

(1) Cod. Théod. 8 de incest. nuptiis.

(2) L. 49, c. de nupt.

(3) *Duorum autem fratrum vel sororum liberi vel fratris et sororis jungi possunt.*

l'agnat. Les mêmes règles de la parenté naturelle s'appliqueront donc à la parenté adoptive. Ainsi, l'adrogation faisant passer sous la puissance du même aïeul l'homme qui se donne en adrogation avec les enfants qu'il a sous sa *patria potestas*, le fils de ce père de famille ne peut pas contracter mariage avec la fille ou la petite-fille de l'adrogé, dont il est devenu l'oncle ou le grand-oncle.

Deux cas sont à examiner lorsqu'il s'agit de l'adoption, ou bien les enfants de l'adopté sont nés ou conçus hors de l'adoption : alors il n'y aura pas d'empêchement au mariage, puisque les enfants restant sous la puissance de leur aïeul, il n'existe aucune parenté entre eux et la famille de l'adoptant ; ou bien les enfants sont nés après l'adoption et alors se trouvant dans la famille de celui qui adopte leur père ils deviennent les agnats des enfants non émancipés du père adoptif. Mais tout cela ne se rapporte qu'à l'adoption de l'homme, car s'il s'agit d'une femme adoptée par un *paterfamilias*, le fils de ce *paterfamilias* pourra se marier avec la fille de cette femme qui aura même été conçue après l'adoption, car aucune parenté n'existe entre eux, puisque, d'après les lois romaines, personne ne pouvait avoir un oncle ou une tante maternelle par adoption ¹.

L'alliance est le lien qui existe entre un époux et les parents de l'autre. En ligne directe, l'empêchement au mariage existait à l'infini. Ainsi, nul ne pouvait se marier avec sa belle-fille (*nurus*), ou sa marâ-

(1) Ulpien, l. 12, de ritu nuptiarum.

tre (*novercā*), ou sa belle-mère (*socrus*). Aucune femme ne pouvait se marier avec son gendre, son beau-père, ou le deuxième mari de sa mère. Dans l'ancien droit, l'alliance en ligne collatérale n'était pas un empêchement au mariage. Ainsi, après la mort de sa femme on pouvait épouser la sœur de celle-ci sans aucune difficulté. Mais Constantin défendit les mariages entre beau-frère et belle-sœur ¹. Cette prohibition fut renouvelée par Valentinien, Théodose et Arcadius ². Ces défenses ne s'appliquaient pas seulement à la parenté ou à l'alliance civile mais encore à la parenté et à l'alliance naturelle ³.

SECTION II

Des empêchements basés sur l'honnêteté publique.

Lorsqu'il s'agit de justes noces, les Jurisconsultes voulaient que l'on examinât *non solum quod liceat sed quod honestum est*. On doit tenir compte, disait Paul, du droit naturel et de l'honnêteté publique ⁴. Pour ce motif, le mariage est défendu entre les personnes qui d'après le droit ne sont ni parents ni alliés mais qui cependant, à cause de la décence publique, sont considérés comme parents ou alliés. Ainsi je ne puis épouser ni la femme ni la tante de mon père adoptif, non

(1) Cod. Th. L. 2. de incest. nuptiis.

(2) L. 5 cod. 5, 5.

(3) L. 44 § 2 et 3. D. De ritu nuptiarum.

(4) Naturale jus et pudor inspiciendus est, l. 44 de ritu nuptiarum, § 2.

plus que la mère de son fils ¹. Ulpien au contraire, dans la loi 12, § 4, *de ritu nuptiarum*, déclare que l'on peut épouser la sœur utérine de son père. Il y a donc antinomie flagrante entre ces deux textes. Pour expliquer cette divergence, Pothier pense, et son opinion est très admissible, qu'Ulpien dans la loi 12, § 4, ne considère que la parenté réelle en vertu de laquelle les seuls agnats du père adoptif deviennent ceux de l'adopté, et raisonne d'après le droit strict, suivant lequel on peut épouser la sœur utérine de son père adoptif, sa tante paternelle, et même sa mère. Mais l'honnêteté publique défend ces mariages entre les personnes qui en quelque sorte se représentent réciproquement comme père et enfant, et entre lesquelles elle établit une sorte de parenté. C'est pourquoi Gaius, se plaçant dans cette hypothèse, fait cette prohibition dans la loi 55, § 1.

L'honnêteté publique défendait encore aux enfants de prendre pour femme la concubine de leur père ou de leur aïeul, sous peine de *stuprum*. Le mariage contracté entre un homme et la mère de sa fiancée était encore considéré comme incestueux, bien que le mariage n'eut pas eu lieu. Il était encore défendu au fils d'épouser la fiancée de son père, et au père d'épouser celle de son fils, l'honnêteté publique s'opposant à ce qu'un père put épouser celle qui pourrait être sa fille, il suffisait d'établir qu'un homme avait eu des relations avec une femme pour que celui-ci ne put pren-

(1) Gaius, l. 55 de ritu nupt.

dre en mariage la fille née de cette femme, bien qu'on put douter de sa paternité.

L'honnêteté publique ne voulait pas, non plus, que la patronne put se marier avec son affranchi ¹.

Cette règle, cependant, n'était pas absolue, car si l'honnêteté publique n'était pas blessée, si la puissance dominicale n'était pas atteinte, en un mot, si la patronne était de si basse extraction de mœurs si dissolues, qu'une telle union ne fut plus une mésalliance le magistrat était autorisé, après examen de l'affaire, de marier la patronne à un affranchi.

Mais un patron pouvait épouser son affranchie. Justinien a décidé que celui qui a affranchi l'esclave qu'il avait élevée, peut l'épouser, mais il défend de s'unir à celui que l'on a tenu sur les fonds baptismaux ².

SECTION III

De l'inégalité des conditions et des prohibitions de la loi Julia.

La loi des 12 tables avait interdit le mariage entre les patriciens et les plébéiens. Cette prohibition subsista jusqu'à l'année 510 de Rome, époque à laquelle le tribun Canuleius la fit disparaître irrévocablement.

Le mariage resta prohibé entre ingénus et affranchis. C'est pourquoi ce fut par un espèce de privilège, dit Tite-Live ³, qu'il fut permis à une certaine Fes-

(1) L. 3 Cod. 5. 4; de nuptiis.

(2) L. 26 cod. de nuptiis.

(3) XXXIX, 49.

cennia, affranchie, de se marier comme ingénue sans qu'on put imputer à celui qui l'épouserait d'avoir enfreint la loi, ni d'avoir encouru l'ignominie. Ces prohibitions subsistèrent jusqu'aux Lois caducaires. Sous Auguste, les lois Julia et Papia Popœa établirent des règles nouvelles en matière de mariage, ces lois défendirent aux affranchis d'épouser les sénateurs, leurs enfants au premier degré et leurs autres descendants *per masculos*. Les sénateurs et ces mêmes descendants ne pouvaient se marier avec des comédiennes ou des femmes prostituées. Elles défendirent encore à tout ingenu d'épouser des comédiennes, des condamnées publiquement ou bien prises en adultère ¹.

Justinien abolit complètement toutes les prescriptions de la loi Julia et Papia Poppœa, et permit, par les nouvelles 117 et 118, aux femmes les plus viles d'épouser tous les sujets de l'empire si haut placés qu'ils fussent.

SECTION IV

Commandement dans les Provinces.

Les gouverneurs des provinces avaient une puissance très-étendue. Ils disposaient d'une foule de moyens d'oppression, aussi avait-on à craindre de leur part des abus d'autorité. C'est contre ces abus que l'on posa des règles sévères à l'endroit du mariage. On ne voulait pas d'ailleurs que le magistrat, repré-

(1) L. 44. De ritu nuptiar. Ulpien XIII, § 4.

sentant l'Empereur, put, par ce moyen, s'attacher au pays qu'il administrait, s'y ménager des alliances trop puissantes et sacrifier le plus souvent peut-être les intérêts de l'Etat à ceux de sa famille.

C'est pour cela que, dans les premiers temps de l'Empire, on envoya des *mandata* aux employés du pouvoir central dans les provinces. Ces *mandata* leur défendaient d'épouser, non-seulement les femmes nées dans la province, mais encore celles qui y résidaient ¹. Cette défense s'étendait encore aux fils de magistrats.

Ces empêchements, toutefois, n'existaient plus lorsque le délégué avait cessé ses fonctions. Il pouvait se marier avec la personne qu'il désirait. Des Jurisconsultes ² vont même jusqu'à dire que le mariage, qu'a contracté le magistrat dans l'exercice de ses fonctions, devient valable lorsqu'il n'est plus au pouvoir, pourvu que les parties persévèrent dans l'intention de rester unies.

Il n'y avait exception à cette règle que pour les militaires, nés eux-mêmes dans la province où ils se mariaient, et pour les autres fonctionnaires fiancés avant leur nomination.

SECTION V

De l'empêchement résultant de la tutelle et de la curatelle.

Les empereurs Marc-Aurèle et Commode interdirent au tuteur d'épouser sa pupille, au curateur d'épouser

(1) L. 38. D. Princip. De ritu nuptiarum.

(2) Paul. L. 65. § 4. de ritu nuptiarum. Godien. L. 6. Cod. 5, 4, de nuptiis.

la femme mineure de vingt-cinq ans qui était sous sa curatelle.

De même, un fils ne peut pas épouser la fille dont le père a été le tuteur ou le curateur, à moins qu'elle ne lui ait été destinée par testament ou qu'elle eut été fiancée par son père ¹. Les empereurs Marc-Aurèle et Commode firent cette défense parce qu'il était à craindre que le tuteur cherchât à épouser sa pupille pour se dispenser de rendre compte; mais cette défense était purement temporaire, elle disparaissait lorsque la pupille avait atteint l'âge de vingt-six ans accomplis, époque à laquelle la restitution *in integrum* n'avait plus lieu. Cette prohibition s'appliquait même au curateur au ventre ², à celui qui avait géré les affaires d'une pupille en captivité, bien que ce ne fut pas une véritable tutelle. Cette défense s'étendait encore au tuteur honoraire, car il était responsable des suites de la tutelle à la place de celui qui l'avait mal administrée ³.

SECTION VI

Du rapt et de la différence de religion.

Constantin fut le premier qui défendit le mariage entre le ravisseur et sa victime. Il punit de peines très-sévères le ravisseur qui violait ces prescriptions ⁴.

(1) L. 36 et 37 D. § 9; l. 60 § 5 à 7 de ritu nuptiarum.

(2) L. 67 D § 4 de ritu nuptiarum.

(3) L. 60 proæm. de ritu nuptiarum.

(4) La loi Julia infligeait la peine de mort au ravisseur. D. L. 5 § 2 ad legem Juliam. de vi publicâ.

Ses successeurs adoucirent la rigueur de cette peine. Gratien alla même jusqu'à valider après cinq ans un mariage contracté entre un ravisseur et une jeune fille. Justinien fit la même défense que Constantin, il donna même aux parents le droit de tuer le ravisseur surpris en flagrant délit ¹.

Différence de religion. Les empêchements résultant de la différence de religion n'apparaissent qu'après Constantin. Constance II, un des fils de Constantin, défendit aux Juifs d'épouser des chrétiennes, et punit les contrevenants de la peine de mort; mais il était permis aux chrétiens d'épouser des femmes juives. Quelques années après, une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius défendit indistinctement le mariage entre juifs et chrétiens, elle permit à toute personne de traduire devant le juge, comme coupable d'adultère, ceux qui malgré ces prohibitions s'étaient mariés. Justinien, sanctionna cette constitution et l'inséra dans son code.

Cette prohibition du mariage d'ailleurs ne regardait que les chrétiens et les juifs et ne s'étendait pas au mariage entre les hérétiques et les orthodoxes.

TITRE II

Sanction des empêchements absolus et relatifs.

Les romains n'avaient pas des idées bien nettes sur la théorie des nullités de mariage. Ils n'avaient aucu-

(1) L. 54 Cod. de episcop. et clericis nouvelles; C. de rapt. virgi. Const. XXXV.

ne idée des distinctions que le code civil a introduites entre les nullités de droit et les annulabilités, entre les empêchements dirimants et les empêchements prohibitifs. En règle générale les violations de la loi étaient soumises à la même sanction et punies des mêmes peines : c'était la nullité du mariage absolue imprescriptible qui n'avait besoin d'être prononcée ni par le magistrat ni par le juge. Une foule de textes prouvent cette doctrine. Gaius, com. 1, § 64, s'exprime ainsi : *Si quis, dit-il, nefarias atque incestas nuptias contraxerit neque uxorem habere videtur neque liberos. Justinien est aussi formel lorsqu'il dit : 1 Si adversus ea qua diximus aliqui coierint nec vir, nec uxor, nec nuptia, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu nascuntur in potestate patris non sunt sed tales sunt, quales sunt ii quos mater vulgò concepit.*

Cette règle générale comportait cependant quelques exceptions. Il y avait des cas où le mariage était valable malgré l'infraction à la loi, et où la sanction se bornait à certaines pénalités pécuniaires ou infamantes. Nous diviserons donc ces sanctions en deux chapitres. Dans le premier, nous examinerons les cas où il y avait nullité, et dans le second, nous verrons ceux où le mariage existait malgré que l'on eut enfreint les prescriptions de la loi.

(1) Instit. § 12.

CHAPITRE I^{er}

CAS DANS LESQUELS LA NULLITÉ DU MARIAGE EXISTE.

Ces cas sont la liberté et le droit de cité, l'impuberté, le consentement des époux, le consentement du père de famille, l'existence d'un premier mariage, l'adultère, l'empêchement résultant de la parenté et de l'alliance, le commandement dans les provinces, l'empêchement résultant de la tutelle ou de la curatelle, celui résultant du rapt ou de la différence de religion.

SECTION I

Liberté et droit de cité, impuberté, consentement des époux.

Liberté et droit de cité. — Nous savons qu'à Rome le mariage, pour produire ses effets, devait être contracté par des citoyens romains ou par ceux qui plus tard obtinrent le *Jus connubii*. Si donc un citoyen romain épousait une esclave ou une femme barbare, cette union, nulle aux yeux du droit civil, ne produisait aucun des effets du mariage. Les empereurs Valentinien et Valens ajoutèrent encore à cette nullité, la peine de mort contre tout citoyen romain qui s'unirait à une femme barbare.

Impuberté. Si, contrairement à la loi, deux impubères ou un impubère se mariaient, il n'y avait pas mariage, il n'y avait qu'une simple cohabitation de fait, sans caractère légal ni valeur juridique. Mais le ma-

riage devenait régulier le jour où la personne avait atteint l'âge de puberté.

Consentement des époux. — Le consentement des époux, nous l'avons vu, était requis pour l'essence du mariage. Par conséquent, le mariage simulé, comme celui contracté par un fou, ne produisait aucun effet.

SECTION II

Consentement du *paterfamilias*. Existence d'un premier mariage, adultère.

Consentement du paterfamilias. Il y avait controverse sur le point de savoir si le défaut du consentement du père entraînait ou non la nullité du mariage. Quelques auteurs ont soutenu que l'absence de ce consentement n'entraînait pas la nullité du mariage, mais la majorité rejette avec raison ce système.

Ceux qui soutiennent la première opinion se basent sur un passage des sentences de Paul ¹. Ce jurisconsulte dit : *Eorum qui in potestate patris sunt sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur*. Les partisans de cette opinion expliquent ce passage ainsi : Ceux qui sont soumis à la puissance paternelle ne peuvent pas contracter mariage sans le consentement du père, mais une fois le mariage contracté, il ne sera pas dissous, il restera valable.

Il n'est pas croyable que cette opinion soit bien fondée. Le consentement du père était quelque chose

(1) L. 2, tit. XIX. § 2.

de trop important pour qu'il en fut ainsi. Il vaut mieux s'en tenir à l'opinion de Pothier qui traduit ainsi ce texte : « Les enfants de famille ne peuvent valablement contracter mariage sans le consentement de leur père, mais lorsque les mariages ont été une fois valablement contractés, le consentement du père, y étant intervenu, celui-ci n'a pas le droit de le dissoudre comme il l'avait autrefois ¹. »

D'après une constitution de l'empereur Antonin, rapportée par Paul ², il paraît certain qu'avant ce prince le père de famille pouvait dissoudre le mariage de son fils. Et les mots *sed contracta non solvuntur* sur lesquels les adversaires font reposer leur système feraient allusion à cette innovation. Ce qui peut confirmer encore dans cette idée, c'est un texte formel du digeste, prononçant la nullité du mariage contracté sans le consentement du père de famille. *Nuptiæ consistere non possunt*, dit Paul, *nisi consentiant omnes : id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.*

Existence d'un premier mariage — Adultère. — A Rome, la polygamie fut défendue de tout temps. Une femme déjà mariée ne pouvait pas valablement contracter une seconde union... Outre la nullité du second lien que l'on avait contracté, l'infamie atteignait le bigame. Justinien alla même jusqu'à lui infliger la peine de mort. De même pour l'adultère, outre la peine qui était infligée à la femme condamnée pour ce

(1) V. traité du contrat de mariage, n° 47.

(2) Sentence de Paul, liv. 5, tit. VI.

(3) L. 2, D. de ritu nuptiarum.

motif, celle-ci ne pouvait pas contracter un second mariage.

SECTION III

Parenté et alliance.

Le mariage entre parents et alliés était entièrement nul, c'était un simple rapprochement. Les biens qu'avait apporté la femme ne pouvaient pas avoir la dénomination de dot. Quant aux enfants, ils étaient *vulgo concepti* ¹.

Ces mariages étaient non-seulement nuls mais ils constituaient un inceste ². Les jurisconsultes distinguaient entre l'inceste du droit des gens et l'inceste du droit civil. L'inceste du droit des gens avait lieu lorsqu'il y avait union entre parents ou alliés en ligne directe, parce que la loi naturelle s'opposait à de semblables liens ; l'inceste simple ou de droit civil existait lorsque le mariage avait eu lieu entre parents collatéraux ou adoptifs.

Il importe surtout de faire cette distinction au point de vue de la pénalité. Celui qui a commis l'inceste du droit des gens est toujours passible des mêmes peines qu'il ait commis son crime publiquement ou bien secrètement. Celui qui aura commis l'inceste simple sera puni plus ou moins sévèrement selon qu'il aura agi plus ou moins publiquement.

(1) Gaius 4, § 64. — Ulpien 5, § 7. l. 23 de statu. homin. 4, 5.

(2) L. 39, § 4 de ritu nuptiarum.

Dans l'inceste du droit des gens, la femme comme l'homme étaient punis indistinctement, tandis que dans le cas d'inceste simple la femme pouvait être excusée, car il était permis aux femmes d'ignorer le droit ¹.

Les peines prononcées contre l'inceste étaient pécuniaires ou corporelles. On n'est pas bien d'accord sur la nature des peines corporelles ; était-ce la déportation ? était-ce la rélégalion dans une île ? Paul, sur ce point, semble se contredire dans ses sentences ².

Les peines pécuniaires étaient la confiscation de la dot qui devenait caduque ³, et des donations *ante nuptias* faites par le mari.

De plus, les empereurs Arcadius et Honorius ne permirent pas à celui qui est coupable d'inceste, de tester ni de laisser ses biens à des personnes autres que certains proches parents. Enfin, Justinien prononce la confiscation de tous les biens contre toute personne qui aurait commis un inceste ⁴.

SECTION IV

Commandement dans les provinces. — Tutelle et curatelle. — Rapt :
différence de religion.

Commandement dans les provinces. Nous avons vu que des *mandata* étaient envoyés aux gouverneurs des provinces pour leur défendre d'épouser, non-seu-

(1) L. 38, § 2, Digest. ad legem Juliam de adulteriis, 48, 5.

(2) Voir, d'un côté, liv. II, tit. XXVI, § 45, et d'un autre l. II tit. XIX, § 5 et tit. XXVI, § 44.

(3) Papinien l. 61 et Paul l. 52, D. de ritu nuptiarum.

(4) Nouvelle XII, chap. I et II.

lement, les femmes nées dans la province qu'ils administraient, mais encore celles qui y résidaient. La sanction, pour ces *mandata*, était la nullité du mariage et la nullité des libéralités testamentaires faites par la femme au mari ; mais les libéralités faites par le mari à la femme étaient valables¹.

Tutelle et curatelle. Les textes prononcent formellement la nullité du mariage du tuteur ou de son fils avec sa pupille. Le tuteur-curateur ou leur fils encouraient l'infamie, quand même il serait certain que leur mariage n'avait pas pour but de se soustraire à l'obligation de rendre compte. Le tuteur peut, en outre, être frappé de peines extraordinaires proportionnées à la fortune de la pupille qui ne peut disposer en sa faveur, ni en faveur de son fils, par donation entre vifs, ni par testament. Tandis que la femme, au contraire, conservait toujours le *jus capiendi ex testamento*.

Du rapt et de la différence de religion. Constantin inflige la peine de mort au ravisseur qui épouserait sa victime². Justinien donna aux parents le droit de tuer le ravisseur surpris en flagrant délit. Quant à la différence de religion, non-seulement Constance, fils de Constantin, défendit aux Juifs d'épouser des chrétiennes, mais il punit de la peine de mort ceux qui ne tiendraient pas compte de cette défense. Quelques années après, une constitution de Valentinien,

(1) L. 38, pr. et § 4 ; l. 57, § 4 ; l. l. 63, 63, § 4 de ritu nuptiarum l. 6 cod. de nuptiis.

(2) D. l. 5, § 2. ad legem Juliam.

Théodose et Arcadius punit de mort les Juifs qui auraient épousé des chrétiennes.

CHAPITRE II

CAS DANS LESQUELS LE MARIAGE EST VALABLE MALGRÉ L'INFRACTION DE LA LOI.

Ces cas sont au nombre de trois : Ce sont : 1° Les prohibitions de la loi Julia ; 2° Le délai de viduité ; 3° Le mariage des sexagénaires.

SECTION I

Prohibition de la loi Julia.

Le mariage, contracté à l'encontre de la loi Julia, n'était pas nul au moins jusqu'au rescrit de Marc-Aurèle et Commode. La loi Julia était une loi qui défendait de faire quelque chose mais qui n'annulait pas ce qui avait été fait ; elle se contentait d'infliger des peines pécuniaires, de punir d'incapacités spéciales ceux qui contractaient mariage contre ses prohibitions.

Plusieurs textes confirment cette opinion. C'est d'abord un passage des *fragments du Vatican*, § 168. A Rome, tout citoyen pouvait se faire excuser de la tutelle ou de la curatelle quand il avait trois enfants ; mais il y avait controverse sur le point de savoir si, pour que le père put invoquer cette excuse, les enfants devaient être *Justi secundum legem Juliam et Pa-*

piam, ou bien *Justi*, selon le droit civil. Un passage des *fragments du Vatican*, § 168, déclare qu'il suffisait que les enfants fussent *Justi* selon le droit civil. Certains Jurisconsultes pourtant nous disent que si la loi *Julia* n'avait pas été observée, les enfants nés de ces unions ne comptaient point pour l'excuse de la tutelle ; mais il n'est pas moins exact pour cela que les enfants nés d'un mariage défectueux, au point de vue de la loi *Julia*, étaient *Justi* et que par conséquent le mariage n'était pas nul.

Un passage de Paul, dans le *Collatio legum romanarum et mosaicarum* ¹ confirme ce qui vient d'être dit : *Sui heredes sunt hi*, dit ce texte, *primo loco filius, filia in potestate patris constituti ; nec interest adoptivi sint an naturales, et secundum legem Juliam Papiam quaesiti modo maneat in potestate*. Ainsi, les enfants nés d'une union prohibée par la loi *Julia* sont cependant héritiers siens lorsqu'ils ne sont pas émancipés ; donc, cette loi ne prononçant point la nullité comme conséquence de la violation de ses prescriptions, le mariage était valable.

Nous avons enfin des textes plus explicites encore que les précédents. Ils déclarent formellement que la nullité de ces mariages ne fut prononcée qu'après la promulgation des lois *Julia* et *Papia*. *Oratione Divi Marci cavetur ut si senatoris filia libertina nupsisset nec nuptiae essent quum senatusconsultum secutum est* ².

(1) Titre XVI, chap. III.

(2) L. 16 Princip. De ritu nuptiarum.

Ulpien répète la même chose lorsqu'il dit¹ : *Oratio imperatorum Antonini et Commodi quæquasdam nuptias in personam senatorum inhihit, de sponsabilibus nihil locuta est....* C'est donc un rescrit de Marc-Aurèle ou un sénatusconsulte, rendu sous son règne, qui exigea que l'on prononçât la nullité du mariage contracté par la fille d'un sénateur avec une affranchie. Une constitution des empereurs Antonin et Commode déclara nuls aussi les mariages entre des sénateurs et des affranchis. Or, si la loi *Julia* en avait déjà proclamé la nullité, on ne voit pas pourquoi l'empereur Marc-Aurèle aurait eu besoin de faire un nouveau sénatusconsulte. Ce passage des empereurs Marc-Aurèle et Commode, où ils défendent aux sénateurs de contracter mariage avec certaines gens, *quasdam nuptias inhihit*, a donné lieu à une controverse.

Plusieurs jurisconsultes ont voulu voir là une nullité s'appliquant à tous les chefs de la loi, et ils en ont conclu que, en vertu de ce rescrit ou du sénatusconsulte qui l'avait suivi, tous les mariages contractés par des sénateurs ou leurs descendants avec des prostituées, des comédiennes, etc., etc., étaient nuls.

M. de Savigny pense au contraire que le sénatusconsulte n'a eu en vue que l'hypothèse spéciale dont il est question dans la loi 16, et n'aurait été étendue que par voie d'interprétation au mariage contracté par des membres de familles sénatoriales avec des comédiens ou des fils de comédiens. Cette opinion se soutient malgré un texte d'Ulpien qui semble la

(1) L. 16. Princip, de sponsalibus. Digest,

contredire¹. Ce jurisconsulte déclare : que c'est un sénatusconsulte qui a formellement interdit le mariage entre les sénateurs et les femmes condamnées par un jugement public².

Ce texte ne suffit pas, disent les partisans du dernier système, pour que l'on puisse conclure nécessairement à la généralité du sénatusconsulte de Marc-Aurèle. D'ailleurs, ajoutent-ils, la loi 16 *de sponsalib.*, démontre bien que le sénatusconsulte était loin d'avoir la généralité que certains commentateurs voudraient lui attribuer. Il ne s'appliquait pas aux fiançailles des sénateurs avec des affranchis qui n'étaient déclarées nulles que par voie d'interprétation, que parce qu'il fallait suppléer à son silence.

Quoiqu'il en soit, il est incontestable que la jurisprudence, et peut-être des constitutions postérieures qui ne nous sont pas parvenues, finirent peu à peu par étendre, à toutes les unions contractées par les sénateurs, la nullité qui d'après la dernière opinion était attachée tout d'abord à une seule et unique espèce.

SECTION II

Du délai de viduité.

Nous avons vu qu'il était défendu à la veuve de contracter un second mariage avant l'expiration du

(1) L. 43, § 40. de ritu nuptiarum.

(2) Senatus censuit, dit Ulpien, non conveniens esse ulli senatori uxorem ducere aut retinere damnatam publico iudicio.

dixième mois depuis la mort de son premier mari. Mais, si le mariage avait eu lieu avant le délai voulu, était-il nul? Non, car une constitution au code¹ suppose aussi clairement que possible, quoique indirectement, la validité du mariage.

Les empereurs Valentinien, Gratien et Théodose déclarent que la femme qui n'aura pas tenu compte de la prohibition de la loi, sera incapable de donner en dot à son second mari plus du tiers de ses biens, et de lui laisser par testament plus de ce même tiers. Or, là où il y a dot, là il y a mariage. Le mariage ainsi contracté n'était donc pas nul. La femme, cependant, était notée d'infamie, elle était de plus frappée, ainsi que son second mari, de certaines incapacités et même de peines pécuniaires.

SECTION III

Mariage contracté par les sexagénaires.

Nous avons vu que dans l'ancien droit la vieillesse formait un empêchement au mariage. Mais, lorsque cet empêchement était violé pouvait-on dire que le mariage était nul? Non, car on ne saurait trouver de texte qui prononce cette nullité. Bien mieux, Ulpien² pense que le mariage est valable. *Quod si major quinquagenaria minori sexagenario nupserit impar matrimonium appellatur et senatusconsulto Calvitiano jubetur non proficere ad capiendas hereditates et legata et*

(1) L. 4 de secundis nuptiis.

(2) Ulpien. liber regularum, tit. XVI, § 4.

dotes. Itaque mortua muliere dos caduca erit. Puisque le senatusconsulte Calvitien confisque la dot, c'est qu'elle existait; si donc elle existait, c'est que le mariage existait aussi, car là où il y avait dot il y avait mariage. Donc, pas de nullité pour les mariages contractés par les sexagénaires.



DROIT INTERMÉDIAIRE

Avant 1789, la France était régie par deux législations bien distinctes, celle des pays de droit écrit et celle des pays coutumiers. — Le mariage faisait exception à la règle générale; on peut dire qu'il était à peu près régi par les mêmes dispositions législatives. Ses conditions, en effet, et ses principes étaient presque tous empruntés au droit canonique ou réglés par des ordonnances royales. Les ordonnances ne firent que compléter un droit préexistant, elles donnèrent civilement aux canons des conciles et aux décrétales des papes la sanction de l'autorité royale.

Il en fut autrement en droit canonique : les canons des conciles formèrent la partie la plus importante du droit du moyen âge. La première réforme de l'Église fut de faire triompher, non sans beaucoup de temps et d'efforts, le principe de l'indissolubilité, car malgré les protestations de l'Église, le concubinat persista pendant fort longtemps. A l'époque de Charlemagne, la puissance de l'Église grandit tout-à-

coup, et avec elle, l'autorité du droit canon. Les règles devinrent civilement obligatoires. L'indissolubilité du mariage commença à être acceptée.

Au treizième siècle, les lois de l'Église sont devenues lois de l'État. Il en fut surtout ainsi des prohibitions édictées par elle en matière de mariage ; non-seulement le concubinat avait disparu, mais l'indissolubilité du mariage ne fut plus en question. La célébration devant le prêtre était indispensable ; la juridiction ecclésiastique était seule compétente pour juger les questions de fait. L'Église fit déclarer le principe de l'égalité absolue de la femme et du mari, l'unité du mariage, son indissolubilité, la nécessité d'une célébration publique qui le distinguât du concubinat.

Au quatorzième siècle, la monarchie croissant en autorité, les choses se modifièrent. Dès la fin de ce siècle, la juridiction ecclésiastique commença à être restreinte. Quelques années plus tard, on se trouve en face de la pragmatique-sanction (1438), qui fixa les privilèges de l'Église de France. La juridiction de l'Église fut restreinte de nouveau ; on distingua le contrat civil du sacrement. Tout ce qui se rapportait à la validité du sacrement fut laissé à la juridiction des ecclésiastiques ; tout ce qui avait trait au contrat de mariage était de la compétence de la juridiction civile. La liberté de conscience faillit même plusieurs fois triompher sous Charles IX, Henri III et surtout sous Henri IV en vertu du célèbre édit de Nantes (1598) qui accordait aux protestants le libre

exercice de leur culte. Ceux-ci n'étaient plus obligés, pour le mariage, de se présenter devant le prêtre. Il est vrai que leurs ministres remplaçaient le prêtre catholique; le mariage auquel ils présidaient était considéré comme contrat civil.

Mais, comme le protestantisme abusa de cette faveur, qu'il s'était reconstitué comme parti politique, Richelieu, après beaucoup d'efforts, parvint à le vaincre. Louis XIV alla plus loin en 1685: il révoqua l'édit de Nantes. La célébration devant le prêtre catholique devint de nouveau obligatoire pour tous les français; le mariage était radicalement nul si la célébration n'avait pas eu lieu; les enfants qui en naissaient n'étaient pas légitimes, ils étaient exclus par la loi de tout droit à la succession de leur père et mère. Cet état de chose dura jusqu'en 1787, deux ans avant la révolution. A cette époque, Louis XVI, rendit, par un édit, l'état civil aux protestants: il déclara que leurs ministres, et à leur défaut des officiers civils à ce désigné, seraient chargés de constater les naissances, mariages et décès des *religioneux*; que la bénédiction nuptiale devant l'Église ne serait plus nécessaire à leur égard; que, par conséquent, les mariages ainsi célébrés seraient aussi valables que ceux consacrés par le *propre curé* et que les enfants qui en naîtraient seraient légitimes.

Après cet aperçu général, sur la législation française en matière de mariage dans notre ancien droit, nous examinerons: 1° Quelles étaient les principales conditions mises par la loi à la validité du mariage;

2° Quelles étaient les personnes qui pouvaient invoquer la nullité du mariage et les voies de recours.

CHAPITRE I

CONDITIONS POSÉES PAR LA LOI A LA VALIDITÉ DU MARIAGE

SECTION I

Puberté, impuissance.

Dans le dernier état du droit romain, la puberté était fixée à quatorze ans pour les hommes et à douze ans pour les femmes. Cet âge était le même dans l'ancien droit. Tout mariage contracté avant était radicalement nul.

La procréation des enfants est la fin principale du mariage, disait Pothier¹, par conséquent les impubères qui sont incapables d'engendrer sont incapables de se marier.

Cependant, d'après le droit canonique, si le mariage avait été célébré avant la puberté des époux ou de l'un d'eux, celui qui n'avait point atteint l'âge fixé et en qui la vigueur avait suppléé à l'âge, ne pouvait demander la dissolution du mariage².

(1) Traité du contrat de mariage, n° 94.

(2) Si autem fuerit ætati proxima ut in undecimo vel circa duodecimum annum et cum suo assensu desponsata et cognita ab eodem viro separari non debet. (Alexand. III, cap. cont. extra de desponsat impuberum). — Respondemus quod si ita fuerint ætati proximi quod potuerint copulâ carnali conjungi minoris ætatis intuitu separari non debent, si unus in alium visus fuerit consensisse, cum in eis ætatem supplevisse malitia videtur — (Alexand. III, cap. de illis extra de desponsat. impuberum).

L'impuissant, pour le même motif que l'impubère, était incapable de contracter mariage. On distinguait diverses sortes d'impuissance : perpétuelle ou passagère, absolue ou respectueuse. L'impuissance passagère, qui pouvait être guérie par des remèdes humains, n'empêchait pas la validité du mariage ; mais si l'impuissance était perpétuelle, elle produisait un empêchement au mariage.

Quant à l'impuissance respectueuse, elle rendait le mariage nul, quand elle était perpétuelle et quand elle ne pouvait disparaître par des remèdes humains.

Il paraît que la vieillesse était un empêchement au mariage ; mais, Pothier nous dit que de son temps la loi civile avait fini par permettre les mariages entre vieillards parce que, dit-il, « Il y a eu des exemples, quoique très-rare, de personnes qui ont eu des enfants dans un âge très-avancé¹. »

La règle, qui défendait à l'impuissant de se marier, était une règle sage en elle-même ; car ainsi que le dit Pothier : « La procréation des enfants étant la fin principale du mariage et cette procréation étant impossible sans l'union intime des corps, pour être capable de mariage, il faut au moins le pouvoir de parvenir à cette union. »

Le seul inconvénient était la difficulté d'attester cette impuissance sans blesser les règles de la modestie et de la décence. Le mari devait prouver matériellement devant témoins², sa puissance généra-

(1) Traité du contrat de mariage, n° 97.

(2) Ordinairement devant des médecins ou des chirurgiens.

trice, on l'appelait *l'épreuve du Congrès*. Cette épreuve immorale et peu probante n'avait pas laissé que d'être flétrie par nos anciens auteurs ; elle fut supprimée par un arrêt du 18 février 1677, rendu sur les conclusions de Lamoignon ¹.

SECTION II.

Non-existence d'un premier mariage.

Le droit canonique ne permettait à la femme de contracter une nouvelle union, qu'autant que la mort de son premier mari était certaine. Il fallait qu'elle eût une preuve sûre de sa mort, ou par un extrait mortuaire, ou par un certificat de personnes dignes de foi, si le décès avait eu lieu dans un endroit où il n'y eut pas de registres de sépulture, ou que ces registres eussent été perdus.

Si on avait marié une femme sur la foi de certificats de la mort du premier mari, et que ce dernier se fut présenté de nouveau après la célébration du second mariage, le droit canonique décidait : que la femme devait retourner avec son premier mari, et que le second mariage était nul ; si, cependant, il y avait eu des enfants de cette dernière union, ils étaient déclarés légitimes à cause de la bonne foi des parties ².

(1) Pothier, contrat de mariage.

(2) *Sanè super matrimoniis quæ quidam ex vobis nondum habitâ obeuntis conjugis certitudine contraxerunt; id vobis respondemus ut nullus à modo ad secundas nuptias migrare præsumat, donec ei constet quod ab hac vitâ migraverit*

Le concile de Verberie pourtant, en 752, avait fait exception au principe ci-dessus, dans un cas : celui où le mari partait pour la guerre à l'étranger ; ce dernier pouvait alors se remarier du vivant même de sa première femme, lorsque celle-ci ne voulait pas le suivre.

Le neuvième canon de ce concile s'exprime ainsi :
« *Si quis necessitate inevitabili cogente, et alium ducatum
» seu provinciam fugerit..... et uxor ejus cum valet et po-
» test amore parentum eum sequi noluerit ; ipsa innupta
» permaneat ; nam ille vir si se abstinere non potest aliam
» uxorem cum penitentiâ accipere potest. »*

Cette décision canonique fut supprimée bientôt après et le droit civil ne l'a jamais admise.

SECTION III.

Non parenté ou alliance civile.

Les empêchements qui résultaient de la parenté ou de l'alliance civile étaient très-nombreux. On distinguait : la parenté proprement dite, l'alliance civile et l'alliance naturelle. Pour la parenté proprement dite, nous avons à distinguer la ligne directe et la ligne collatérale. En ligne directe, on se montra toujours aussi

conjux ejus, si verò aliquis vel aliqua id hactenus non servavit, et de morte prioris conjugis adhuc sibi existimat dubitandum, ei quæ sibi nupsit dubitum non denegat postulanti quod à se tamen noverit nullatenus exigendum. Quod si post hoc de prioris conjugis vita constiterit, relictis adulterinis complexibus, ad priorem conjugem revertatur. (Lucius III, cap. Domini extra de secundis nuptiis).

sévère, mais il n'en fut pas de même en ligne collatérale. L'influence du droit canonique se fit surtout sentir ici. La preuve en est dans la manière de compter les degrés. L'église, écartant les principes du droit romain, voulut adopter une computation nouvelle appelée computation canonique. En ligne directe, on compte dans le droit canonique autant de degrés que de générations. Mais en ligne collatérale, tandis que *jure civili*, on compte les degrés par les générations depuis l'un des parents désigné, jusques et non compris l'auteur commun, et depuis celui-ci jusqu'à l'autre personne déterminée; selon le droit canonique, au contraire, on compte seulement autant de degrés qu'il y a de générations de l'un des parents jusqu'à la souche commune. Si ce sont des parents placés à des degrés inégaux, comme l'oncle et le neveu, on doit compter autant de degrés qu'il y a de générations de la personne la plus éloignée de cette souche à l'auteur commun.

La parenté en ligne directe était un empêchement en quelque degré qu'elle fut; le père ne pouvait épouser sa fille, ni sa petite-fille, ni aucun des descendants de son fils ou de sa fille; la mère ne pouvait non plus épouser son fils, son petit-fils, ni aucun descendant de son fils ou de sa fille.

— En ligne collatérale, on sent aussi une répugnance que la nature inspire pour le mariage du frère et de la sœur. Quant à ceux qui étaient à des degrés plus éloignés, le droit canonique leur avait défendu le mariage afin de multiplier les alliances dans les familles, et d'unir par ce moyen un plus

grand nombre de personnes. Le droit canonique pensait encore que la familiarité qui se forme dès la jeunesse entre les parents de deux sexes serait souvent dangereuse si ceux qui sont en degré si proche pouvaient espérer de s'épouser.

Avant le concile de Latran, tenu sous le pape Innocent III, les mariages étaient défendus entre parents jusqu'au septième degré. Une décrétale d'Alexandre II qualifie d'incestueuses les noces contractées par des parents au sixième degré. Ces règles firent naître de grands inconvénients; il arrivait que dans un fief tout entier il ne pouvait pas y avoir mariage; d'un autre côté, les lois féodales rendaient difficile le mariage hors fief; aussi il en résultait que beaucoup de mariages se contractaient entre parents au mépris de ces dispositions.

Innocent III, pour remédier à cet inconvénient, fixa le quatrième degré canonique comme limite des empêchements au mariage entre parents.

L'affinité formait également un empêchement. Dans le Droit romain elle produisait un empêchement indépendant de toute cohabitation. Le droit canonique, au contraire, distinguait entre le mariage consommé ou non-consommé. Le mariage non-consommé pouvait être rompu par l'époux qui voulait entrer dans la vie religieuse, et il n'y avait point là exception à l'indissolubilité du mariage, car il n'était complet qu'autant qu'il y avait eu cohabitation. Le mariage non-consommé ne produisait pas, par conséquent, une véritable alliance.

Les conciles de Clermont, d'Orléans, d'Auxerre ré-

glèrent l'empêchement résultant de l'affinité ; ces mariages furent regis comme ceux qui auraient eu lieu entre parents. Le concubinage dans l'ancien droit produisait une deuxième sorte d'affinité, à condition, toutefois, que le commerce illicite fut bien établi par des documents certains. Cette affinité formait un empêchement au mariage du concubin avec les enfants de la concubine et avec ses parents au quatrième degré et réciproquement. Le concile de Trente restreignit ces prohibitions au premier et au deuxième degré, et bien que la France ne voulut pas adopter ses canons, on y appliqua cependant ses règles jusqu'en 1789.

Enfin nous trouvons encore l'affinité *spirituelle*, résultant du baptême, et formant un empêchement dirimant entre l'enfant et ceux qui l'avaient tenu sur les fonds baptismaux ; entre la personne qui avait baptisé et celle qui avait reçu le baptême ¹. Entre le parrain et la marraine de l'enfant, la personne qui l'avait baptisé et les père et mère du baptisé ² ; entre les enfants du parrain ou de la marraine et du baptisé. Enfin, entre le parrain et la marraine de la même personne ³.

Ces deux dernières prohibitions furent abrogées par le Concile de Trente ; les trois premières restèrent en vigueur jusque dans le dernier état du droit. Le concile de Latran avait permis, dès l'an 1215, le ma-

(1) Concile de Metz, 753.

(2) Concile de Metz et de Compiègne, 757.

(3) Concile de Mayence.

riage entre l'époux devenu veuf et les alliés de son premier conjoint.

SECTION IV.

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

Dans le droit romain, le père ayant seul la puissance paternelle, son consentement était suffisant, celui de la mère était inutile au moins à l'époque du droit classique. Ce consentement du père était exigé, tant que l'enfant était soumis à la *patris potestas* ; notre ancien droit se montra, moins exigeant, surtout dans les derniers temps. A l'époque de Pothier, les fils étaient obligés de demander le consentement paternel jusqu'à un certain âge, les filles devaient toujours le demander. Les femmes étaient continuellement mineures à l'égard du mariage ; à la mort du père la femme devait demander le consentement à tous les membres de la famille. A côté du consentement de la famille se plaçait celui du seigneur féodal ; les femmes ou filles héritières d'un fief « mouvant » d'une même seigneurie, y furent seules soumises.

On pouvait faire appel, lorsque le seigneur ne consentait pas au mariage et qu'il ne motivait pas son consentement ; de plus, la femme pouvait donner une somme d'argent comme indemnité du droit de garde, et la cour des Barons pouvait forcer le seigneur à l'accepter et à se désister de son opposition ¹. Ces règles

(1) Établissement et Ordonnance de St-Louis.

reçurent leur application jusqu'au quinzième siècle; à partir de cette époque, la puissance seigneuriale déclinant de jour en jour, on n'exigea plus que le consentement du père et de la mère. La puissance paternelle, à son tour, s'étant affaiblie, Henri II, dans un édit du mois de février 1556, décida que le fils mineur de trente ans, et les filles mineures de vingt-cinq ans, qui se mariaient sans le consentement de leur père et mère, pouvaient être exhérédés par leurs parents, et, en cas d'exhérédation, ils perdaient tout droit au bénéfice de leurs conventions matrimoniales¹. Ceux qui étaient majeurs de vingt-cinq ans ou de trente ans devaient demander l'avis de leurs parents. Vint ensuite l'ordonnance de Blois, rendue par Henri III en 1579, elle fut plus sévère que la première, celle de 1556, nous y trouvons les mêmes sanctions et de plus la nullité du mariage au moins d'une manière implicite; cette ordonnance déclare que les prêtres, qui donneraient la bénédiction nuptiale sans demander aux parties la preuve du consentement de leurs parents, seraient poursuivis comme auteurs du crime de rapt². Vint en troisième lieu la déclaration de Louis XIII, du mois de novembre 1639, cette ordonnance distingue entre les mineurs de vingt-cinq ans et les mineurs de trente ans: ces derniers sont toujours régis par l'édit de Henri II; mais elle décide que les mineurs de vingt-cinq ans qui se seront mariés sans consentement, seront pri-

(1) Pothier, contrat de mariage, n° 324.

(2) Pothier, contrat de mariage, n° 326.

vés des droits qu'ils pourraient acquérir soit par testament, soit par succession *ab intestat*. On présumait, en outre, qu'il y avait eu séduction, et on pouvait conséquemment demander la nullité du mariage.

Si le père et la mère étaient morts, c'était le tuteur qui donnait le consentement, après avoir cependant consulté la famille. Tout cela s'appliquait aux enfants légitimes. Quant aux bâtards, les garçons et les filles étaient tous majeurs à l'âge de vingt-cinq ans.

SECTION V

Consentement des époux.

On distinguait dans notre ancien droit trois vices de consentement : la violence, l'erreur, la séduction. — Pas de difficulté pour la violence, elle était, comme aujourd'hui, un vice de consentement et elle rendait nulle l'union qui en était infectée.

Dans notre ancien droit, et selon le droit canonique, l'erreur ou la surprise par rapport à la personne était aussi un empêchement au mariage. Il y a erreur quand on croit épouser une personne et qu'on en épouse une autre. Pierre croit épouser Jeanne et on suppose Marie à la place de Jeanne. Le mariage est nul parce qu'il n'est pas volontaire de la part de Pierre, et qu'un contrat, dans lequel il n'y a pas consentement de la part des parties contractantes, est nul même suivant le droit naturel.

L'erreur ne s'étendait pas aux qualités, à la fortune et aux vertus de la personne, parce que cette

espèce d'erreur ne détruit point la liberté du consentement. Si Pierre en épousant Jeanne l'a cru riche, d'une famille illustre et vertueuse, et que plus tard il apprenne qu'elle est de basse extraction, qu'elle a mal vécu avant de l'épouser, toutes ces raisons ne pourraient pas rendre le mariage nul.

Cependant, la nullité existait lorsque l'erreur par rapport à la qualité entraînait en même temps l'erreur par rapport à la personne. On promet à un prince, Jeanne, fille aînée d'un roi et héritière présomptive de la couronne ; on lui fait ensuite épouser une fille qui porte le même nom que la première ; le mariage est nul, parce que la personne qu'il a consenti d'épouser est la fille d'un roi et héritière de la couronne et non pas une autre fille quelle qu'elle fut.

L'erreur, par rapport à la condition, que les canonistes proposent comme un des empêchements du mariage, ne regarde que la servitude. Ainsi, un homme qui épouse une esclave, la croyant libre, n'est pas marié valablement pourvu qu'il n'ait pas renouvelé son consentement en présence du curé, depuis qu'il connaissait la condition servile de la personne qu'il avait épousée ¹.

(1) Si quis ingenuus homo uxorem ancillam alterius acceperit et existimat quod ingenua sit, si ipsa fœmina fuerit postea in servitute detecta si eam à servitute redimere potest faciat: si non potest, si voluerit aliam accipiat. Si autem ancillan eam scierat et collaudaverat, prout legitimam eam

Cette dernière règle n'avait pas d'application dans notre ancien droit, car la servitude proprement dite n'existait pas en France. Les seigneurs avaient dans plusieurs coutumes des serfs ou gens de main-morte qui étaient assujétis à plusieurs droits très-onéreux envers le seigneur dont ils étaient serfs ; mais cette espèce de servitude ne pouvait faire déclarer un mariage nul. Cependant, il était à remarquer que dans quelques endroits le serf qui se mariait sans le consentement de son seigneur lui devait une amende de for-mariage, et que s'il épousait une personne franche, ou d'une autre servitude, le seigneur prenait le tiers des meubles et des immeubles.

Le troisième vice de consentement était la séduction : Elle était présumée dans deux cas. Le premier, lorsqu'un mineur se mariait sans le consentement de ses ascendants ; le second, avait lieu lorsque deux personnes majeures s'unissaient légalement entre elles après un commerce illicite ¹.

Dans tous les autres cas, il n'y avait pas de règles fixes ; la séduction était laissée à l'appréciation des juges.

SECTION VI

Nullités résultant soit de la clandestinité, soit de la célébration imparfaite du mariage.

Dans le dixième siècle, la publicité du mariage était une condition de sa validité. Sous Charles-le-

habeat similiter et mulier ingenua de servo alterius facere debet. (Ex. concil. apud Vermerium, canon Si quis causa, 29.

Voir aussi Pothier, n° 310.

(1) Pothier n° 230.

Chauve, le concile de Trosli, en 909, dispose : que la célébration doit être précédée d'une enquête publique sur la situation respective des futurs conjoints. Les Canons de ce concile décident que les parties doivent aller trouver le prêtre dans la paroisse de qui le mariage doit être célébré. Ce ministre du culte devait s'informer des empêchements qui pouvaient mettre obstacle au mariage des futurs conjoints. Les assises de Jérusalem voulaient aussi la publication des bans à l'église, à trois reprises différentes, au moment du prône ; mais, bientôt, toutes ces règles tombèrent en désuétude, et le mariage devint valable par le seul consentement des parties.

Le concile de Trente, cependant, déclara nuls les mariages contractés hors la présence du prêtre assisté de deux témoins, et Henri III, adoptant sur ce sujet les canons de ce concile, décida dans son ordonnance de Blois, déjà citée, que le mariage qui n'aurait pas été célébré publiquement par le curé des conjoints, et en présence de quatre témoins, serait nul.

Louis XIII dans l'ordonnance de 1639, voulant donner une publicité plus grande encore, défendit aux prêtres de marier d'autres personnes que leurs paroissiens sans licence de l'évêque ou du curé d'iceux. Un édit de 1697 compléta ces prescriptions en décidant : que les curés ne pourraient conjointre en mariage d'autres personnes que celles qui demeureraient publiquement et actuellement dans leurs paroisses, depuis six mois au moins, et depuis un an

si les parties habitaient avant une paroisse appartenant à un autre diocèse.

Des publications devaient être faites, d'après le même édit, dans le lieu du domicile des futurs conjoints, lorsqu'ils étaient majeurs, dans celui de leur origine et dans celui de leur père et mère, tuteurs ou curateurs s'ils étaient mineurs. Les édits et ordonnances, qui viennent d'être citées, prononçaient la nullité du mariage toute les fois qu'on avait agi contre leurs prescriptions.

Il y avait en France des mariages valables quant au sacrement, mais nuls quant aux effets civils; en sorte que les veuves après la dissolution de ces mariages, n'avaient ni douaire, ni reprises, ni aucune autre convention matrimoniale. Les enfants issus de ces mariages, ou légitimés par leur moyen, étaient traités comme illégitimes par rapport à la succession, en sorte qu'on ne leur adjugeait qu'une pension viagère sur les biens de leur père et mère, ou quelque portion des biens en fonds qui leur tenait lieu d'aliments; cette portion était plus ou moins forte suivant la qualité des personnes et la valeur des biens.

Entre ces mariages valables pour le sacrement, mais qui ne produisaient pas d'effets civils, l'ordonnance de 1659 plaçait en première ligne ceux qui étaient tenus secrets jusqu'à la mort de l'un des conjoints. Par mariage secret l'ordonnance n'entendait point parler des mariages clandestins qui étaient complètement nuls par le défaut de présence du propre curé ou des témoins, mais de ceux que l'on tenait cachés après qu'ils avaient été célébrés avec toutes

les formalités prescrites par les Ordonnances et par les canons, ce qui arrivait lorsque, par exemple, le mari et la femme n'avaient point vécu sous le même toit, quand la femme n'avait pas pris le nom du mari, quand elle avait agi et contracté comme fille majeure, etc., etc.

Les enfants et les descendants qui naissaient de ces mariages ne pouvaient recueillir aucune succession, ils étaient cependant regardés comme légitimes pour les autres actes de la vie civile. Ils pouvaient, par exemple, tenir les bénéfices sans dispenses. L'ordonnance de 1659 s'exprimait ainsi dans son article 5 :

« Désirant pourvoir à l'abus qui commence à s'in-
« troduire dans notre royaume par ceux qui tiennent
« leurs mariages secrets et cachés pendant leur vie,
« contre le respect qui est dû à un si grand sacre-
« ment, nous ordonnons que les majeurs contrac-
« tent leur mariage publiquement et en face de l'égli-
« se avec les solennités prescrites par l'ordonnance
« de Blois ; et déclarons les enfants qui naîtront de
« ces mariages, que les parties ont tenu jusqu'ici ou
« tiendront à l'avenir cachés pendant leur vie, qui
« ressentent plutôt la honte d'un concubinat que
« la dignité d'un mariage, incapables de toute suc-
« cessions aussi bien que leur postérité ¹. »

(1) Par un arrêt du 14 juillet 1704, on déclara incapable même d'une succession collatérale un enfant né d'un mariage contracté entre un maître et une servante, à condition que le mariage demeurerait secret et que les parties resteraient en l'état de maître et de servante : c'était une des clauses du contrat de mariage.

La seconde espèce de mariages qui ne produisaient point d'effets civils quoique valables c'était des mariages que des hommes contractaient à l'extrémité de leur vie avec des femmes qu'ils avaient entretenues dans un mauvais commerce avant le mariage. On regardait comme mariés à l'extrémité ceux qui à l'époque de la célébration du mariage, étaient atteints d'une maladie mortelle quoiqu'ils ne décédassent que plusieurs jours après.

L'art. 6 de l'ordonnance de 1659 disait : « Nous
« voulons que les mêmes peines (l'incapacité de
« succéder) aient lieu contre les enfants nés de fem-
« mes que les pères ont entretenu et qu'ils épousent
« lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie. — Voulons
« que l'art. 6 de l'ordonnance de 1656 au sujet des
« mariages que l'on contracte à l'extrémité de la vie
« ait lieu tant à l'égard des femmes qu'à celui des
« hommes, et que les enfants, nés de leur débau-
« che, avant lesdits mariages contractés en cet état,
« soient aussi bien que leur postérité déclarés incapa-
« bles de toute succession 1. » (Edit du mois de mars
1691.)

On jugea même au parlement de Paris, le 8 mars 1647, qu'un mariage contracté par un français hors de France avec une étrangère, tenu secret et caché, ne peut produire aucun effet civil par rapport à la femme pour la communauté ou pour le douaire, ni par rapport aux enfants pour la succession.

(1) Le 28 février 1667, un mariage célébré par un homme blessé à mort, avec la concubine dont il avait eu des enfants, fut jugé fait à l'extrémité de la vie, quoique le mari eut sur-

SECTION VII

Empêchement basé sur l'honnêteté publique.

L'empêchement basé sur l'honnêteté publique venait des fiançailles. Le fiancé ne pouvait épouser aucune parente au premier degré de sa fiancée, ni une parente au premier degré de la *ligne collatérale*. Il en était de même de la fiancée vis-à-vis des frères de son fiancé ¹.

Lorsque les fiançailles étaient nulles par le défaut de l'âge, ou du consentement, ou parce que l'une des parties était engagée dans les ordres sacrés ou dans un autre mariage, elles ne produisaient point des empêchements d'honnêteté publique ².

Les fiançailles faites sous condition ne formaient

vécu cinquante-quatre jours. — Il fut jugé, au contraire, le 28 mai 1684, sur les conclusions de M. de Lamoignon, avocat général, qu'un homme étant décédé un mois après le mariage qu'il avait contracté avec sa concubine, le mariage n'était pas censé fait à l'extrémité de la vie parce que le mari était en bonne santé dans le temps de la célébration.

On a jugé au parlement de Paris, le 8 juillet 1675, qu'un mariage fait à l'extrémité de la vie, quoique célébré dans la chambre du malade et avec dispense de la publication des bans, n'est point nul quant aux effets civils, quand il n'y a point de preuves de concubinage entre les parties.

(1) Concil. Trident. sess. 24, de Reformat. cap. 3. Avant le concile de Trente l'empêchement du mariage venant de l'honnêteté publique allait aussi loin que la parenté.

(2) Alexand. III, cap litteras extra de desponsatione impuberum.

point d'empêchement d'honnêteté publique, lorsque la condition ne se trouvait point accomplie. On décidait ainsi même quand il y avait un terme pour la condition et que ce terme n'était point expiré¹.

L'empêchement basé sur l'honnêteté publique existait encore lorsque le mariage n'était point consommé, soit que l'une des parties mourut avant la consommation, soit qu'elle fit des vœux dans un monastère avant d'avoir consommé le mariage, soit qu'elle ne put le consommer par impuissance. Il y avait cependant cette différence entre l'empêchement de l'honnêteté publique venant des fiançailles, et l'empêchement produit par un mariage non consommé, que celui-là était renfermé dans le premier degré de la ligne collatérale, et que celui-ci, au contraire, s'étendait comme celui de la parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, parce que le concile de Trente n'avait point dérogé pour ce cas aux anciens canons qui étendaient cet empêchement jusqu'au quatrième degré².

(1) Qui sponsalia cum aliquâ muliere sub conditione contraxit si postmodum ante conditioni eventum cum aliâ prioris consanguineâ per verba contraxerit de præsentî, cum secundo remanere debet, cum ex sponsalibus conditionalibus ante conditionem extantem sicuti consensum non habentibus et incertis nulla publicæ honestatis justiciâ oriatur. Bonifacius VIII, et de sponsalibus, n° 6.

(2) Si quis desponsaverit uxorem vel subharraverit et sive præveniente die mortis sive irruentibus quibusdam aliis causis minimè eam cognoverit neque superstes ejus frater neque ullus de consanguinitate ejus eamdem sibi tollat in uxorem

SECTION VIII

Empêchement résultant du vœu solennel de religion et de l'engagement dans les ordres sacrés.

Selon le droit canonique, il n'était pas permis à ceux qui avaient fait un vœu solennel de chasteté avec toutes les formalités requises, dans un ordre approuvé par l'Église, de quitter la vie religieuse pour se marier; s'ils se mariaient au préjudice de leurs vœux, le mariage était nul et les enfants qui en naissaient étaient illégitimes, à moins qu'ils ne fussent légitimés par la bonne foi de l'autre partie¹.

Le vœu simple de chasteté ou d'embrasser l'état religieux empêchait qu'on ne se mariât légitimement quand on n'en avait point obtenu de dispense; mais il ne rendait point nul le mariage contracté au préjudice du vœu².

ullo unquam tempore (Julius can. si quis causa, 27, quæst. 2.) Pie V déclara par une bulle expresse de l'an 1567 qui commence ad romanum, que le concile de Trente n'avait rien changé pour le nombre des degrés dans lesquels l'empêchement de l'honnêteté publique, formé par un mariage non consommé, doit avoir lieu. On peut voir au chap. sponsan. extra de sponsabilibus et matrimoniis, que suivant le droit établi par les décrétales cet empêchement allait aussi loin que celui de la parenté.

(1) Alexand. III, cap. meminimus extra qui clerici vel vententes matrimonium contrahere possunt. — Concil. Trid. sess. 24, can. 9. — Ceux dont les vœux solennels avaient été déclarés nuls par un jugement ecclésiastique dont il n'y avait point d'appel, pouvaient se marier valablement.

(2) Alexand. III, cap. meminimus extra qui clerici vel vententes mat. contrah. possunt.

Les mariages contractés par les prêtres, par les diacres et par les sous-diacres étaient nuls, parce qu'il y avait dans l'église latine un vœu tacite mais solennel de chasteté qui était attaché à la réception de l'ordre sacré du sous-diaconat¹.

On accordait cependant des dispenses à ceux qui avaient été forcés à recevoir le sous-diaconat. On rapporte, même, quelques exemples de Papes qui avaient permis à des princes, engagés dans les ordres sacrés, de se marier pour procurer le repos et la tranquillité d'un état.

CHAPITRE II

PERSONNES QUI PEUVENT INVOQUER LES NULLITÉS DU MARIAGE.—
VOIES DE RECOURS.

Les mariages contractés au mépris des dispositions légales étaient, en droit romain, nuls de plein droit. La nullité produisait son effet *ipso facto* indépendamment de tout fait postérieur. Dans notre an-

(1) Presbyteris, Diaconis, Subdiaconis, Monachis concubinas habere seu matrimonium contrahere penitus interdicimus; contracta quoque matrimonia ab hujusmodi personi disjungi, et personas ad pœnitentiam redigi debere, juxta sacrorum canonum diffinitionis judicamus—Ex. concil. Urbani II, can. Presbyteris distinct. 27. Ex litterarum tuarum tenore accepimus lator præsentum in subdiaconatûs officio constitutus quandam sibi in conjugium copulavit, quam eundem abjurare fecisti super quo prudentiam tuam in domino commendamus. Alexand. cap ex litterarum extra qui clerici vel voventis matrimonium contrahere possunt.

cien droit comme aujourd'hui la nullité ne résultait pas *ipso facto* de la violation des règles exigées ; elle devait être demandée par les parties dès qu'il y avait eu célébration, et elle devait être prononcée par le juge compétent. Dans une première section nous allons voir quelles étaient les personnes qui avaient le droit de se prévaloir de la nullité, dans une seconde nous examinerons quels étaient les tribunaux compétents.

SECTION I

Personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité du mariage.

En règle générale, non-seulement les conjoints, mais encore toutes les personnes intéressées, pouvaient demander la nullité du mariage. Il était de principe cependant que les collatéraux ne pouvaient attaquer le mariage dans ses effets qu'après la mort des époux. Si on leur opposait à bon droit le silence des père et mère, il leur était très-difficile de pouvoir obtenir la nullité du mariage qu'ils attaquaient.

Cependant il y avait à distinguer, selon le langage de l'ancien droit, les vices absolus et ceux qui étaient seulement respectifs .

Le vice absolu résultait de la parenté, de l'affinité, de l'engagement dans les ordres sacrés, du défaut de bénédiction nuptiale devant le propre curé.

Ces vices avaient cela de particulier qu'ils pouvaient être invoqués, non-seulement par chacune des

(1) Pothier, n° 444.

parties, mais encore par toutes les personnes qui avaient un intérêt.

Ce qui constituait les vices respectifs c'était la violation du droit de l'une des personnes intéressées; ces vices étaient relatifs aux ascendants et aux parties contractantes elles-mêmes. Ils comprenaient: le défaut du consentement des parents, la violence, l'erreur, la séduction, etc. Ces vices ne pouvaient être invoqués que par certaines personnes.

SECTION II

Des voies de recours.

Les parties contractantes pouvaient faire annuler le mariage, soit par une demande en cassation portée devant le juge ecclésiastique, soit par l'appel comme d'abus porté devant la grande chambre du parlement. Les officialités des diocèses étaient des tribunaux ecclésiastiques seuls compétents; ils jugeaient les faits matériels et les demandes en dommages.

Les parlements étaient chargés d'annuler tous actes ou procédures émanant de l'autorité ecclésiastique; ils devaient encore veiller au maintien des ordonnances et des canons reçus en France et qui étaient devenus lois de l'État.

L'appel comme d'abus avait lieu lorsqu'il y avait conflit de juridiction entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir ecclésiastique. Dans le cas d'empiètement des tribunaux du clergé, l'autorité séculière avait jugé, d'accord avec le parlement, de porter l'affaire, non pas devant un juge ecclésiastique soupçonné de par-

tialité, mais devant un juge laïque chargé de casser les décisions des tribunaux ecclésiastiques qui auraient dépassé leur pouvoir.

Les arrêts des parlements étaient sans appel, et avaient par conséquent l'avantage de soustraire la famille à l'incertitude des jugements ecclésiastiques.

Telles étaient en abrégé les dispositions de l'ancien droit. La juridiction ecclésiastique, affaiblie surtout dans les derniers temps, disparut complètement avec la révolution qui établit le mariage sur des bases nouvelles. La loi du 18 septembre 1792 posa une grande différence entre le contrat civil et le contrat religieux. Cette loi de 1792 donne aux officiers civils le droit de célébrer le mariage ; ils doivent veiller à ce que les opérations soient régulièrement faites.

D'après cette loi encore, les hommes pouvaient contracter mariage à quinze ans, les femmes à treize ans. Le consentement du père était exigé pour le mineur de vingt-un ans, ou bien celui du conseil de famille¹, si le père et la mère étaient tous les deux incapables.

Le mariage était interdit en ligne directe entre parents et alliés. En ligne collatérale, le mariage du frère et de la sœur était seul défendu. On avait admis le divorce.

Les communautés religieuses ayant été abolies par les lois des 15-19 février 1790 et du 18 août 1792,

(1) Le conseil de famille se composait de cinq parents, les plus proches, ou des voisins, si les parents étaient en nombre insuffisant.

l'empêchement résultant des vœux monastiques n'exista plus. Des décrets du 19 juillet et du 12 août 1793 allèrent même jusqu'à autoriser le mariage des ecclésiastiques.

Nous arrivons ainsi au titre du mariage, décrété le 26 ventôse et promulgué le 6 germinal an XI (17-27 mars 1803).



DROIT FRANÇAIS

Nullités de mariage.

Comment définir le mariage dans notre droit actuel? M. Portalis et une foule d'auteurs après lui le définissent : « La société de l'homme et de la femme
« qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour
« s'aider par des secours mutuels à porter le poids
« de la vie et pour partager leur commune desti-
« née. » Cette définition à notre avis ne distingue pas suffisamment le concubinage du mariage. Sans doute on se marie pour avoir des enfants, c'est là un des effets habituels du mariage, mais non une condition essentielle; nous en avons la preuve dans le mariage *in extremis* permis chez nous et défendu par l'ancienne jurisprudence.

Qu'es-ce donc que le mariage? C'est un contrat solennel par lequel deux personnes de sexe différent

s'unissent et se soumettent aux obligations qui résultent de cette union. Le trait caractéristique est la communauté d'existence qui s'établit entre les époux. Nous avons dit que le mariage est un contrat. Quelques auteurs soutiennent que le mariage n'est pas un contrat, parce que, disent-ils, on doit refuser le nom de contrat à une opération qui ne produit aucun de ses effets. C'est là une erreur, car ici l'objet du contrat est l'établissement de la vie commune; une fois établie elle produira ce qu'elle peut produire, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. Le mariage est donc un contrat, mais c'est encore, avons-nous dit, un contrat solennel. Cette solennité consiste dans la présence des époux devant un officier de l'état civil avec l'accomplissement de certaines formalités exigées par la loi.

Le code civil, en posant les règles du mariage, a établi des empêchements qui s'opposent les uns à la formation du mariage, les autres à son existence.

Le mariage est nul quand il lui manque un des éléments essentiels, il est annulable seulement lorsque l'un de ces éléments est entaché d'un vice. Si on attaque un contrat nul et que l'on ait prouvé l'absence de l'un des éléments essentiels, le tribunal se borne à constater l'inexistence du contrat; il n'a pas besoin de prononcer la nullité. Le contrat est-il annulable? Le juge doit faire quelque chose de plus, il doit prononcer son annulabilité. Une autre différence entre le contrat inexistant et celui qui n'est qu'annulable, c'est que le premier ne peut être ratifié tandis que le contrat annulable peut se confirmer,

Une troisième différence, enfin, c'est que quelquefois la nullité n'a qu'un caractère purement relatif, certaines personnes peuvent l'invoquer. Tandis que l'inexistence peut être invoquée par tout le monde.

Nous distinguerons tout d'abord : 1° Les conditions relatives à l'existence du mariage ; 2° Celles requises pour sa validité ; 3° Celles qui sont nécessaires pour que le mariage puisse être célébré.

CHAPITRE I^{er}

CONDITIONS ESSENTIELLES A L'EXISTENCE DU MARIAGE.

Ces conditions sont : 1° Personnes jouissant de la personnalité civile ; 2° Différence de sexe ; 3° Consentement des époux ; 4° Consentement manifesté devant un officier de l'état civil.

CHAPITRE II

CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

Ces conditions sont : 1° Consentement des époux libre, pas d'erreur dans la personne ; 2° Consentement des personnes sous la puissance desquelles on est placé quant au mariage ; 3° Puberté des époux ; 4° Défaut d'engagement dans un précédent mariage ; 5° Absence de parenté ou d'alliance au degré prohibé ; 6° Publicité du mariage et compétence de l'officier de l'état civil.

Lorsque l'une de ces choses manque, le mariage existe, il est seulement annulable, invalide, tandis

que l'absence de l'une des conditions du chapitre précédent empêche le mariage de se former.

CHAPITRE III

CONDITIONS EXIGÉES POUR QUE LE MARIAGE PUISSE ÊTRE CÉLÉBRÉ.

D'une manière préventive seulement on peut refuser de célébrer le mariage tant que ces conditions ne sont pas remplies, mais une fois célébré le mariage ne peut plus être attaqué.

Ces conditions sont : 1° La nécessité pour les enfants, même majeurs, de demander le consentement des parents alors même qu'il ne doit pas leur être accordé ; 2° Il faut qu'il n'existe pas d'opposition au mariage ; 3° Que les publications exigées par la loi aient été faites ; 4° Que la femme observe les 10 mois de viduité qui lui sont imposés avant de convoler à de secondes noces, etc., etc. L'inobservation de ces conditions ont une sanction pénale autre que l'annulation du mariage.

A ces trois classes de conditions il faut appliquer la division classique en empêchements dirimants et en empêchements prohibitifs. Les empêchements sont dirimants quand leur inobservation peut faire annuler un mariage déjà contracté. Ces empêchements sont à *fortiori* prohibitifs.

Les empêchements prohibitifs sont comme les précédents, moins la vertu dirimante, c'est-à-dire que l'officier de l'état civil pourra refuser de procéder à la célébration du mariage. Mais si nous supposons

que par erreur ou complaisance l'officier a passé outre, leur inobservation ne peut pas donner ouverture à une action en nullité de mariage.

Cette classification est incomplète, car elle ne donne pas de nom aux conditions relatives à l'existence du mariage que nous pouvons appeler empêchements absolus ou essentiels.

CHAPITRE I^{er}

CONDITIONS REQUISES POUR L'EXISTENCE DU MARIAGE OU EMPÊCHEMENTS ABSOLUS OU ESSENTIELS.

Ces conditions peuvent être envisagées par rapport aux personnes, par rapport au mariage lui-même.

SECTION I

Personnalité civile.

Avant la loi du 31 mai 1854, les futurs époux devaient avoir tous les deux la vie civile. Le mariage qu'un mort civilement aurait contracté devant l'officier de l'état civil, par erreur, par fraude, ou autrement, était inexistant. Et cela se comprenait très-bien car une législation qui ne considère le mariage que comme un contrat civil, ne peut pas reconnaître un mariage qui n'a aucun des effets civils exigés par la loi.

Bien que la mort civile soit maintenant abolie, le mariage serait encore, de nos jours, tenu pour nul et non existant, s'il avait été contracté avant la loi du 31 mai 1854, par des personnes condamnées à des peines emportant mort civile.

Il en serait de même pour des étrangers privés de la vie civile par suite de profession religieuse.

SECTION II

Différence de sexe.

La seconde condition exigée pour l'existence du mariage est la différence de sexe. Si donc l'officier de l'état civil avait célébré l'union de deux personnes du même sexe il n'y aurait pas mariage. Si un accident avait rendu l'un des époux impropre à la procréation, le mariage pourrait, suivant certaines opinions, être annulé, mais il ne serait jamais inexistant.

SECTION III

Consentement des époux.

Pour qu'il puisse y avoir mariage il faut que les parties contractantes consentent à se prendre pour mari et femme.

Si donc, un acte de célébration constate que deux personnes ont voulu se prendre pour époux et que dans la réalité l'un des conjoints n'a pas consenti au mariage parce qu'il a refusé son consentement devant l'officier de l'état civil, ou bien, parce qu'il a été dans l'impossibilité de le donner, les parties dénommées dans l'acte doivent être considérées comme n'étant pas mariées. Il ne peut pas être question dans ce cas d'une action en nullité. Il faudra procéder par voie d'exception de faux contre l'acte de célébration; une

fois le faux prouvé la non-existence du mariage en sera la conséquence nécessaire¹.

Si un individu est en état de démence au moment de la célébration du mariage, sera-ce un cas de nullité ou d'inexistence? D'après la doctrine c'est un cas d'inexistence quand même la personne en démence n'aurait pas encore été interdite. C'est seulement un cas d'annulabilité d'après la jurisprudence.

la jurisprudence ~~elle~~ part du principe incontestable qu'une nullité ne peut être proposée que par les personnes auxquelles la loi donne ce pouvoir. Or, si on admet ce principe pour une personne en état de folie et qui malgré son état n'est pas interdite, il faut en conclure que ce mariage ne pourra être attaqué par personne.

Un auteur³ qui a adopté cette opinion, applique, pour se soustraire à cette conclusion, les dispositions de l'art. 180 du code civil, qui, incontestablement, ne s'occupent pas de cette hypothèse.

Aussi doit-on maintenir parmi les causes d'inexistence la démence d'une personne, et par suite, accorder l'action à tout le monde.

L'un des époux a été interdit pour cause de démence, le consentement qu'il donne au mariage est-il valable lorsque ce consentement n'a pas été donné dans un accès de fureur? Je soutiens l'affirmative. ~~on~~ ~~ne~~ ~~peut~~ ~~pas~~ ~~attaquer~~ l'art. 146, C. c. S'il n'y a pas de con-

(1) Duranton, II, 264.

(2) Cassation, 9 janvier 1824, (Sire. 21, 1, 457). Colmar 27 février 1852, Sirey, 52. 2. 488.

(3) Merlin. Répert. v. Mariage, section VI, § 2.

sentement il n'y a pas de mariage, donc s'il y a consentement il y a mariage; c'est une question de fait à résoudre. Il faut rechercher si l'époux qui a consenti était ou non dans un intervalle lucide, s'il est démontré que la personne, interdite pour cause de folie, a donné son consentement dans un intervalle lucide, le mariage sera valable. La folie ou l'imbécillité ne peuvent pas être une peine. L'individu qui est atteint d'imbécillité, de fureur ou de démence, mérite la protection de la loi et non une peine. D'ailleurs, il est des droits personnels et intransmissibles qui ne peuvent être exercés que par la personne intéressée. Si quelqu'un veut se marier il faut nécessairement qu'il agisse lui-même, qu'il donne lui-même son consentement, celui du tuteur ou d'un tiers serait complètement inutile. Si donc on refuse à un interdit de se marier pendant un intervalle lucide, on le rend toujours et quand même incapable des actes que lui seul peut faire.

Les intervalles lucides sont possibles, le code les reconnaît ¹. La preuve en est dans l'art 1125 qui permet à l'interdit d'attaquer ou de maintenir l'acte qu'il a fait dans un intervalle lucide. — La preuve se trouve encore dans l'art. 59 de la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés. Cet article dit: « que les actes faits
« par une personne placée dans un établissement
« d'aliénés pendant le temps qu'elle y était retenue,
« sans que son interdiction ait été prononcée, ni pro-
« voquée, pourront être attaqués pour cause de dé-

(1) Voir en ce sens Demolombe, Demante, Valette.

« mence ». Cet article exige donc que l'on tienne compte des intervalles lucides.

On fait plusieurs objections à ce système. On se base d'abord sur l'art. 502 et l'on dit : Tous les actes faits par l'interdit sont entachés de nullité. Il y a une présomption qui le rend incapable de consentir, donc le mariage n'existe pas.

On invoque encore l'art. 174 du code civil. Si d'après cet article, dit-on, l'interdiction est prononcée, l'opposition triomphera, l'interdiction sera un empêchement au mariage.

L'opinion contraire, ajoute-t-on, présente de grands inconvénients à cause des manœuvres qu'elle peut produire.

Pour répondre à ces objections, nous dirons d'abord que l'art. 502 ne s'applique pas à notre matière. Cet article a en vue la gestion, par le tuteur, du patrimoine de l'interdit. Si on fait entrer l'art. 502 dans notre hypothèse, il faut aussi y comprendre toute la théorie de l'interdiction, et dire que l'interdit aura dix ans, en vertu de l'art. 1504, pour demander la nullité du mariage. Enfin, si l'art. 502 s'occupait réellement du cas que nous traitons, il faudrait dire que les actes de l'interdit sont inexistantes ce qui est contraire à l'art. 1125.

L'art. 174 non plus n'est pas décisif. Cet article, en effet, déclare que lorsqu'il y a folie il n'y a pas consentement, et que l'opposition doit poursuivre l'interdiction pour établir la démence ; mais il ne faut pas en conclure que l'interdiction, abstraction faite de la démence, est un empêchement au mariage. S'il

en était ainsi l'article suivant, l'art. 175, n'aurait pas sa raison d'être. Cet article dit formellement : « que
« dans les deux cas prévus par le précédent article,
« le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée
« de la tutelle ou curatelle, former opposition qu'au-
« tant qu'il y aura été autorisé par un conseil de
« famille qu'il pourra convoquer. » Mais si le ma-
riage de l'interdit était toujours inexistant, comment
le tuteur, pour s'y opposer, aurait-il besoin d'être
autorisé par un conseil de famille ? Evidemment cela
prouve que le mariage de l'interdit peut être valable.

Et quant à ce que l'on dit des manœuvres auxquelles l'interdit serait livré, il ne faut rien exagérer, ces manœuvres frauduleuses ne seront pas aussi fréquentes qu'on veut bien le dire. Car on fera des publications au domicile de l'interdit et ces publications avertiront sa famille, ou tout au moins quelqu'un des siens. Et puis, quel serait le but de ces manœuvres ? Serait-ce d'enlever la fortune à l'interdit ? Il faudrait d'abord beaucoup d'habileté, et d'ailleurs l'interdit ne pourrait lui-même consentir ses conventions matrimoniales¹. Enfin ces conventions, si elles étaient frauduleuses, pourraient être attaquées et déclarées nulles et le mariage rester valable.

Après avoir examiné la question de savoir si l'interdit peut se marier dans un intervalle lucide, nous avons à nous demander quelle erreur peut entraîner l'inexistence du mariage ?

D'après la loi romaine *Qui errant consentire non vi-*

(1) Art. 450, 509, arg. a fortiori de art. 499 et 513.

dentur. Cette maxime ne peut être acceptée d'une manière absolue. Toute espèce d'erreur de méprise ne peut entraîner l'inexistence du mariage. On est généralement d'accord pour admettre qu'il n'y a que l'erreur sur l'identité physique qui peut entraîner l'inexistence du mariage. On croyait épouser Louise, on épouse Marie, ce cas est très-rare, mais enfin on peut toujours supposer une substitution, et alors il faut dire qu'il n'y a pas consentement. On a consenti à se marier avec Louise et Louise n'était pas là, tandis qu'on n'a pas consenti à se marier avec Marie.

Bien que la généralité des auteurs, comme je le disais tout à l'heure, reconnaissent dans ce cas une cause d'inexistence, quelques jurisconsultes ¹, cependant, ne voient là qu'une cause d'annulabilité, ils appliquent l'art. 180. Cette opinion n'est pas admissible. Du moment que l'on déclare que le consentement est nécessaire pour l'existence du mariage, on doit en conclure que, dans le cas d'erreur physique, le mariage est inexistant.

Cela découle de la disposition des art. 146 et 180. L'art. 146 parlait dans la partie supprimée d'erreur sur la personne », tandis que l'art. 180 parle « d'erreur dans la personne », c'est-à-dire de l'absence des qualités constitutives. Cette rédaction, bien significative, de nos deux articles, répond à la réalité des choses. Quand on se trompe sur la personne, on ne consent pas à se marier, tandis que lorsqu'on se trompe sur les qualités d'une personne, on

(1) Aubry et Rau.

a consenti à se marier, seulement le consentement a été déterminé par des considérations fausses, inexistantes, dont nous aurons à apprécier l'influence sur les nullités de mariage.

SECTION IV

Manifestation du consentement devant un officier de l'état civil et prononcé de l'union par ce dernier.

Le mariage n'existe qu'autant qu'il a été contracté devant un officier de l'état civil. C'est un acte solennel. Il ne reçoit, par conséquent, ni terme, ni condition. On doit considérer comme nulle la condition stipulant la célébration du mariage religieux. Quelques auteurs, pour arriver au même but, ont soutenu que dans le cas où l'époux refusait de célébrer le mariage religieux il y avait erreur dans la personne, mais cette opinion doit être repoussée, tout au plus peut-on admettre que ce refus constitue une injure grave pour l'autre époux qui pourra demander la séparation de corps.

Indépendamment du consentement des parties, la loi exige encore la manifestation de ce consentement devant un officier de l'état civil¹. Celui-ci prononce : *Qu'ils sont unis au nom de la loi en légitime mariage*. Les rédacteurs du code civil italien se sont moqués du rôle de l'officier de l'état civil. Il aurait fallu faire en matière civile ce que l'on a fait en matière religieuse. Devant l'église ce sont les époux qui se marient

(1) Art. 74, 75.

eux-mêmes, et le prêtre se borne à bénir le mariage. On aurait dû, de même, borner le rôle de l'officier de l'état civil à la simple reconnaissance que les époux se sont mariés, qu'ils ont consenti à se prendre pour mari et femme. Cependant, en laissant de côté cette opinion, on comprend que le bien de la société est intéressé au maintien de cette règle qui prescrit l'intervention de l'officier de l'état civil. Le mariage n'existe qu'autant qu'il a été célébré devant un officier de l'état civil. Les notaires n'ont qualité que pour faire le contrat de mariage, et les ministres du culte n'ont le pouvoir que de consacrer les mariages religieux. Tout au plus peut-on admettre dans ce dernier cas l'application des art. 201 et 202.

CHAPITRE II

CONDITIONS DE VALIDITÉ DU MARIAGE OU EMPÊCHEMENTS DIRIMANTS.

Après avoir examiné les conditions nécessaires à l'existence du mariage, nous allons passer aux conditions nécessaires à sa validité. Quand un mariage existe il peut être entaché de certains vices. Ces vices peuvent faire annuler le mariage lorsqu'on les fait valoir; ils le laissent au contraire subsister lorsqu'on garde le silence ou bien lorsqu'on les fait disparaître par une ratification expresse ou tacite résultant du laps de temps.

Les conditions pour la validité du mariage, sont nous l'avons vu, au nombre de sept. L'un de ces

éléments, quand il vient à manquer, constitue une cause d'annulation.

SECTION I

Vices du consentement ; erreur dans la personne.

L'art. 180 s'occupe du cas où l'on a consenti au mariage mais où le consentement est entaché d'un vice. Lorsqu'il s'agit des contrats ordinaires, la loi suppose que différents vices peuvent porter atteinte au consentement : ce sont l'erreur, la violence et le dol. L'art. 180 du code civil ne rappelle que la violence et l'erreur, il ne mentionne pas le dol. Le dol, c'est l'ensemble de manœuvres destinées à tromper autrui. Il n'est une cause d'annulation qu'autant qu'il a produit une erreur. Si ces manœuvres dolosives n'ont pas réussi, elles n'ont aucune influence sur le contrat : qui dit dol, dit erreur. Et si la loi en général distingue le dol de l'erreur, c'est parce que dans les contrats toute espèce d'erreur ne produit pas l'annulation du consentement. Il faut une erreur qui porte sur la substance de la chose, l'erreur qui ne porte que sur les qualités accessoires de la chose ne peut entraîner la nullité, si elles n'ont pas été amenées par le dol de l'autre partie. La loi ne tient pas compte en matière de mariage du dol, car il est impossible de ne pas le découvrir un peu de part et d'autre au moment du mariage. Il ne faut donc retenir que la violence et l'erreur.

§ 1. Violence.

Pour que la violence soit une cause de nullité, il faut qu'elle ait été grave, c'est-à-dire de nature à déterminer le consentement contre la volonté libre. Ce principe doit être appliqué avec prudence surtout lorsqu'il s'agit des parents. Il faudra distinguer, dans ce cas, la violence véritable qui contraint la liberté d'avec ces remontrances plus ou moins vives qui décident l'enfant à consentir, non pas sans liberté mais malgré lui, malgré ses désirs.

§ 2. Erreur.

Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur 1.

Quel est le sens de ces expressions « *erreur dans la personne* » ? Bien des opinions se sont élevées sur ce point, nous les résumerons toutes en trois principales :

1^{re} opinion. D'après les uns, l'erreur porte sur l'identité physique de l'individu.

2^{me} opinion. D'après les autres, l'erreur porte sur l'identité de la personne civile et physique.

3^{me} opinion. L'erreur dont il s'agit est une erreur qui ne s'applique pas à l'identité physique, réglée par l'art. 146, il s'agit seulement de l'identité sur la personne civile 2.

(1) Art. 180, § 2.

(2) Bourges, 6 août 1827, Sir. 29, 2. 40.

Quoiqu'il en soit de tous ces systèmes, j'aime mieux pour mon compte, adopter l'opinion de M. Huc¹ qui emprunte aux canonistes une limitation des qualités qui peuvent devenir une cause d'annulation.

D'après le droit canonique, on admet des qualités *redundantes in personam*, c'est-à-dire des qualités tellement essentielles qu'elles sont intégrantes de la personne. Au nombre de ces qualités substantielles il faut placer l'erreur sur l'état civil, l'erreur sur l'aptitude physique au mariage, l'erreur sur l'engagement dans les ordres sacrés. Ces qualités substantielles, comme on le voit, ne sont pas susceptibles de plus ou de moins, elles sont absolues et certaines. D'un autre côté ces qualités sont celles dont on ne s'enquiert pas, ce sont des choses d'égalité que l'on admet sans se livrer à une enquête. L'erreur dans ces cas tombe sur la personne elle-même, ou bien porte sur une qualité substantielle relative à la personne de l'un des époux. Cette règle nous permet de délimiter le principe posé dans l'art. 180. Quand on a épousé un impuissant, un individu engagé dans les ordres sacrés ou une autre que celui désigné par l'état civil, la personnalité est atteinte, et nous devons donner alors comme règle que toute atteinte portée à la personnalité civile est une cause d'annulation.

Mais il ne faut pas aller au-delà et appliquer à l'art. 180 les qualités secondaires ou accidentelles susceptibles de plus ou de moins, telles que la fortune, la

(1) Code civil Italien.

beauté, l'honnêteté, etc., etc. Il faut encore repousser la doctrine de quelques tribunaux qui considèrent comme une erreur dans la personne la grossesse de la femme antérieure au mariage.

Il est bon de remarquer que l'absence des qualités qui sont considérées comme nécessaires n'est une cause de nullité qu'autant qu'il y a eu erreur et que cette erreur a déterminé le consentement.

Dans quelles conditions cette action en nullité peut-elle être intentée ?

Qui peut la demander ?

Il faut intenter l'action dans les six mois qui suivent la découverte de l'erreur, car, aux termes de l'art. 181, cette action peut être repoussée par une fin de non-recevoir si les époux ont cohabité ensemble pendant six mois.

Cette nullité ne peut être introduite que par l'époux qui a été trompé, l'autre ne le peut pas. Mais cette action est-elle limitée à la personne ? Dans notre droit actuel, les représentants de toute personne et ceux qui ont des droits sur son patrimoine peuvent en général exercer toutes les actions de cette personne relatives au patrimoine, mais ils ne peuvent pas exercer celles, qui, tout en rejaillissant sur le patrimoine, soulèvent un intérêt personnel. Or notre action nécessite une appréciation qui ne peut être faite que par l'époux trompé ; donc les créanciers quelque considérables que soient leurs intérêts ne peuvent l'exercer. Les héritiers ne le peuvent pas non plus en règle générale. Le mal n'est pas grand en présence de l'art. 180, qui édicte une fin de non-recevoir. Mais que penser de

l'époux trompé qui est mort avant les six mois, ses héritiers pourront-ils alors intenter l'action en nullité? Non, en principe ils ne le peuvent pas, à moins que déjà l'action n'ait été intentée par le conjoint intéressé et trompé, parce que l'appréciation qui forme le lien de l'action a déjà été faite par le conjoint lui-même. Si l'époux trompé était mineur, il agira avec l'assistance de son curateur. Cette action en nullité est couverte par la cohabitation prolongée pendant six mois, non pas du jour du mariage, mais du jour où l'erreur a été découverte.

Si nous supposons le cas où il n'y a pas cohabitation, quelle sera la durée de l'action en nullité? La loi étant muette sur ce point, les interprètes appliquent l'art. 1504, d'autres l'art. 2262. Quelques-uns enfin soutiennent que l'action est imprescriptible.

J'adopte la première opinion qui veut que l'action se prescrive par dix ans. Sans doute le mariage a des règles particulières, mais comme il n'en a pas en matière de prescription, il faut appliquer les principes généraux. Or l'article 1504 doit, ce me semble, être seul appliqué, puisqu'il règle la prescription des actions en nullité ou en rescision.

SECTION II.

Défaut de consentement des personnes qui doivent autoriser le mariage.

Nous sommes ici en présence d'un empêchement dirimant relatif, c'est-à-dire d'un empêchement qui ne donne ouverture à une action qu'au profit de cer-

taines personnes. Si nous remontons à l'origine de ce consentement nous savons qu'à Rome il avait sa source dans la *patria potestas*, dans l'intérêt du chef de famille et non dans l'intérêt de l'enfant. Tout, dans cette organisation, était sacrifié à l'égoïsme du chef de famille. Sous le Code civil la nécessité du consentement des parents a sa source dans l'intérêt des enfants qui doivent être préservés de toute surprise dans un acte aussi important que le mariage. Cette nécessité est conforme au respect dû au père et à la mère.

La loi, pour le mariage, a étendu les limites ordinaires de la minorité, et a fait une distinction entre les époux. Pour la fille, la majorité du mariage est 21 ans, pour les fils, elle est fixée à 25 ans. Cette différence vient de ce que pour les filles la nubilité est plus précoce, et l'on doit profiter des avantages que leur crée la beauté. Quant au fils, il n'y a plus les mêmes raisons, l'établissement pour lui sera plus avantageux s'il a une position.

Après l'âge de la majorité on n'est pas dispensé de l'intervention de l'autorité paternelle, seulement, cette intervention prend le caractère de simple conseil.

Pour savoir de quelles personnes on a besoin le consentement, il faut distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels.

§ 1. Enfants légitimes.

Les personnes qui doivent consentir au mariage

sont le père et la mère, s'ils sont vivants tous les deux, en cas de dissentiment le consentement du père suffit. Si donc le père refuse de consentir et que la mère autorise, le mariage n'est pas possible ; si, au contraire, le père donne et la mère refuse son consentement le mariage pourra avoir lieu. Mais une chose à remarquer, c'est que le consentement du père ne suffit qu'en cas de dissentiment, ce qui prouve que la mère doit être au moins consultée ; il ne peut pas y avoir dissentiment là où il n'y a qu'une seule opinion émise. Il y a controverse sur les droits que peut avoir la mère : quelques jurisconsultes et quelques arrêts ¹ soutiennent que la mère n'a que le droit de faire connaître officieusement à l'officier de l'état civil qu'elle n'a pas été consultée. D'après d'autres jurisconsultes la mère peut faire opposition au mariage nonobstant l'art. 195 du Code civil. Cette opposition tombera devant la certitude que la mère a été consultée.

Le consentement du père est donc requis, en général, excepté quand il n'existe plus ou qu'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Cette impossibilité peut résulter du décès ². Cette preuve se fera sur l'attestation des aïeux sans qu'il soit nécessaire pour cela de produire un acte de décès.

Si l'un des conjoints existe, il suffit de l'attestation

(1) Voir jugement tribunal de la Seine, 4 mars 1809. — Paris, 8 août 1809. S. V. 14, 2, 437. C. n. 3, 2, 118. D. A. 5, 162.

(2) art. 149.

de ce conjoint. Cette impossibilité de manifester sa volonté peut résulter encore de l'absence, de l'interdiction légale, de l'interdiction judiciaire, quand on a été placé, sans être interdit, dans une maison d'aliénés. Hors ces cas, il faudra un jugement pour que l'on puisse se passer du consentement des père et mère.

Si le père et la mère sont morts, on consulte les aïeuls et aïeules. Le code, lorsqu'il parle d'aïeuls et aïeules, ne veut pas désigner seulement les ascendants des deux degrés, grand-père et grand-mère paternels et maternels, mais encore bisaïeuls et bisaïeules. Ce qui confirme cette manière de voir ce sont les articles 173 et 174. Ce dernier article permet à tout ascendant de faire opposition ; donc, le consentement de tous les ascendants doit être requis à défaut les uns des autres. S'il n'y a d'ascendants que dans une ligne, dans la ligne paternelle par exemple, c'est à eux qu'il faut s'adresser et toujours à ceux du degré le plus proche. S'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule d'une même ligne, le consentement de l'aïeul l'emportera. Si dans la ligne que nous supposons unique nous trouvons deux bisaïeuls qui ne soient pas conjoints, quelques jurisconsultes pensent que le partage emportera consentement. D'autres auteurs sont d'avis que le consentement du bisaïeul sera préféré. Il vaut mieux, je crois, s'en tenir à la première opinion, car la loi n'a prévu que le cas où les deux parents sont conjoints. Ne peut-on pas soutenir que la

(1) Voir les art. 402 et 403 pour la dévolution de la tutelle.

loi n'a entendu obliger à demander le consentement aux parents des deux lignes, que lorsque les ascendants de ces deux lignes sont à des degrés égaux ? On n'est pas d'accord sur ce point. Certains auteurs ¹ enseignent qu'il suffit de consulter le degré le plus rapproché. D'autres ², laissent les deux lignes sur le pied d'égalité. Il suffit à mon avis de consulter le degré le plus rapproché. Donc, voici la règle que l'on peut établir : 1° Père et mère ; 2° A défaut, le survivant ; 3° A son défaut, les ascendants des deux lignes s'ils sont du même degré ; 4° En cas d'inégalité dans la ligne, le consentement de l'ascendant le plus proche dans une ligne doit suffire.

Que fera l'enfant s'il n'a plus d'ascendant ? S'il est majeur de 21 ans, il peut se marier sans consentement, car le motif de respect, sur lequel est fondé ce consentement, n'existe plus. Cet enfant, obligé de pourvoir seul à l'administration de ses biens, se trouve dans une position qui développera son intelligence et sa conduite. Et puis, le consentement que l'on pourrait l'obliger à obtenir n'aurait pas à ses yeux la même importance que ceux des ascendants ; mieux vaut donc laisser l'enfant libre de son sort. S'il est mineur de 21 ans, il doit obtenir l'autorisation du conseil de famille qui n'a pas besoin de motiver ni son consentement ni son refus.

Le consentement des ascendants doit être spécial, une autorisation générale ne servirait à rien. On re-

(1) Valette et Demante.

(2) Mourlon.

garde cette autorisation générale comme une abdication de la puissance paternelle. Il doit encore être formel. Un arrêt de la cour de Toulouse⁴ a décidé que l'assistance des père et mère à l'acte contenant les conventions civiles du mariage de leur enfant et la circonstance que dans cet acte ils ont constitué une dot, ne peuvent être considérés comme un consentement suffisant pour procéder à la célébration du mariage.

Les ascendants ne donnent pas un consentement irrévocable ; ils peuvent le retirer jusqu'au dernier moment, c'est pourquoi, si l'ascendant qui a consenti meurt avant le mariage, il faut obtenir d'autres autorisations. La décision des ascendants d'ailleurs est inattaquable.

§ 2. Enfants naturels.

Les art. 148 et 149, relatifs au consentement, sont applicables aux enfants naturels. Les enfants naturels devront donc s'adresser à leur père et mère, et, en cas de dissentiment, le consentement du père suffira. S'il n'a été reconnu que par l'un des deux, on ne pourra s'adresser qu'à lui. Ici le consentement des ascendants n'est pas requis parce qu'il serait toujours empreint de ressentiment. Ce motif de ressentiment ne se trouve pas chez le père naturel envers le petit-fils légitime, aussi ce dernier sera-t-il obligé de de-

(4) Toulouse, 29 juillet 1828. — S. V. 29, 2, 29 c. n. 9, 2, 130. D. P. 39, 2, 44.

mander le consentement des ascendants naturels de son père.

Si l'enfant naturel, mineur de 21 ans, n'a pas été reconnu, ou bien, si après l'avoir été le père et la mère sont morts ou sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le consentement dans ce cas est donné par un tuteur *ad hoc*¹ nommé par le conseil de famille qui sera composé d'amis ou de parents ; s'il était impossible de composer ce conseil, il faudrait s'adresser au tribunal pour la nomination de ce tuteur.

Sanction des principes ci-dessus. L'officier de l'état civil est frappé d'une peine lorsqu'il ne s'est point assuré de l'existence du consentement ; cette peine est de 16 à 500 francs d'amende et d'un emprisonnement de six mois à un an². Le code civil va plus loin, il déclare coupable non-seulement l'officier qui a célébré le mariage, sans s'être assuré de l'existence du consentement, mais encore celui qui s'en étant assuré, n'en a pas fait mention dans l'acte de célébration. Cette omission le rend punissable d'une amende qui peut être moindre de 16 francs, car le minimum n'en est point fixé, mais qui ne peut point dépasser 500 francs, et, d'un autre côté, d'un emprisonnement qui ne peut pas être moindre de six mois, mais dont le maximum n'est pas fixé.

Quelques auteurs pensent qu'en punissant l'officier qui ne s'est pas assuré du consentement nécessaire à

(1) Art. 459.

(2) Art. 493 code pénal.

la validité du mariage, l'art. 195 du code pénal a tacitement abrogé la peine que notre art. 156 prononce contre celui qui n'a pas mentionné dans l'acte de célébration les consentements qui ont été donnés¹, mais cette abrogation est formellement démentie par l'art. 195 du même code, disant : que la peine établie par l'ar 195 sera appliquée sans préjudice des autres dispositions pénales du titre V, du livre I^{er}, du code civil.

SECTION III

Puberté des époux.

Pour que le mariage soit valable il faut que les époux soient pubères, c'est-à-dire que la femme soit âgée de 15 ans révolus et que l'homme ait 18 ans accomplis. Cette disposition repose sur plusieurs motifs. Le premier, c'est que la société est intéressée à la perfectibilité physique de l'homme ; les mariages précoces sont funestes aux conjoints et en particulier à la femme ; ils donnent naissance à des enfants peu vigoureux. Un autre motif sérieux, c'est que le mariage engageant l'avenir tout entier, il est nécessaire que les futurs époux soient capables de connaître et d'apprécier l'étendue de l'engagement qu'ils vont contracter ; or, avant l'âge fixé par la loi, l'homme est trop inexpérimenté pour se faire une juste idée du mariage. Enfin, les époux ont un patrimoine à gérer, une famille à gouverner, il importe donc qu'ils soient

(1) V. Demolombe 4, 343. Duc. Bon. et Rous. sur l'art. 156.

capables eux-mêmes de devenir chefs de maison. Cette règle de l'art. 144 n'est pas absolue, car, aux termes de l'art. 145, il est loisible au chef de l'État d'accorder des dispenses pour des motifs graves ; c'est à lui, d'ailleurs, qu'appartient le droit d'apprécier la gravité des motifs invoqués par les parties.

Si l'art. 144 a été violé le mariage est annulable. Cette nullité résultant de l'impuberté est absolue mais temporaire.

Elle est absolue, car elle peut être intentée par toute personne intéressée. Par les époux d'abord, par l'un et l'autre même par celui qui était pubère au moment du mariage, par les ascendants même du vivant des époux, par les collatéraux mais dans le cas seulement où ils ont un intérêt pécuniaire né et actuel, par le ministère public, enfin, l'art. 190 lui en fait un devoir.

Cette nullité, résultant de l'impuberté, ne peut être intentée par le père, la mère et les ascendants qui ont consenti au mariage. Il ne faut pas qu'après s'être joué des lois, ils puissent se jouer de la foi du mariage.

En second lieu cette nullité est *temporaire*. La nullité, fondée sur le défaut d'âge, est couverte *ergà omnes* lorsque les époux ont laissé passer six mois depuis leur puberté. On ne s'explique pas tout d'abord une semblable disposition, car, enfin, les époux n'étant plus impubères, l'intérêt n'est plus engagé. Cela est vrai quand on ne considère que certains aspects qui découlent du défaut de puberté ; mais quand on

réfléchit que la loi ne permet de demander la nullité que parce que les époux sont censés n'avoir pas consenti librement, on comprend que les empêchements matériels du défaut de puberté ont disparu, mais que le consentement n'a pas été probablement libre, et c'est pour cela que la loi laisse aux époux, après la puberté, un certain temps pour se reconnaître.

La nullité, fondée sur le défaut d'âge, est couverte encore lorsque la femme impubère a conçu avant l'échéance de six mois. Sa grossesse fait tomber la présomption légale de son impuberté. Mais si la femme était pubère et que son mari fut impubère, sa grossesse n'effacerait point, dans ce cas, la nullité du mariage. On a dû craindre de lui donner le moyen de couvrir, par un adultère, le mariage qu'elle a contracté en violation de la loi.

SECTION IV

Existence d'un premier mariage.

On ne peut contracter un second mariage, d'après l'art. 147 du code civil, avant la dissolution du premier. Cette dissolution ne peut avoir lieu, que par la mort naturelle de l'un des époux, et rien que par cette cause. De ce principe nous pouvons tirer les conséquences suivantes :

1° La cause de nullité du second mariage étant l'existence du premier, le second sera valable, si le premier est non pas dissout, mais annulé, car alors il n'y aura pas eu réellement de premier mariage¹.

(1) Art. 189 c. c.

2° Réciproquement, un premier mariage valable, forme toujours un empêchement dirimant à un autre mariage, s'il n'a pas été réellement dissout.

L'époux, au préjudice duquel a été contracté un second mariage, peut en demander la nullité du vivant même de l'époux engagé avec lui¹. Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement².

Cette nullité est encore absolue, toute personne peut la demander. D'abord l'époux dont le conjoint a contracté un second mariage, il a intérêt à demander cette nullité immédiatement, car son titre d'époux, toujours subsistant, est méconnu et compromis par le fait seul du mariage contracté à son préjudice.

Les ascendants peuvent encore demander la nullité du mariage alors même qu'ils ont donné le consentement au second mariage. La bigamie, l'inceste et la clandestinité troublent tellement l'ordre public que la loi a dû, afin d'atteindre plus sûrement son but, accorder même à ceux qui ont favorisé le scandale le droit d'en demander la cessation.

On n'est pas d'accord sur le point de savoir si ce droit appartient indistinctement à tous les ascendants ou seulement graduellement, c'est-à-dire, aux uns à défaut des autres. D'après certains jurisconsultes ce droit est général, il appartient sans distinction à tous les ascendants, aux plus éloignés comme aux plus

(1) Art. 188 c. c.

(2) Art. 189 c. c.

proches ; l'intérêt qui les guide, disent-ils, est un intérêt purement moral ; il s'agit, en effet, du maintien des bonnes mœurs et du bon ordre dans les familles ; or cet intérêt existe pour tout ascendant quelqu'il soit¹. Suivant l'opinion commune², au contraire, ce droit ne leur est accordé que graduellement, aux uns à défaut des autres, et dans l'ordre suivant lequel la loi les appelle à consentir à un mariage ou à y former opposition. L'action conférée aux ascendants a pour but de sauvegarder l'honneur de la famille, or ce droit ne peut pas appartenir indistinctement à tous les ascendants : il appartient de préférence aux ascendants les plus proches. Ce n'est qu'à leur défaut qu'il passe aux ascendants les plus éloignés.

Les collatéraux et les enfants nés d'un autre mariage pourront demander la nullité, mais seulement lorsqu'ils auront un intérêt né et actuel. En principe, ces personnes ne pourront pas agir du vivant des époux parce que, ordinairement, leur intérêt n'existe qu'à leur décès ; mais le contraire peut arriver, car la validité du mariage pouvant intéresser d'autres successions que celles des époux, il se peut que les collatéraux ou les enfants nés d'un précédent mariage aient un intérêt, né et actuel, à agir dès à présent. Dans ce cas ils pourront demander la nullité du mariage.

Enfin le ministère public est intéressé à agir dans la circonstance actuelle. Comme représentant la so-

(1) Aubry et Rau sur Zachariae. Marcadé sur l'art. 484.

(2) Toullier, I, 633. Duranton, II, 317. Demolombe, III, 303.

ciété, non-seulement il a le droit, mais encore il a le devoir de faire cesser, dès à présent, le trouble et le scandale qu'engendrent les mariages illégitimes. Il peut et ne doit agir que du vivant des époux, car en dissolvant le mariage la mort de l'un des conjoints fait cesser le scandale qu'il causait. La société dès-lors n'est plus intéressée.

SECTION V

Parenté ou alliance au degré prohibé.

Pour que le mariage soit valable, les époux ne doivent pas être parents ou alliés au degré prohibé⁽¹⁾.

Le mariage est défendu en ligne directe et en ligne collatérale à raison de la parenté ou de l'alliance.

La parenté, c'est le lien du sang existant entre deux personnes qui descendent l'une de l'autre, ou qui se rattachent à un auteur commun. Elle est légitime ou naturelle, selon que la filiation a été établie par un mariage ou non.

L'alliance est un lien purement civil ; elle résulte de ce qu'on a épousé une personne et qu'on est devenu l'allié de tous les parents de cette personne. La femme du fils est fille (*belle*) du père de famille. L'époux est allié avec tous les parents de son conjoint, et il est allié absolument comme s'il était parent. L'alliance ne s'établit jamais qu'entre un époux et les parents de l'autre, et nullement entre les parents des deux époux et à plus forte raison entre les alliés de

(1). Art. 161, 162, 163.

chaque époux. Deux femmes de frères ne sont pas belles-sœurs.

La ligne est une série de parenté ; elle est directe quand on envisage les parents comme descendants l'un de l'autre, collatérale quand on envisage les parents comme descendants d'un auteur commun. Le degré est synonyme de génération. Entre deux personnes il y a autant de degrés que de générations. Deux cousins germains sont au quatrième degré. On compte les générations en ligne collatérale en remontant à l'auteur commun et en descendant à l'autre ligne.

Après cet exposé général, voyons l'influence de la parenté pour le mariage. Nous parlerons d'abord de la parenté légitime, puis de la parenté naturelle.

Parenté légitime. — De tout temps on a défendu le mariage entre les parents en ligne directe, entre les personnes descendant l'une de l'autre. On a fait l'application de cette défense en ligne collatérale mais non pas d'une manière indéfinie comme dans la ligne directe. La loi, ici, a fait une réglementation que nous trouvons dans les art. 161, 162.

Ainsi, on ne peut pas épouser son frère ou sa sœur, d'abord pour des raisons physiologiques, pour ne pas perpétuer les vices héréditaires ; puis, au point de vue de la situation des enfants dans la famille, la perspective d'un mariage pourrait entraîner des désordres entre personnes appelées à vivre ensemble ; enfin, au point de vue de la société elle-même, car il

faut multiplier autant que possible les causes de rapprochement.

Le mariage est prohibé entre la tante et le neveu, l'oncle et la nièce, d'abord pour des raisons physiologiques, et puis parce que ces personnes sont *loco parentum*. L'art. 164 autorise cependant le chef de l'État à lever, pour des causes graves, les obstacles à ce mariage.

Le mariage est défendu aussi entre le beau-frère et la belle-sœur. La loi du 16 avril 1852 permet encore ici au chef de l'État de lever les obstacles pour les mêmes motifs. La loi ne parle pas d'autres empêchements ; d'où il suit que le mariage est permis entre cousins germains.

Parenté naturelle. — La parenté naturelle est un obstacle en ligne directe *in infinitum*. En ligne collatérale, le mariage n'est prohibé qu'entre frères et sœurs naturels ; donc pour tous les autres cas où la loi garde le silence, le mariage est permis.

La parenté naturelle doit être établie par tous les moyens légaux. On peut même aller jusqu'à dire qu'elle fait obstacle au mariage quoiqu'elle ne soit pas légalement démontrée. Car les art. 161 et 162 prohibent le mariage non pas seulement entre les parents légalement reconnus, mais ce qui est plus général entre les parents naturels.

L'alliance produit les mêmes causes d'annulation que la parenté. Donc le mariage est prohibé *in infinitum* en ligne ascendante et descendante et en ligne

collatérale. Le mariage est défendu entre beaux-frères et belles-sœurs, sauf dispenses ¹.

Reste la question de savoir si le mariage annulé produit ~~la parenté ou~~ l'alliance ?

Les auteurs ne sont pas d'accord sur cette question. MM. Duranton et Demolombe proposent de distinguer suivant le cas où le mariage produit des effets civils et le cas où il n'en produit pas ². J'aime mieux croire avec MM. Aubry et Rau que l'annulation d'un mariage ne détruit pas l'affinité naturelle qu'a produite le commerce des deux époux ; que cette affinité suffit pour créer un empêchement de mariage. La pensée de la loi n'a pas été de faire produire des effets civils contre les époux, mais bien à leur profit. Mieux vaut donc appliquer les art. 162, 163, 164, C. c.

La cour de Paris a jugé dans ce sens, lorsque dans un de ses arrêts ³ elle a déclaré que l'empêchement au mariage entre deux personnes, résultant de l'alliance même naturelle qui existe entre elles, n'est point détruit par la dissolution du mariage qui a produit cette alliance, même alors qu'il n'existe pas d'enfants de ce mariage. Spécialement, un veuf ne peut épouser la fille naturelle de son épouse défunte.

Nous trouvons encore ici une nullité absolue. Toutes les personnes citées dans la section précédente, pourront aussi, dans ce cas, demander la nullité du mariage pour cause de parenté au degré prohibé.

(1) Voir la loi du 16 avril 1832 citée plus haut.

(2) Art. 201, 202.

(3) Paris, 18 mars 1830. S. V. 50. 2. 593.

SECTION VI

Défaut de publicité et incompétence de l'officier de l'État civil.

Le défaut de publicité est subordonné à plusieurs conditions que nous aurons à établir sous la rubrique des empêchements prohibitifs. Ce que nous devons maintenant considérer, c'est la condition dont l'absence forme une cause de nullité du mariage célébré. La loi, sans se préoccuper des éléments complexes prescrits pour que le mariage soit public, demande si, en fait, le mariage a été célébré ou non publiquement. Le juge a sur ce point un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si un mariage a été célébré publiquement, ou bien s'il est clandestin ¹. Ce pouvoir discrétionnaire du juge ne va pas cependant jusqu'à lui permettre d'annuler le mariage pour l'inobservation d'une seule des conditions prescrites par la loi.

Il ne faut pas confondre le mariage clandestin avec le mariage secret. Le mariage secret est celui que les époux régulièrement unis ont caché aux tiers, à la société elle-même. Ce mariage produit tous les effets civils, sauf cependant pour les tiers le droit d'invoquer l'art. 1512 lorsqu'ils sont lésés dans leurs intérêts.

Incompétence de l'officier de l'État civil. — La compétence de l'officier de l'État civil se lie à la publicité du mariage. Si, en effet, la loi exige qu'il soit célébré devant l'officier de l'État civil de l'une des parties, c'est

(1) Art. 493.

surtout afin que les personnes qui ont un intérêt à les connaître en soient plus facilement instruites. On s'est demandé, si, relativement à l'incompétence de ce fonctionnaire, la loi laissait aussi aux juges un pouvoir discrétionnaire ?

Quelques jurisconsultes ont prétendu que le juge devait annuler le mariage quand l'officier de l'État civil était incompétent ; car, disent-ils, la compétence est un fait simple non susceptible de plus ou de moins, l'officier de l'État civil est ou n'est pas compétent. Or, si la compétence par sa nature ne comporte pas de degrés, les juges devront reconnaître la validité du mariage en constatant la compétence de l'officier de l'État civil, ou bien annuler le mariage dans le cas contraire ¹.

Cette manière de voir n'a pas prévalu et ne devait pas prévaloir en présence de l'art. 195 du Code civil. Cet article renvoie à l'art. 165 ; or, dans cet article il est question non-seulement de la publicité mais encore de la compétence de l'officier de l'État civil, et l'art. 195 n'édicte qu'une peine dans le cas où l'incompétence et où le défaut de publicité n'entraîne pas la nullité du mariage. Donc le juge a un pouvoir discrétionnaire.

Rationnellement cette solution se justifie ; il ne s'agit pas, en effet, du cas où le mariage a été célébré devant un autre qu'un officier de l'État civil, car alors

(1) Durant, n° 339 et suiv. Duc. Bon. et Roust. sur l'art. 193.

le mariage serait inexistant, mais il s'agit du cas où le mariage a été célébré devant un officier incompetent territorialement. Or, la compétence territoriale n'est requise que pour éviter certaines fraudes contre la loi.

L'officier de l'État civil connaissant les deux époux la plus part du temps, le juge doit donc prendre en considération l'incompétence comme un des éléments du défaut de publicité.

Nous sommes en présence ici d'une action en annulation qui a un caractère général ¹. Cette nullité, en principe, ne peut pas se couvrir soit par l'effet d'une confirmation quelconque, soit par le laps de temps. Mais si la nullité elle-même ne peut pas se couvrir, je crois que la demande en nullité intentée par l'un des époux pourrait être écartée par une fin de non-recevoir basée sur l'art. 196 ainsi conçu :
« Lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de
» célébration du mariage devant l'officier de l'État
» civil est représenté, les époux sont respectivement
» non recevables à demander la nullité de cet acte. »
La possession d'état est un ensemble de circonstances extérieures qui ont fait que les époux sont considérés comme mariés. La pensée essentielle de cet article 196, c'est d'élever la fin de non-recevoir résultant de la possession d'état contre les nullités de l'acte de célébration, c'est-à-dire la solennité de la célébration du mariage. Or, les conditions de la publicité font partie de cette célébration, donc l'action

(1) Art. 191.

en nullité fondée sur le défaut de publicité est couverte par la possession d'état qui est devenue la publicité du mariage.

L'art. 196 s'applique encore à l'incompétence de l'officier de l'État civil, car cette incompétence est elle-même un des vices de l'acte de célébration. En effet, la compétence de l'officier de l'État civil est exigée soit pour rendre le mariage public, comme nous le disions en commençant, soit pour garantir le consentement des époux, or la possession d'état qui a suivi la célébration a fait tout cela : elle a rendu le mariage public et a constaté le consentement libre des époux. Donc, l'article 196 doit s'appliquer encore à l'incompétence de l'officier de l'État civil.

Résumé. — Nous avons divisé le mariage en conditions d'existence et de viabilité, donnant naissance aux actions en nullité et constatant des empêchements dirimants. De ces empêchements dirimants, les uns, fondés sur un motif d'intérêt public, confèrent l'action à un grand nombre de personnes, d'autres, fondés sur l'intérêt privé, ne confèrent l'action qu'à certaines personnes déterminées. Nous avons vu que dans cette catégorie il faut ranger : 1° Les vices du consentement ; 2° La nullité ou l'absence du consentement des parents ; ces nullités sont dites relatives. Les nullités absolues résultent : 1 Du défaut de publicité ; 2° De la bigamie ; 3° De la parenté et de l'alliance ; 4° Enfin du défaut de publicité et de compétence. Ces vices donnent naissance à une action au profit des personnes désignées dans l'art. 191.

Les expressions nullités relatives et absolues ne sont pas, je crois, très-exactes, et ne doivent pas être amplifiées; en effet, l'absolu ne comportant aucune délimitation ne peut s'appliquer qu'aux mariages inexistant. Cette classification pouvant induire en erreur, il faut l'abandonner, et à la dénomination « *nullités absolues* » il faut substituer celles de « *nullités générales* » de nullités donnant ouverture à une action générale qui peut être intentée par les personnes désignées dans l'art. 191 du Code civil.

Pour prouver le bien fondé de cette correction, reprenons quelques-unes des diverses causes qui donnent naissance à une action générale : 1° Le vice d'impuberté engendre une action générale et non absolue, puisque, dans les articles qui suivent le défaut de puberté, nous trouvons immédiatement l'indication de diverses circonstances qui anéantissent l'action en nullité. Ce n'est donc pas une nullité absolue.

Pour soutenir cette classification on objecte que la nullité comporte certaines exceptions, mais pourquoi alors se servir d'une expression qui, au premier abord, écarte toute exception, alors que l'on n'est pas lié par un texte de loi. De même, le défaut de publicité ou de compétence de l'officier de l'État civil, donne naissance à une action générale mais non absolue, puisque l'art. 196 nous indique une fin de non-recevoir. Il n'est donc pas nécessaire d'employer le mot *absolue*, il suffit de dire *nullité générale*.

SECTION VII

Des conséquences du mariage annulé. —

Du mariage putatif.

Si une des causes de nullité que nous venons de parcourir a été proposée ; si cette nullité n'a été couverte par aucune fin de non-recevoir ; si aucune prescription n'a couru, le mariage sera annulé, et, comme conséquence de cette annulation, tous ses effets juridiques seront rétroactivement détruits. Mais il y a des choses que la rétroactivité ne peut pas effacer, par exemple, toutes les conséquences qui découlent nécessairement du fait de l'union entre les époux. Si, par exemple, à la suite du mariage il y a eu ménage, il faudra procéder à la liquidation d'après le principe ordinaire de la société de biens.

Le mariage annulé crée l'affinité naturelle ; ainsi, le mariage est prohibé entre l'un des époux et les ascendants de l'autre.

Les enfants issus d'un mariage annulé ont, pour prouver leur filiation naturelle à l'égard de chacun des époux, des moyens différents de ceux qu'ont les enfants naturels ordinaires. Ainsi, les enfants naturels ne peuvent prouver leur filiation que par un acte de célébration. Ici, au contraire, ils pourront prouver leur filiation naturelle par tous les moyens qui leur auraient servi à prouver leur filiation légitime. Ce principe est vrai même dans le cas où il s'agirait d'établir une filiation adultérine ou incestueuse, c'est-à-dire, dans le cas où le mariage contracté aurait été annulé

pour cause de bigamie ou d'inceste, car les art. 762-764 supposent que la filiation d'un enfant incestueux ou adultérin peut être légalement prouvée; or, comme il est impossible de reconnaître volontairement ces enfants, il faut bien qu'il y ait des cas, pourtant, dans lesquels la preuve en sera établie, et l'un de ces cas est précisément celui où le mariage est annulé pour cause de bigamie ou d'inceste.

Nous connaissons le principe : Le mariage une fois annulé, tous les effets civils de ce mariage sont détruits rétroactivement. Les art. 201, 202 du Code civil apportent une exception à ce principe. Cette exception se produit dans le cas de mariage putatif.

On entend par mariage putatif un mariage qui n'est complet, valable, que dans l'opinion des deux époux ou de l'un d'eux. Cette opinion, conçue de bonne foi par l'un des époux ou bien par tous les deux, est de nature à produire, en leur faveur, de bons résultats. Le mariage est considéré comme valable soit au profit de l'époux de bonne foi, soit en faveur des enfants nés de ce mariage.

D'après la majorité des auteurs, la bonne foi ne couvre que les vices qui donnent ouverture à l'action en nullité. Les art. 201 et 202 ne s'appliquent qu'autant que le mariage existait. La bonne foi ne peut couvrir les vices d'inexistence, elle ne peut produire aucun effet quand le mariage n'avait pu se former faute d'un des éléments essentiels à son existence, comme, par exemple, un mariage contracté devant une personne autre que l'officier de l'État civil. Mais les dispositions des art. 201 et 202 s'appliquent à

tous les mariages simplement annulables, peu importe que la cause de nullité réside dans un empêchement de fond ou dans l'inobservation de l'une ou de l'autre des formalités prescrites pour la validité de la célébration. Beaucoup d'auteurs enseignent qu'on ne doit appliquer les dispositions des art. 201 et 202 qu'aux mariages célébrés avec les formalités requises par la loi ¹. Cette proposition est trop absolue. Il est bien évident que les dispositions des art. 201 et 202 ne peuvent s'appliquer à une union qui n'aurait pas été célébrée avec les solennités essentielles à l'existence d'un mariage ; mais, si le mariage existe, l'omission des formes simplement requises pour sa validité ne s'oppose pas, nécessairement et par elle-même, à l'application des art. 201 et 202, puisque ces articles, conçus en termes généraux, s'étendent, sans distinction, à tous les cas où le mariage a été annulé soit pour vice de fond, soit pour vice de formes ².

Pour qu'un mariage soit considéré comme putatif, il faut que les deux époux, ou l'un des deux, aient ignoré, lors de la célébration, les vices qui l'ont fait annuler. Quelques auteurs exigent que cette ignorance soit excusable ³. Je ne crois pas qu'il faille admettre ici cette restriction, parce que les art. 201 et 202 sont conçus en termes généraux ; parce que cette

(1) Toullier, I, 654, 655 et 657. Proudhon, II, p. 3 et 4. Duranton, II, 348 à 350.

(2) Demolombe, III, n° 354.

(3) Delvincourt, I, p. 444 ; Toullier, I, 654 à 659 ; Duranton, II, 348 à 351.

ignorance provenant, soit d'une erreur de fait, soit même d'une erreur de droit, est digne d'excuse, que d'ailleurs elle suffit par elle-même pour faire produire au mariage les effets civils 1.

J'établis, cependant, une différence relativement à la preuve de la bonne foi entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Pour l'erreur de fait, ce sera au demandeur en nullité à prouver la mauvaise foi des époux ; tandis que pour l'erreur de droit, ce sera aux époux, eux-mêmes, à prouver leur bonne foi, car cette erreur de droit, quoique excusable, l'est cependant beaucoup moins que l'erreur de fait. Nul n'est censé ignorer la loi ; et la preuve contraire, mise directement à la charge de la partie adverse, serait toujours très-difficile si elle n'était pas impossible.

Donc, bien que, en principe, nous reconnaissons excusables l'erreur de fait comme l'erreur de droit, il faut dire que dans le premier cas il y a présomption de bonne foi ; dans le second cas, au contraire, présomption de mauvaise foi. Ces présomptions d'ailleurs de bonne et de mauvaise foi, seront abandonnées au pouvoir discrétionnaire du juge.

Le mariage putatif produit toujours, en faveur des enfants, tous les effets d'un mariage valable, soit que la bonne foi ait existé chez les deux époux, ou bien chez l'un d'eux seulement. Les enfants, issus d'un tel mariage, succèdent comme enfants légitimes mé-

(1) Demolombe, III, 338. — Metz, 7 février 1854. V. S. 54, 2, 659.

me à l'époux de mauvaise foi et à ses parents 1. Les enfants conçus après la cessation de la bonne foi auront aussi ces mêmes avantages, pourvu, cependant, que leur conception soit antérieure à l'annulation du mariage. Il en est ainsi, alors même que le mariage a été annulé pour cause de bigamie ou d'inceste 2. Cette dernière opinion, cependant, est controversée. Quelques auteurs 3 distinguent entre les différentes causes de nullité ; ainsi, pour la cas de bigamie ou d'inceste, ils veulent que les époux se séparent dès qu'ils connaissent leur position, et ils décident que les enfants conçus depuis ce moment ne seront plus légitimes. Mais cette restriction est purement arbitraire. Elle est repoussée par le texte formel de l'art. 202, disant : « que le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, les effets civils lorsqu'il a été contracté de « bonne foi, » donc, il suffit de la bonne foi au moment de la célébration du mariage pour que les effets civils soient assurés à ce mariage jusqu'à ce qu'un jugement l'ait déclaré nul.

Le mariage putatif, aussi, légitime les enfants nés antérieurement à ce mariage, pourvu que le commerce dont ils sont issus n'ait été entaché ni d'adultère, ni d'inceste, parce que le mariage même valable ne peut légitimer des enfants adultérins ou incestueux 4. Ces enfants allégueraient en vain que leurs parents

(1) Toullier I, 664 et 666. Proudhon, II, p. 5.

(2) Duranton, II, 364 et 365. Demolombe, III, 362.

(3) Contra Delvincourt, I, p. 445. Toullier, I, 636.

(4) Art. 334, cod. civ.

ignoraient le vice d'adultère ou d'inceste dont se trouvait infecté le commerce qui leur a donné naissance¹.

Lorsque la bonne foi existe entre les époux, le mariage putatif engendre encore, vis-à-vis d'eux, tous les effets qu'aurait produit un mariage valablement formé. Ainsi, les conventions matrimoniales des deux conjoints reçoivent leur pleine et entière exécution. Ils peuvent aussi retenir les avantages que des tiers leur auraient fait en vue du mariage, parce que la généralité des termes des art. 201 et 202 n'admet aucune distinction ; mais ils perdent le droit de successibilité réciproque que l'art. 767 confère à des époux survivant, car, ce droit de successibilité, étant attaché à la qualité d'époux, cesse avec elle. Cela résulte de l'art. 767, lui-même, qui déclare l'époux divorcé incapable de succéder. Or l'annulation du mariage putatif enlève, comme le divorce, le titre d'époux avec tous les avantages qui en résultent².

Le mariage putatif ne produit ses effets, nous l'avons vu, que vis-à-vis des époux qui sont de bonne foi ; si donc il y en a un des deux qui soit de mauvaise foi il ne pourra pas profiter des avantages de ce mariage.

La puissance paternelle ou maternelle, tant sur les biens que sur la personne des enfants, appartient exclusivement à l'époux de bonne foi. L'époux de mauvaise foi ne succèdera pas à ses enfants quoique ceux-ci puissent lui succéder. Mais, cette prohibition s'ar-

(1) Delvincourt, Duranton, II, 354, 355. Demolombe, III, 365.

(2) Duranton, II, 369. Demolombe, III, 370.

rête à l'époux de mauvaise foi, elle ne s'étend pas aux parents qui succéderont aux enfants.

L'époux de bonne foi peut, seul, demander que l'on fasse la liquidation de ses droits, soit d'après les dispositions du contrat de mariage, s'il y en a un, soit d'après les principes ordinaires de la société. L'époux de bonne foi a cet avantage de pouvoir choisir, parce que, seul, il peut réclamer les effets civils du mariage. Mais s'il veut faire la liquidation d'après les dispositions du contrat de mariage ou de la communauté légale, il ne pourra y apporter aucune modification.

La femme de mauvaise foi perd l'hypothèque légale sur les biens de son mari. Mais a-t-elle le droit de renoncer à la communauté ou à la société à laquelle le mariage a donné lieu ? On pourrait le lui refuser car ce droit n'est en définitive qu'un des effets civils du mariage. Cependant, MM. Aubry et Rau le lui accordent comme une conséquence des pouvoirs exclusifs que le mari aura, de fait, exercé en sa qualité de chef de la communauté.

L'époux de bonne foi conservera les avantages que l'époux de mauvaise foi lui aura fait ; mais il n'en sera pas ainsi de celui qui est de mauvaise foi, quand même ces avantages auraient été stipulés réciproques. La donation faite par un tiers, par contrat de mariage, à l'un des époux de mauvaise foi, sera-t-elle maintenue ? Oui, car cette donation est acquise au mariage et elle est toute en faveur des enfants.

Mais la donation faite par l'époux de mauvaise foi à un tiers, avant son mariage, sera-t-elle révoquée

par la survenance d'un enfant? Je ne le pense pas, car la révocation est un droit accordé au donateur, et le donateur ne peut pas acquérir ce droit en contractant sciemment l'union illégitime dont l'enfant est né.

L'époux de mauvaise foi ne pourra réclamer la liquidation de la société, ayant existé avec son conjoint, que comme une société de biens.

Cette liquidation présentera des difficultés quand on se trouvera en présence de deux sociétés. Dans le cas, par exemple, où le mari contracte un second mariage, quand le premier n'est pas dissout. Il faudra, alors, régler les droits de deux femmes que nous supposons de bonne foi. Pour établir les droits de la première, on agira comme si la deuxième n'existait pas; on considèrera le deuxième mariage comme n'ayant été entre le mari et sa deuxième femme, qu'une simple société de fait ordinaire. Par conséquent, la première femme pourra réclamer la moitié de la communauté, telle qu'elle existera au jour de la séparation; elle subira cependant la déduction des apports de la deuxième femme et une part des acquets proportionnelle à ses apports.

Quant à la seconde femme, elle prendra la moitié de la communauté telle qu'elle existera au jour de la séparation réelle de son mariage, sous la déduction des droits de la première femme, que l'on liquidera fictivement au jour de la célébration du deuxième mariage, et à qui on accordera un droit proportionnel sur les acquets.

CHAPITRE III

CONDITIONS EXIGÉES POUR QUE LE MARIAGE PUISSE ÊTRE CÉLÉBRÉ, OU EMPÊCHEMENTS PROHIBITIFS

Les empêchements prohibitifs n'ont d'autre effet que de mettre obstacle à la célébration du mariage ; leur existence ne peut en entraîner la nullité lorsque l'officier de l'État civil a passé outre. Dans une première section, nous allons nous occuper des empêchements entièrement prohibitifs qui sont admis sans contestation. Ce sont : 1° La nécessité, pour les enfants majeurs, de demander le conseil de leurs ascendants ; 2° Pour les militaires, le consentement des supérieurs ; 3° Les dix mois de viduité ; 4° L'existence d'un mariage annulable ; 5° Le cas prévu par l'art. 348, prohibition du mariage entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, etc. ; 6° Impossibilité, pour l'époux adultère, de se marier avec un complice ; 7° Levée de l'opposition formée ; 8° Publications précédant le mariage. Dans une seconde section nous examinerons les cas controversés. Dans une troisième, enfin, nous verrons la sanction des empêchements prohibitifs.

SECTION I

Empêchements prohibitifs admis sans contestation.

1^{er} EMPÊCHEMENT.

Nécessité pour les enfants majeurs de demander le conseil de leurs ascendants pour leur mariage.

Tant que l'enfant n'est pas majeur, nous avons vu

que pour se marier il avait besoin du consentement de ses parents et autres ascendants ; mais, après la majorité, il doit encore demander leur conseil. La loi dans l'art. 151 n'a fait que développer et appliquer le principe qu'elle a posé dans l'art. 571 du code civil. Cet art. 151 reproduit, en ce qui concerne l'ordre hiérarchique, les dispositions de l'art. 148 relatives au consentement. On doit requérir le conseil des personnes auxquelles, si on était mineur, on aurait besoin de recourir pour le consentement.

Si les parents refusent, on leur fait alors des actes respectueux dont le nombre varie suivant l'âge de l'enfant qui veut se marier. Le code civil distingue deux périodes : la première commence depuis la majorité jusqu'à 25 ans pour les filles, et 50 ans pour les garçons. Trois actes respectueux sont nécessaires ; ils doivent être faits de mois en mois, et le mariage ne peut être célébré qu'un mois après le troisième.

La deuxième période a lieu à partir de 50 ans pour les garçons et 25 ans pour les filles ; un seul acte respectueux suffit. Le texte de l'art. 155 contient, relativement aux filles, une lacune que la pratique a comblé dans le sens ci-dessus.

Il n'y a plus, à partir de 25 ou de 50 ans, de limite fixée pour l'acte respectueux, seulement on ne pourra procéder à la célébration du mariage qu'un mois après la notification de cet acte.

L'acte respectueux sera, selon l'art. 154, notifié par deux notaires, ou un notaire et deux témoins. Il est fait dans le procès-verbal mention de la réponse de l'ascendant. Cette demande doit être faite en ter-

mes formels et respectueux. Les notaires et les témoins doivent tacher de voir les ascendants, car le procès-verbal doit constater leur réponse. Si ceux-ci refusent de se montrer, on a décidé que l'on passerait outre, en laissant copie et en mentionnant dans le procès-verbal le refus des ascendants de se représenter. L'ascendant, en effet, qui ne peut pas empêcher formellement le mariage, n'atteindra pas ce but, en ne voulant pas voir le notaire. Si l'ascendant, auquel on devait s'adresser, est absent, il sera passé outre à la célébration du mariage, à la condition de représenter le jugement qui déclare l'absence, ou, à défaut de ce jugement, de représenter celui qui aurait ordonné l'enquête; s'il n'y a point encore eu de jugement, un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre témoins, appelés d'office par ce juge de paix ¹.

Si on n'a pas consulté les personnes auxquelles on était obligé de s'adresser, celles-ci ont le droit de former opposition au mariage; elles en ont encore le droit, dans le cas où l'acte respectueux est nul par suite de l'absence de l'une des conditions de forme essentielle.

Ces personnes, enfin, pourront former opposition, en troisième lieu, si l'enfant se marie avant l'expiration du mois, depuis le troisième acte respectueux. Mais si le mariage a eu lieu en l'absence d'opposition, ou au mépris de l'opposition formée, il est parfaite-

(1) Art. 155, c. c.

ment valable, seulement l'officier de l'État civil peut être condamné à une amende et à un emprisonnement. Quant aux enfants naturels, ils n'ont qu'à demander le conseil du père ou de la mère qui les ont reconnus, sans qu'ils aient besoin de s'adresser aux autres ascendants.

2^e EMPÊCHEMENT.

Nécessité pour les militaires de demander le consentement à leurs supérieurs.

Les militaires de tout grade et de toute arme, et les personnes assimilées aux militaires, doivent obtenir, pour se marier, l'autorisation de leurs chefs hiérarchiques ¹.

3^e EMPÊCHEMENT.

Dix mois de viduité.

Il est défendu à la femme qui vient de perdre son mari de se remarier avant dix mois ; d'abord pour une raison de convenance ; puis pour éviter une confusion de part ; l'incertitude sur la paternité. Mais le mariage célébré ne peut être annulé pour cela, il peut seulement donner lieu à des difficultés sur la filiation.

4^e EMPÊCHEMENT

Existence d'un mariage.

Tant qu'un mariage existera, l'officier de l'État civil

(1) Décret du 6 juin, 3 août et 28 août 1808.

ne pourra pas procéder à la célébration d'un second ; il devra surseoir jusqu'à l'annulation ou jusqu'à l'extrait du décès de l'autre conjoint.

5^e EMPÊCHEMENT.

Prohibition du mariage entre l'adoptant, l'adopté et ses ascendants.

L'art. 548 du code civil prohibe le mariage entre ceux qui n'ont pas une descendance légitime, entre les frères et sœurs adoptifs et les enfants légitimes qui peuvent survenir à l'adoptant. Tous ces empêchements sont purement prohibitifs, leur violation ne donne pas lieu à une action en nullité de mariage puisque les nullités ne peuvent pas se suppléer.

6^e EMPÊCHEMENT.

Prohibition du mariage entre l'époux divorcé, pour cause d'adultère, et son complice.

L'époux adultère ne peut, après le divorce, se marier avec son complice ¹. Cette disposition n'est pas applicable au cas de séparation de corps, parce que la *ratio legis* n'existe pas.

La loi, en cas de divorce, devait prohiber le mariage afin de ne pas susciter des querelles entre le conjoint, victime de l'adultère, et le complice de l'adultère. Tandis qu'en matière de séparation de corps, le mariage ne sera possible qu'après le décès. D'ailleurs

(1) Art. 298, c. c.

les dispositions pénales doivent être interprétées strictement.

7^e EMPÊCHEMENT.

Opposition au mariage.

L'officier de l'État civil doit surseoir à la célébration du mariage jusqu'à la main-levée de ces oppositions, car il n'en est pas le juge.

8^e EMPÊCHEMENT.

Publications précédant le mariage.

L'officier de l'État civil doit surseoir, tant qu'on n'a pas fait les publications exigées par la loi ; mais le mariage, nonobstant, célébré, ne peut pas être annulé, il donnera lieu à l'application d'une peine.

SECTION II

Cas d'empêchements controversés.

Les principaux cas d'empêchements controversés que nous allons examiner, sont : 1^o De l'interdiction judiciaire ; 2^o De l'interdiction légale ; 3^o De l'engagement dans les ordres sacrés ; 4^o Le cas de parenté existant entre un grand oncle et une petite nièce ; différence de couleur ; 5^o Enfin, l'impuissance.

§ 1. De l'interdiction judiciaire.

Nous avons vu que l'interdiction judiciaire n'est

pas un empêchement dirimant, puisqu'au titre du mariage nous ne trouvons aucun texte qui frappe d'annulation le mariage de l'interdit. Les art. 502 et 505, sont inapplicables au mariage, car la loi a réglé le titre par des dispositions qui lui sont spéciales, et il ne faut pas en invoquer d'autres.

Mais, puisque l'interdiction n'est pas un empêchement dirimant, sera-t-elle, du moins, un empêchement prohibitif? Non, pas davantage, car le tribunal a à apprécier si, celui qui veut se marier, est apte au moment de la célébration, s'il est dans un intervalle lucide; mais il ne doit tenir aucun compte de l'interdiction prononcée.

On peut, cependant, former opposition à ce mariage, et l'officier de l'État civil doit en tenir compte jusqu'au moment où on lui en rapportera la main-levée. Mais s'il n'y pas d'opposition, l'officier de l'État civil doit marier l'interdit.

§ 2. De l'interdiction légale.

Quelques auteurs soutiennent que, si l'interdiction légale n'est pas un empêchement dirimant, elle est, au moins, un empêchement prohibitif. Cette opinion se fonde sur l'art. 29 du code pénal. Cette décision ne nous paraît pas exacte. Nous sommes en présence d'une personne qui subit sa peine et à qui on nomme un tuteur pour administrer ses biens. On ne peut pas étendre la disposition, relative aux biens, aux actes qui n'admettent pas la représentation pour un tuteur, par exemple, au mariage, aux testaments, à la recon-

naissance d'un enfant naturel. La *ratio legis* en édictant l'interdiction légale ne se retrouve plus quand il s'agit de ces actes ¹. Ainsi, l'interdiction légale n'est, pas plus que l'interdiction judiciaire, un empêchement prohibitif.

§ 3. Engagement dans les ordres sacrés.

Dans l'ancien droit, l'engagement dans les ordres sacrés était un empêchement dirimant. Quelques jurisconsultes ont essayé de soutenir que cet empêchement existait encore de nos jours. Une pareille opinion, ce nous semble, ne peut guère se soutenir en présence de la règle, qu'en matière de mariage, il n'y a pas des nullités virtuelles, mais seulement des nullités textuelles. Le tort que l'on a, lorsqu'on agite cette question, c'est de mêler le point de vue religieux et le point de vue civil. Eh bien ! la question religieuse mise de côté, je dis que le prêtre catholique peut civilement se marier, parce que la loi ne le lui défend pas ². Pour soutenir le contraire, on se base sur ce que la loi de germanial, an X, met au nombre des cas d'abus l'infraction des règles consacrées par les canons, reçus en France. Mais alors, si cet argument est fondé, on peut faire sortir de là l'ancien régime tout entier. Les canons de l'église défendaient le mariage jusqu'au huitième degré, ils voulaient que le

(1) Humbert sur la loi de 1834, Valette sur Proudhon.

(2) Ar. cassat. 9 janvier 1821, Sir. 21, 4, 457 ; Douai, 12 juillet 1838, 4, 39, 2, 256. — Req. Rej. 12 novemb. 1839, Sir. 39, 4, 826.

mariage fut célébré par un prêtre catholique, etc., etc. Si donc les canons sont en vigueur pour un point, je ne vois pas pourquoi ils ne le seraient pas pour tous les autres.

On ne peut pas dire, civilement parlant, que la loi du 18 germinal, an X, a relevé les canons de l'église, reçus en France autrefois. Elle a pu les relever comme règle de discipline, mais jamais comme lois civiles. L'église catholique peut avoir une législation particulière, elle peut défendre au prêtre catholique de se marier comme elle le défend au cousin et à la cousine ; mais, de même que civilement et malgré la prohibition de l'église le cousin et la cousine peuvent se marier, de même le prêtre catholique, malgré son caractère, qui est tout-à-fait en dehors de notre thèse, peut contracter mariage.

Mais, dit-on, le prêtre a fait une convention avec l'évêque, or, cette convention est légale puisque l'État lui-même intervient dans la nomination du prêtre, donc, on peut appliquer ici l'art. 1154, et dire que cette convention est civilement et juridiquement obligatoire. Mais, comme le dit très-bien M. Demolombe, si l'on admet l'application de l'art. 1154, il faudra admettre aussi celle de l'art. 1142 et dire que si le prêtre quitte le sanctuaire l'évêque aura une action en dommages-intérêts devant les tribunaux. Il est clair que l'on ne peut pas accepter une semblable conséquence. Et, en effet, ce n'est pas vis-à-vis de l'État que le prêtre s'est engagé, c'est seulement vis-à-vis de ses supérieurs. La nation ne s'oppose pas à l'ordination du prêtre, mais elle ne transforme pas cet engage-

ment en obligation civile. Les adversaires ont le tort, je le repète, de mêler le point de vue civil et le point de vue religieux. Ce dernier doit être complètement écarté lorsque l'on agite une question de droit. La loi civile n'a pas fait des règles spéciales pour les catholiques, les protestants ou les israélites. Non, la loi civile ne voit en nous que des français, abstraction faite de toute espèce de religion. Ce n'est pas que j'approuve le moins du monde un mariage contracté en de telles conditions ; bien loin de là, car, si je me place en face de la morale, je suis le premier à blâmer la conduite du prêtre qui méconnaît ses devoirs, qui met de côté ses promesses et ses engagements. Je ne disconviens même pas, que le mariage du prêtre emmènerait de graves inconvénients ; mais toutes ces considérations, pour si respectables qu'elles soient, viennent se heurter contre les textes de la loi qui ne font aucune exception, quant au mariage, pour le prêtre catholique ⁴.

§ 4. Parenté existant entre un grand-oncle et une petite nièce ;
différence de couleurs.

Le mariage est-il possible entre un grand-oncle et une petite nièce ? L'affirmative est certaine, en présence de l'absence des textes. On objecte un avis du

(4) Contrà Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir. 9, 2, 389. — Paris, 27 décembre 1828, Sir. 29, 2, 33, — Limoges, 17 janvier 1846, Sir. 46, 2, 97. — Req. Rej. 23 février, 1847, Sir. 47, 1, 178. Tous ces arrêts admettent que le mariage du prêtre catholique est un empêchement prohibitif.

conseil d'État introduit par l'Empereur ; mais cet avis n'est pas même signé par l'Empereur ; il est tout-à-fait contraire à celui qui a été donné par le conseil d'État dont l'opinion était favorable au mariage.

Différence de couleur. La différence de couleur était un empêchement prohibitif au mariage ; il était défendu aux blancs d'épouser des personnes de sang mêlé. Cet empêchement fut aboli, implicitement pour la France, par les lois des 28 septembre, 16 octobre 1791 et 30 ventôse, an XII. Une ordonnance du 24 février 1831 et une loi du 24 avril 1835, levèrent cette défense même pour les colonies.

§ 5, Impuissance.

Nous allons examiner d'abord si l'impuissance est un obstacle à la célébration du mariage, et, en second lieu, si, le mariage une fois célébré, elle est une cause de nullité.

En d'autres termes, l'impuissance est-elle un empêchement prohibitif ou bien un empêchement dirimant ?

L'impuissance ne met pas obstacle à la célébration du mariage. La chose d'abord n'est pas contestable, lorsque l'impuissance ne se révèle par aucun vice d'organisation extérieur, lorsque ce vice ne provient que d'une nature débile. Cette impuissance que l'on appelle naturelle ¹ n'est ni assez complète ni assez certaine pour que l'on puisse suffisamment la constater. La décision doit être la même si l'impuissance

(1) Art. 313.

résulte d'un vice extérieur de conformation, et même dans le cas où l'un des époux aurait notoirement subi une amputation qui le rendrait incapable de tout commerce charnel, parce qu'on ne peut ajouter aucune condition à celles que la loi exige. Le code civil veut que le mariage ait lieu entre un homme et une femme. Si donc la différence de sexe est certaine, on ne peut pas s'opposer au mariage même en fournissant la preuve de son impuissance.

D'ailleurs si la procréation des enfants est la fin principale, elle n'est pas l'unique fin du mariage. Pothier, lui-même, a dit : « Le commerce charnel n'est pas de l'essence du mariage. » Donc, nous pouvons dire que la faculté d'engendrer n'est pas requise par la loi. Donc, l'impuissance, quels qu'en soient la cause et le caractère, n'est pas un empêchement prohibitif à la célébration du mariage, dès que les futurs époux consentent à se marier². Mais, si l'un des époux a été trompé, pourra-t-il ensuite demander la nullité de son mariage ?

Oui, car le consentement est entaché d'une erreur dans la personne. L'impuissance, en effet, est une qualité substantielle, absolue, certaine, dont on ne s'enquiert pas, parce qu'on la suppose toujours exister. L'époux qui aura été trompé pourra donc invoquer l'art. 180 et demander la nullité du mariage ; mais il faut pour cela que l'impuissance soit extérieure et

(2) Despersses, t. I. Du mariage. t. 1, p. 275. Vazeille, t. I, n° 90.

manifeste; l'impuissance naturelle, résultant de la frigidité ou de la faiblesse, ne suffirait pas.

SECTION III

Sanction des empêchements prohibitifs.

Afin de donner quelque valeur aux empêchements prohibitifs, la loi a conféré à plusieurs personnes le droit de former opposition au mariage, c'est-à-dire, le droit de défendre à l'officier de l'État civil de procéder à la célébration du mariage. Pour traiter cette matière, nous allons nous occuper d'abord du point de savoir : 1° A qui appartient le droit de faire opposition ; 2° Les formes ; 3° Les effets légaux de cette opposition ; 4° Enfin les demandes en main-levée de l'opposition.

§ 1^{er}. A qui appartient le droit de faire opposition ?

Voyons : 1° Quelles personnes peuvent former opposition ; 2° Pour quelles causes.

Le code civil présente un système de réaction contre la généralité de l'ancien droit en cette matière. Nous trouvons, d'abord, l'art. 172, disant : Le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes. Le droit de cette personne n'a certainement pas besoin d'être justifié, car l'intérêt est de toute évidence, ce droit ne lui appartient, bien entendu, qu'à la condition d'établir l'existence du premier mariage.

On ne pourrait s'arrêter à une opposition fondée

sur une promesse de mariage. Cette promesse, d'après certains jurisconsultes, prouve une obligation naturelle susceptible de se transformer en dommages-intérêts et de donner lieu à l'application des art. 1142 et suivants. D'après d'autres, la promesse ne s'applique pas aux art. 1142 et suivants mais à l'art. 1582.

Les art. 1142 et suivants décident comment doit s'exécuter, par équivalent, la promesse de faire ou de ne pas faire. Si le fait est susceptible d'être accompli par toute espèce de personnes, on pourra obtenir l'accomplissement de ce fait en préposant une autre personne à la place de celle qui refuse. Mais si le fait promis ne peut être exécuté que par le promettant, on ne pourra pas le forcer à l'exécuter s'il s'y refuse. *Nemo præcisè cogi potest ad factum*. L'équivalent, dans ce cas, ne peut consister qu'en dommages-intérêts dont la quantité est fixée par les art. 1142 et suivants, s'il n'y a pas eu de clauses pénales ajoutées au contrat.

Si, au contraire, les parties ne sont pas liées, le préjudice causé par une personne à une autre donne lieu à l'application des art. 1582 et 1583. L'application des art. 1142 et suivants, d'une part, de l'art. 1582, d'autre part, est différente, les uns supposent un lien contractuel, l'autre l'absence de ce lien. Dans le premier cas, on ne regarde que les dommages-intérêts prévus au moment du contrat ; dans le deuxième les dommages-intérêts sont dûs d'après le préjudice causé.

Ces principes posés, on aperçoit l'intérêt de la controverse qui existe entre les auteurs. La promesse

est-elle obligatoire? on appliquera les art. 1142 et suivants; si elle n'est pas obligatoire ce sera l'art. 1582. C'est ce dernier point de vue qui doit prévaloir. En matière de mariage, la volonté doit rester indépendante jusqu'au dernier moment, jusqu'au moment de son abdication devant l'officier de l'État civil. Malgré la promesse faite, les parties restent libres de faire ce que bon leur semble. Seulement, si le refus, après la demande, est considéré comme un préjudice, on pourra exiger des dommages-intérêts ainsi que le détermine la jurisprudence¹. On peut encore demander des dommages-intérêts pour le préjudice fait à la personne et à sa considération, lorsqu'on n'exécute pas les promesses du mariage.

Les pères et mères peuvent encore former opposition², à défaut du père, la mère, à son défaut, les parents et aïeuls. Ce droit n'est pas accordé en même temps à tous les ascendants, car l'art. 175 établit une gradation en remontant. C'est conforme au principe hiérarchique, fondé sur l'ordre successif. Les ascendants ont une situation privilégiée, ils n'ont pas besoin de motiver leur opposition, de telle sorte qu'ils peuvent la former en l'absence de toute espèce d'empêchements. Elle aura toujours pour effet de retarder le mariage sans qu'un mal fondé donne lieu à des dommages-intérêts.

(1) Amiens, 30 mai 1812. Sir. 44, 2, 49. Req. rej. 17 août 1814. Sir. 45, 4, 48. — Civi. rej. 21 décem. 1814. Sir. 45, 4, 459. Chambres réunies 1836, 7 mai. Sir. 36, 4, 574 — Nîmes, 2 janvier 1853, Sir. 53, 2, 38.

(2) Art. 173.

Le droit de former opposition appartient aussi à un certain nombre de collatéraux majeurs ¹: 1° aux frères et sœurs, oncles et tantes, aux cousins et aux cousines germaines. Donc, ne peuvent former opposition ni les neveux, ni les descendants. Ce droit n'existe que dans deux cas seulement : 1° Lorsque le futur mineur n'a pas obtenu le consentement ; 2° Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence des futurs époux. L'opposition n'est recevable dans ce cas qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le tribunal. Cela ne veut pas dire que l'opposant doit former sa demande en interdiction en même temps que son opposition. Non, il forme son opposition et il attend ; ou bien, le futur, contre lequel l'opposition est formée, ne dira rien, ce qui sera une preuve qu'elle était bien fondée, ou bien il en demandera la main-levée, et alors l'opposant sera tenu de démontrer que son opposition avait sa raison d'être. Il sera alors obligé de provoquer et de faire prononcer l'interdiction dans le délai que le tribunal lui accordera.

Le tuteur ou le curateur ², pendant la tutelle ou la curatelle, pourront former opposition, mais sous la condition d'obtenir, à cet effet, l'autorisation du conseil de famille, et, dans les deux cas seulement, où l'opposition est permise aux collatéraux, c'est-à-dire, lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu. 2° Lorsque l'opposition est motivée sur la

(1) Art. 474, 475, c. c.

(2) Art. 475.

démence des futurs époux. L'application de cette seconde hypothèse, a donné lieu à quelques difficultés, car, enfin, ou bien le conseil de famille a refusé son consentement, et alors on tombe dans le premier cas, ou bien il l'a donné, et alors on se demande comment il permet au tuteur de faire opposition.

Pour expliquer cette hypothèse, M. Valette pense qu'il s'agit d'un enfant naturel, non-reconnu, âgé de moins de 21 ans, et à qui on a donné un tuteur *ad hoc* qui ^{consent au mariage par lequel le conseil de famille a autorisé le tuteur ordinaire à} ~~peut~~ former opposition.

M. Demolombe soutient que l'art. 175 suppose le cas d'un futur époux qui est majeur et interdit. L'opposition alors ne peut pas être motivée sur le défaut de consentement, car le futur conjoint, étant majeur, n'a besoin d'aucun consentement pour se marier. L'opposition ne peut donc être motivée que sur son état de démence. La question est débattue pour savoir si le ministère public peut former opposition. D'après les uns, le droit de faire opposition n'appartient jamais au ministère public, soit parce qu'il ne peut agir en matière civile que dans les cas spécifiés par la loi, soit parce que pour former opposition il faut y être autorisé par un texte formel¹. D'après les autres, le ministère public peut former opposition toutes les fois qu'un empêchement dirimant ou prohibitif est fondé sur une loi d'intérêt général et d'ordre public². Cette

(1) Merlin. Rép. n° 4, quest. 3 sur l'art. 174. Toullier, I, 594 et 592.

(2) Demolom. 3, 454. Bordeaux, 20 juillet 1807. S. 9, 2, 389 — Limoges, 17 janvier 1846, S. 46, 2, 97. Valette sur Proudon, I, 480, n. a.

opinion se base sur l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, disant : « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. »

Enfin, une troisième opinion, qui me semble préférable, accorde au ministère public le droit de former opposition à un mariage dont il pourrait demander la nullité s'il avait été célébré. Les personnes que la loi autorise à demander la nullité du mariage peuvent, *à fortiori*, faire opposition à ce mariage. Or, comme la loi dans certains cas accorde au ministère public le droit de demander la nullité du mariage, il pourra *à fortiori* former opposition dans ces mêmes cas¹.

Les partisans de la seconde opinion, qui se basent sur l'art. 46 de la loi de 1810, me paraissent donner un sens trop étendu à cet article. Je crois que les deux alinéas s'occupent de deux hypothèses tout-à-fait différentes. Le premier vise l'action en matière civile ; le deuxième, au contraire, s'occupe du droit d'action en toute autre matière.

§ 2. Formes de l'opposition.

Cette opposition doit être formée par exploit d'huisier. Cet acte doit être signé par les opposants par dérogation aux principes généraux ; on a voulu, par là, appeler l'attention de l'opposant et lui faire crain-

(1) Delvincourt, t. I. p. 38, note 5. Duranton, II, n° 204.
— Paris, 26 avril 1833, S. v. 33, 2, 286. D. p. 33, 2, 207.

dre les conséquences d'une opposition mal fondée. Si l'opposant ne sait pas signer, il doit donner une procuration authentique, et le fondé de pouvoir signera à son lieu et place. L'opposition doit être signifiée aux deux conjoints et aux officiers de l'État civil devant lesquels le mariage a chance d'être célébré. Quant aux énonciations présentes il faut : 1° Le nom de l'opposant ; 2° La qualité ; 3° Les motifs de l'opposition ; 4° Une élection de domicile dans les différentes communes où le mariage ~~doit~~^{peut} être célébré.

§ 3. Effets de l'opposition.

Afin d'éviter tout espèce d'oubli, l'opposition doit être constatée sur le registre des publications. Cela fait, l'officier de l'État civil devra s'abstenir jusqu'à ce qu'on lui apporte une main-levée volontaire ou judiciaire. S'il n'y a pas opposition, il doit en faire mention sur l'acte de célébration. Il ne peut pas être juge de l'opposition, mais doit-il s'en tenir là devant un acte irrégulier en la forme ? M. Demolombe admet l'affirmative parce que l'art. 68 est général. Cependant, l'officier de l'État civil peut ne pas tenir compte d'une opposition faite dans une lettre ; si l'on veut qu'elle soit régulière, qu'elle puisse arrêter l'officier de l'État civil et l'empêcher de procéder à la célébration du mariage, il faut que cette opposition soit faite par acte d'huissier. L'officier de l'Etat civil pourra passer outre si l'opposition est faite par une personne qui n'a pas qualité, ou bien si elle est fondée sur une cause que la loi ne prend pas en considération. Cependant,

afin de ne pas aller contre l'art. 68, l'officier de l'État civil fera mieux, en général, de s'arrêter, car l'erreur ne le rendrait pas excusable.

§ 4. Demandes en main-levée de l'opposition.

La main-levée est l'acte par lequel l'opposant lève, en renonçant à l'opposition, l'obstacle qui arrêta le mariage.

L'opposant peut renoncer volontairement, soit par acte authentique, soit en notifiant sa renonciation aux parties et à l'officier de l'État civil, soit encore en donnant son consentement au mariage.

Si l'opposant persiste à s'opposer au mariage, le futur conjoint, contre lequel on a agi, peut s'adresser à la justice qui maintiendra l'opposition si elle est bien fondée, qui la rejettera si elle n'a pas de causes légitimes. Les actes ou les jugements de main-levée devront être mis en marge de l'inscription de l'opposition par l'officier de l'État civil.

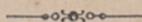
La demande en main-levée peut être formée, soit devant le tribunal du domicile spécial que l'opposant a élu, soit devant celui de son domicile général.

La demande en main-levée est dispensée du préliminaire de conciliation. Les tribunaux de première instance et d'appel, si la décision est attaquée, devront se prononcer dans les dix jours.

Si le délai de dix jours est expiré sans qu'aucun jugement soit intervenu, la demande ne sera point périmée pour cela, seulement les juges pourront être

pris à partie et condamnés à des dommages-intérêts¹.

Si l'opposant succombe, non-seulement il supportera les frais du procès mais encore il pourra être condamné à des dommages-intérêts, car l'opposition a pu porter un grand préjudice en empêchant un mariage légitime. Les ascendants ne sont jamais passibles de ces dommages-intérêts. La loi suppose qu'ils ont toujours fait opposition dans l'intérêt de l'enfant.



APPENDICE.

Comme complément de ce que nous avons dit jusqu'ici, nous allons traiter dans trois sections différentes : 1° Des formalités relatives au mariage ; 2° Des mariages des français à l'étranger et des étrangers en France ; 3° De la preuve du mariage.

SECTION I

Formalités relatives au mariage.

Maintenant que nous connaissons les conditions dans lesquelles le mariage peut avoir lieu, nous allons nous occuper des formalités qui lui sont relatives ; nous allons d'abord voir les formalités qui précèdent le mariage, en second lieu les formalités qui en accompagnent la célébration.

(1) Art. 505 et 506. cod. pr.

§ 1. Formalités qui précèdent le mariage.

Le mariage doit être précédé de publications officielles destinées à faire connaître la résolution prise par les futurs époux de contracter mariage¹. L'officier de l'État civil est chargé de ces publications qui doivent être faites deux dimanches de suite, à six jours d'intervalle, et non pas à huit comme le dit l'art. 63. Cet article, du reste, a subi, dans la pratique, des modifications considérables. Ainsi, la publication orale qu'il exige a été remplacée par l'affiche, de telle sorte qu'il n'y a plus deux publications.

Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année à compter de la date de la dernière publication, il ne pourra être célébré qu'après en avoir fait de nouvelles.

Ces publications doivent avoir lieu dans la commune où chacun des deux époux a un domicile réel²; de telle sorte que si les époux ont un domicile différent il faudra des publications dans chaque commune. L'art. 166 est complété par l'art. 167 qui suppose que l'on peut avoir un domicile actuel de mariage, lequel est établi par six mois de résidence. On peut se marier dans ce dernier domicile, mais les publications que l'on y fera ne suffiront pas il faudra de plus les faire au dernier domicile, c'est-à-dire, au domicile réel³.

Si chacun des époux se trouve vis-à-vis de l'art. 167

(1) Art. 63.

(2) Art. 166.

(3) Art. 167.

dans la même situation, il faudra faire deux publications pour chaque époux, l'une au lieu de la résidence et l'autre au lieu du domicile. De plus si les époux ont besoin pour se marier du consentement de certaines personnes, on doit également faire des publications au domicile de ces personnes ; mais elles ne seront pas nécessaires au domicile des personnes dont on n'a besoin que du simple conseil. Si ce sont des ascendants, autres que père et mère, et qu'ils ne soient pas dans la même commune, nous pouvons supposer huit publications.

Si les mineurs en mariage n'ont pas d'ascendants, mais un conseil de famille, les publications doivent être faites dans le lieu où siège ce conseil.

On doit encore remettre des pièces à l'officier de l'État civil, ces pièces sont au nombre de sept. Ce sont : 1° Les certificats des publications auxquelles il a dû être procédé dans d'autres communes que celles où le mariage se célèbre ; 2° Les main-levées des oppositions qui ont été formées ; 3° L'acte de naissance de chacun des futurs époux ; 4° Un acte authentique du consentement des ascendants ou des parents lorsqu'ils n'assistent pas en personne à la célébration ; 5° La délibération du conseil de famille ou l'acte authentique contenant pareil consentement du tuteur *ad hoc*, dans les cas prévus par les art. 159 et 160 ; 6° La permission de contracter mariage, donnée par les supérieurs militaires, lorsque le futur époux appartient à l'armée de terre ou de mer ; 7° Enfin, une expédition authentique des dispenses, s'il en a été accordé.

Nous n'avons d'observation à faire que pour le cas

où l'un des époux ne peut produire son acte de naissance. On le remplace par un acte de notoriété, dressé par le juge de paix et homologué par le tribunal ¹.

§ 2. Formalités qui accompagnent la célébration du mariage.

Quant aux formalités qui accompagnent le mariage, il faut en premier lieu la publicité de la célébration. La loi semble n'exiger, à peine de nullité, l'accomplissement d'aucune des formalités relatives à la publicité de la célébration de mariage ; d'où le juge a un pouvoir discrétionnaire pour examiner s'il n'a pas été célébré clandestinement par suite de l'accomplissement de l'une de ces facultés. La publicité résulte : 1° De la célébration du mariage dans la commune où l'un des époux a un domicile ; 2° Cette célébration doit avoir lieu dans la mairie, portes ouvertes, et public admis ; 3° En présence de l'officier de l'État civil et de quatre témoins.

Le mariage peut être célébré dans la commune où l'un des époux a son domicile ; le domicile, quant au mariage, s'établit par six mois de résidence d'après l'art. 74 ; d'un autre côté, l'art. 165 déclare que le mariage peut être célébré au domicile de l'un des époux.

Ces textes ne sont-ils pas en contradiction ? Quatre opinions se sont produites sur ce point.

1^{re} opinion. — La première opinion enseigne que le mariage peut être célébré uniquement devant l'officier de la commune où l'on a une résidence de six

(1) Art. 71, 72.

mois. Ce domicile spécial, prétend cette opinion, est régi à cet égard par des règles particulières, différentes de celles qui gouvernent le domicile ordinaire, en sorte que cette habitation continue, pendant six mois, dans la même commune, est nécessaire et suffisante pour la célébration du mariage. Cette célébration ne pourrait pas avoir lieu au domicile ordinaire, si on n'y avait pas eu une résidence antérieure de six mois 1.

2^{me} opinion. — La deuxième opinion décide qu'on pourra se marier à son choix, soit dans le lieu de la résidence, soit dans le lieu du domicile, mais à la condition que ce domicile soit acquis par six mois de résidence 2.

3^{me} opinion. — La troisième opinion, comme la deuxième, admet que l'on pourra se marier soit dans le lieu de la résidence, soit dans le domicile ordinaire, seulement cette opinion veut que si ce dernier domicile était un domicile d'origine, où l'on n'eut conservé ni relations ni résidence, il faudrait alors six mois de résidence 3.

Enfin la quatrième veut que l'on puisse se marier au domicile matrimonial et au domicile ordinaire, sans distinction aucune 4.

Cette dernière opinion me paraît être la meilleure,

(1) Malleville, t. 4^r p. 484. Delvincot, t. 4^r p. 65. not. 4. Duranton, t. II, n° 220, 224. Marcadé t. II, art. 74, n° 4.

(2) Demante t. 4^{er}, n° 494.

(3) Duranton, t. II, n° 226.

(4) Merlin, repert. t. IV, v. Durant. Toullier, t. 4^{er}, n° 574.

parce que la loi, voulant faciliter le mariage, permet de le célébrer là où l'une des parties a six mois de résidence ; or, s'il ne pouvait pas être célébré aussi dans le domicile ordinaire l'art. 74 bien loin de favoriser le mariage y mettrait obstacle.

Le doute, qui regarde le lieu du mariage, existe encore pour l'officier de l'État civil. On s'est demandé, en effet, si la compétence de l'officier de l'État civil était personnelle ou territoriale ? Un officier de l'État civil peut-il marier hors de sa commune une personne qui a son domicile dans la commune ? Prenons le cas d'un mariage *in extremis*. Là, deux questions surgissent. Peut-on, d'abord, célébrer le mariage en dehors de la maison commune ? Oui, car la célébration dans la maison commune est seulement un élément de publicité.

Peut-on, en second lieu, célébrer le mariage en dehors de la commune ? Non, parce qu'en dehors de la commune l'officier de l'État civil perd son caractère. Le maire n'est compétent que dans sa commune comme officier de police judiciaire ou délégué du pouvoir exécutif. On ne peut ~~donc~~ tirer un argument d'analogie que de la loi de ventôse, an XI. Or, cette loi est, au contraire, favorable à notre opinion. Elle ne parle que du notaire, et de plus, remarquons-le, tandis que la compétence du notaire se détermine par la territorialité, peu importe le domicile des personnes pour lesquelles il instrumente. La compétence de l'officier de l'État civil se détermine par cette considéra-

tion que les parties ont leur domicile dans la commune.

Du reste, comme nous l'avons déjà dit, le juge a un pouvoir discrétionnaire en cette matière¹, il appréciera le degré d'intensité des vices, soit de clandestinité, soit d'incompétence, dont le mariage peut être entaché, et si la contravention à l'art. 165 ne lui paraît pas assez grave pour annuler le mariage, il le maintiendra.

L'officier de l'État civil dressera ensuite un acte de mariage qui contiendra les énonciations indiquées dans l'art. 76 C. c. Cet acte est un acte solennel, c'est-à-dire, que des formes sont requises, à peine d'inexistence de l'acte lui-même.

Cette solennité consiste : 1° Dans la présence de l'officier de l'État civil ; 2° Dans la déclaration que les deux époux sont unis par mariage, après réception de leur consentement respectif. Le prononcé de l'officier de l'État civil est le moment où le mariage se forme. Donc, le mariage n'aurait pas lieu si l'un des contractants venait à mourir avant ce prononcé.

SECTION II.

Des mariages des français à l'étranger et des étrangers en France.

§ 1. Des militaires qui se marient en pays étranger lorsqu'ils sont sous les drapeaux.

Les formes des mariages des militaires qui se marient en pays étranger, lorsqu'ils sont sous les dra-

(1) Voir section VI du chapitre II. — C. Rej. 30 août 1824. S. v. 24, 4, 360 c. n. 7, 4, 527. D. a. 40, 406.

peaux, sont réglées par les art. 88 et suivants. Ces règles ne concernent que les militaires qui veulent se marier avec des françaises ; s'ils veulent se marier avec des étrangères les dispositions ci-dessus ne sont pas entièrement applicables ; car, dans ce cas, les autorités locales sont compétentes. Les publications de ce mariage doivent être faites ; elles auront lieu au domicile de chacun des futurs époux et des personnes sous la puissance desquelles ceux-ci sont placés. De plus, aux formalités de droit commun, on ajoute des publications à l'ordre du jour du corps, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage. Cette célébration se fera dans un lieu ouvert au public, en présence de quatre témoins.

Une fois l'acte dressé ¹, l'autorité militaire doit en envoyer une copie détaillée : 1° Au domicile du mari ; 2° Au domicile de la femme si elle était déjà française avant son mariage.

Sanction. Ce n'est pas la nullité, puisque la loi ne la prononce pas ; mais une sanction pécuniaire contre les autorités qui ne se sont pas conformées aux prescriptions voulues. Ces mariages sont soumis aux mêmes empêchements prohibitifs ou dirimants que les mariages ordinaires.

§ 2. Des français en pays étranger.

Passons maintenant à des français en pays étranger, qu'ils soient ou non militaires, lorsque dans ce dernier cas ils sont séparés de l'armée.

(1) Art. 495.

Si les deux futurs sont français, ils pourront se marier devant l'agent diplomatique français, conformément aux formes françaises ¹, ou devant l'autorité locale, suivant les formes usitées dans le pays ².

Si le mariage avait lieu entre français et étrangers on ne pourrait s'adresser qu'aux autorités étrangères ³.

Quand le mariage est contracté en pays étranger, soit devant les agents diplomatiques, soit devant les autorités locales, aucune espèce de résidence n'est requise. Il suffit de se présenter devant l'officier de l'État civil. Les mariages devront être appréciés d'après les lois en vigueur dans le pays où l'on contracte, si on se marie devant les autorités étrangères, et d'après les lois françaises si on se marie devant les consuls. Dans le premier cas on applique la règle *locus regit actum*. D'où la conséquence que le mariage peut être prouvé par témoins quand il a été célébré dans un pays qui n'exige pas un acte de célébration. Tout cela n'empêche pas qu'on ne doive se conformer, en France, aux conditions requises pour la publicité du mariage et aux conditions de capacité. Ainsi, les Français qui se marient à l'étranger doivent, préalablement à leur mariage, faire en France toutes les publications qu'ils seraient obligés d'y faire s'ils s'y mariaient. Il en est de même pour les conditions de

(1) Voir art. 448.

(2) Voir art. 470.

(3) Merlin répertoire, v. État civil. Marcadé, sur l'art. 470. Demolombe, t. 4. n° 312. Civ. cassat. 40 août 1819. Sir. 49, 4, 452.

capacité. La loi française régit la capacité des français partout où ils se trouvent. Aussi les français, lorsqu'ils se marient à l'étranger, doivent-ils toujours se conformer aux qualités et conditions requises par notre code pour pouvoir contracter mariage.

Mais la loi, en exigeant ces conditions pour le mariage en pays étranger, a-t-elle eu l'intention de les exiger à peine de nullité ?

Si la cause de nullité est telle qu'elle devrait être prononcée contre un mariage, même célébré en France, elle devra l'être évidemment pour un mariage célébré à l'étranger. Mais si, par exemple, les publications qui ne sont pas une cause de nullité pour un mariage célébré en France n'avaient pas eu lieu, malgré les prescriptions de l'art. 170, faudra-t-il dire que le mariage est annulable ?

Trois opinions se sont formées sur cette question. La première, interprétant à la lettre l'art. 170, déclare dans tous les cas le mariage nul. La deuxième opinion veut, au contraire, que le mariage soit toujours valable, parce qu'en matière de mariage les nullités ne se suppléent pas. Il faut que la loi ait expressément attaché à la prohibition qui a été violée la peine de nullité ¹.

Enfin, la troisième opinion ², que je préfère, laisse aux juges un pouvoir discrétionnaire ; ils apprécie-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 440. Duranton, II, 237, 238. — Paris, 8 juillet 1820. Sir. 20, 2, 307. — Bordeaux, 44 mars 1830. Sir. 52, 2, 564. — Civ. cass. 6 mars 1847. Sir. 37, 4, 477. — Rennes, 6 juillet 1840. Sir. 40, 2, 397.

(2) Demolombe, 4, 3, n° 222.

ront, suivant les circonstances, si le mariage d'un français en pays étranger doit être déclaré valable ou nul pour contravention à l'art. 170. S'il est clairement démontré, par exemple, que des Français sont allés, tout exprès, en pays étranger pour se soustraire à la loi française, il est certain que dans ce cas le juge devra prononcer la nullité du mariage. Si, au contraire, un mariage a été contracté de bonne foi en pays étranger, par des français qui y habitaient depuis longtemps, ce mariage sera valable malgré le défaut de publications. Car ces publications n'étant pas, par elles seules, une cause de nullité en France, la loi n'a pas pu se montrer plus exigeante pour les mariages contractés en pays étranger.

La nullité, dont un mariage célébré à l'étranger serait frappé pour clandestinité aux yeux de la société française, peut être proposé par toute personne intéressée ¹. Quelques arrêts considérant le défaut de publications en lui-même comme une cause de nullité, indépendamment du point de savoir si le mariage a été ou non clandestin, n'ont pas accordé à tous les intéressés le droit de demander la nullité ².

Lorsque le mariage a été célébré en pays étranger,

(1) Civ. rej. 23 avril 1826. Sir. 27, 4, 408. Paris, 23 jan. 1832. Sir. 32, 2, 384. Req. Rej. 12 févr. 1833. Sir. 33, 4, 495. — Montpellier, 25 avril 1844. Sir. 45, 2, 7, Req. Rej. 44 juin 1845. Sir. 45, 2, 7, Req. Rej. 44 juin 1845. Sir. 45, 4, 726. Req. Rej. 8 novembre 1853. Sir. 56, 4, 47.

(2) Req. Rej. 5 novem. 1839. Sir. 39, 4, 822. — Req. Rej. 18 août 1841. Sir. 44, 4, 872. Montpellier, 25 avril 1844. Sir. 45, 2, 7,

il faudra faire transcrire l'acte de mariage dans les trois mois du retour en France. Mais quelle sera la sanction de cette prescription, car, en présence d'une prescription de la loi, il faut toujours se préoccuper de la sanction, y aura-t-il nullité si la transcription n'a pas eu lieu? Non, puisque nous ne trouvons pas une disposition formelle. Donc, la formalité peut être accomplie, soit après les trois mois, soit même après le décès de l'un des époux; seulement, après l'expiration des trois mois, l'officier de l'État civil ne pourra faire cette transcription qu'en vertu d'un jugement de rectification.

Si le défaut de transcription constitue un élément de clandestinité, cela ne peut pas nuire aux effets civils du mariage. Ainsi, malgré le défaut de transcription, les enfants pourront recueillir, comme légitimes, les successions de leurs parents en ligne directe ou collatérale. De même, la femme pourra faire valoir son hypothèque légale à partir des époques fixées par l'art, 2155¹. Toutefois, il peut arriver que des tiers ont traité avec les époux, et alors il faut se demander s'ils ont eu ou non connaissance du mariage dont on n'a pas accompli toutes les formalités voulues; s'il est clairement démontré qu'ils l'ignoraient, ils pourront opposer leur ignorance résultant du défaut de publicité².

(1) Du Caurroy, Bonnier et Roust, *Demolom.* III, 249. Troplong, *des hypothèques*, II, § 43.

(2) Duranton, II, 240. *Demolombe*, III, 229.

§ 3. Mariages célébrés en France par des étrangers.

Nous savons que les étrangers peuvent se marier en France, qu'ils peuvent suivre les lois françaises en observant les règles de capacité qui constituent le statut personnel. Un prussien, par exemple, ne peut se marier qu'à 20 ans ; il ne pourra se marier en France avant cet âge, bien que la loi française permette le mariage à 18 ans. Donc, l'officier de l'État civil doit d'abord exiger un certificat, délivré par les autorités du pays, établissant que ce prussien est habile à contracter mariage. Toutefois par un sentiment d'humanité, on a admis que les incapacités, résultant de proscriptions politiques ou pénales prononcées en pays étranger, ne peuvent empêcher l'étranger de contracter en France un mariage valable.

Les tribunaux français ne doivent se préoccuper que du point de savoir si, d'après la loi étrangère, l'étranger est capable de contracter. Cependant, tout en admettant que les étrangers peuvent se marier devant les autorités françaises, on doit réserver à celles-ci le droit de se refuser à une union qui choquerait les bonnes mœurs ou l'ordre public. On pourrait, on devrait même refuser à marier un mahométan avec une française s'il est déjà engagé dans les liens d'un précédent mariage. Mais nous n'admettons pas que l'officier de l'État civil puisse se refuser à marier un étranger avec sa belle-sœur, si la loi personnelle lui permet de le faire sans dispense. [L'union contractée en France, entre un français et une étrangère, pro-

duit tous les effets du mariage. Mais il n'en est pas de même de l'union contractée en France entre deux étrangers ou entre un étranger et une française, car, en vertu de l'art. 19. C. c., la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari. Elle ne peut donc, pas plus que son mari, réclamer en France la jouissance des droits civils qui sont exclusivement attachés à la qualité de français.

SECTION III.

Preuve de la célébration du mariage.

Toute personne peut toujours, et en tout temps, nier l'existence d'un mariage dont les effets civils lui sont opposés. C'est à ceux qui prétendent que ce mariage existe de fournir la preuve légale de la célébration. L'art. 194 nous indique la manière dont il faut faire cette preuve. « Nul, dit cet article, ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur les registres de l'État civil. » Telle est la règle qui souffre pourtant trois exceptions :

1° Lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus ¹;

2° Lorsque les père et mère sont décédés, la preuve de la célébration de leur mariage doit être faite par les enfants ² ;

5° Lorsque, enfin, cette preuve, détruite par un

(1) Art. 194, 46.

(2) Art. 197.

fait coupable, se trouve ensuite acquise par le résultat d'une procédure criminelle¹.

Examinons d'abord la règle et puis les exceptions. En règle générale, rien ne peut remplacer la preuve exigée par l'art. 194, c'est-à-dire, l'acte même de célébration inscrit sur les registres de l'État civil. Mais que faut-il penser du cas où l'homme et la femme, dont on ne connaît pas le mariage, ont tous les caractères de la possession d'état d'époux légitimes *nomen tractatus forma*²; ils sont considérés unanimement comme réellement mariés. L'art. 195 répond à la question « La possession d'état, dit cet article, ne » pourra dispenser les époux qui l'invoqueront respectivement de représenter l'acte de célébration de » mariage devant l'officier de l'État civil. »

La possession d'état ne remplace donc jamais l'acte de célébration de mariage. Cette possession d'état peut, en effet, être mensongère et le défaut de représentation d'un acte de célébration crée même une sorte de présomption de concubinage contre cette possession d'état d'époux légitimes.

Pourtant si la possession d'état d'époux ne prouve pas le mariage, si elle ne remplace pas l'acte de célébration, elle en couvre les vices lorsque cet acte existe, mais se trouve irrégulier; c'est ce que déclare l'art. 196 :

« Lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'État ci-

(1) Art. 198, 200.

(2) Voir 321.

» vil est représenté, les époux sont non recevables à
» demander la nullité de cet acte. » Nous avons vu
que l'art. 196 avait une portée plus grande que son
texte semble d'abord l'indiquer, car il s'applique en-
core à la solennité de la célébration, c'est-à-dire, aux
conditions de publicité qui font partie de la célébra-
tion¹.

La possession d'état ne produira d'effet dans aucun
cas, soit lorsque c'est l'un des époux qui l'oppose à
l'autre, ou bien lorsque c'est l'héritier de l'un d'eux
qui s'en prévaut contre le survivant ou réciproque-
ment; lorsque, même, c'est l'enfant qui invoque cet-
te possession d'état pour établir sa légitimité², parce
que l'art. 194 déclare que nul ne peut réclamer non-
seulement le titre d'époux mais encore les effets civils
du mariage, sans représenter un acte de célébration.
Parce que encore si l'art. 195 ne parle que des époux,
il est incontestable que c'est à *fortiori* qu'il faut en dire
autant des autres réclamants. Du reste, s'il en était
autrement, l'art. 197 serait inexplicable, puisque pré-
cisément il dispense uniquement les enfants de la re-
présentation de l'acte de mariage, et encore sous plu-
sieurs conditions. C'est donc là une exception qui
suppose une règle contraire pour les autres cas².

(2) Zachariæ, t. V. p. 220.

Voilà le principe, arrivons maintenant aux excep-
tions.

(1) Voir chap. II, sect. VI.

(2) Sauf à ces enfants, s'ils sont dans les conditions pré-
vues par l'art. 197, à se prévaloir de l'exception qu'il consa-
cre en leur faveur.

La première exception nous dit : que la preuve de la célébration du mariage peut être faite, tant par titres que par témoins et par présomptions, conformément à l'art. 46, lorsque les registres de l'État civil n'ont pas existé ou ont été perdus.

Le mariage peut être prouvé par cette voie :

1° Lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou lorsqu'on rencontre des lacunes et des interruptions dans leur tenue ;

2° Lorsqu'ils ont été perdus ou détruits en tout ou en partie. Lorsque les registres ont été régulièrement tenus, les parties qui prétendent que l'acte de célébration a été omis et qui, en conséquence, demandent le bénéfice de notre exception, ne doivent pas être entendues ; autrement, la preuve, que la loi n'admet qu'exceptionnellement, deviendrait en fait, de droit commun ¹.

Ainsi, toute personne intéressée pourra, en principe, faire la preuve du mariage par toute espèce de moyens, quand elle aura préalablement établi que les registres ont été perdus.

2^{me} exception. L'art. 197 consacre ainsi cette seconde exception : « Si néanmoins dans le cas des art. » 194 et 195 il existe des enfants issus de deux in- » dividus qui ont vécu publiquement comme mari et » femme et qui soient tous deux décédés, la légitimité » des enfants ne peut être contestée, sous le seul pré- » texte du défaut de représentation de l'acte de célé-

(1) Demolombe n° 324, 329, Marcadé sur l'art. 194.

» bration, toutes les fois que cette légitimité est prou-
» vée par une possession d'état qui n'est point con-
» tredite par l'acte de naissance. »

Une chose à remarquer dans cet article c'est qu'il ne consacre l'exception qu'en faveur des enfants, et cela encore sous plusieurs conditions que nous pouvons ranger au nombre de quatre. Il faut : 1° Que les père et mère soient tous deux décédés ; 2° Qu'ils aient eu la possession d'état d'époux légitimes ; 3° Que les enfants aussi aient eu la possession d'état d'enfants légitimes ; 4° Que cette possession d'état ne soit pas contredite par leur acte de naissance.

1° Il faut d'abord, avons-nous dit, que les père et mère soient tous deux décédés, parce qu'il est nécessaire que l'enfant soit dans l'impossibilité de se renseigner sur le lieu de la célébration du mariage de ses père et mère ; or cette impossibilité ne pourra jamais exister tant que l'un d'eux vivra.

Les opinions sont partagées sur le point de savoir si la démence ou l'absence des père et mère ou du survivant doivent, en cette occasion, être assimilées au décès. Nous nous prononçons pour la négative, parce que la démence, l'absence, ne font pas naître un état définitif comme la mort. L'époux survivant n'aurait qu'à s'absenter par calcul. D'ailleurs, la preuve de la célébration d'un mariage ne peut résulter que d'un acte inscrit sur les registres de l'État civil. C'est un principe consacré par l'art. 194. On ne peut déroger à ce principe que par une exception autorisée par la loi. Or, l'art. 197 ne s'applique qu'au cas où les père et mère sont tous deux décédés. Donc on rentre,

pour tous les autres cas, dans la règle générale.

Mais, si on se place dans l'hypothèse où, la mère décédée, le père vivant et sain d'esprit répond à son enfant, lui réclamant le partage et la communauté, qu'il n'y a jamais eu ni mariage ni communauté. Je crois alors que l'art. 197 n'est pas applicable, et que l'enfant, pour faire valoir les avantages qu'il demande, ne sera pas dispensé de la représentation de l'acte de mariage, parce que la loi n'a pas supposé qu'un père survivant n'eut aucune affection pour ses enfants. Elle n'admet pas que s'il y a eu réellement mariage, le survivant le méconnaisse. D'ailleurs, l'attitude du survivant, vis-à-vis des enfants, démontre si on peut faire l'application de l'art. 197 ou non. Si l'enfant est admis à la succession, la possession d'état se confirmera; dans le cas contraire, elle s'anéantira. Du reste, si l'enfant était injustement repoussé, on pourrait avoir recours à d'autres parents qui ont assisté au mariage ou qui en connaissent l'existence d'une façon incontestable.

Il faut, en second lieu, que les père et mère aient eu la possession d'état d'époux légitime; 3° que les enfants aient la possession d'état d'enfants légitimes.

Il faut que les époux aient vécu publiquement, comme mari et femme, et qu'ils aient toujours été reconnus comme légitimement mariés. Il faut encore que les enfants aient porté le nom du père auquel ils

(1) Merlin, répert. t. XVI. Delvincourt, t. 4, p. 60. Contra Demolombe, t. III, n° 396. Durantou, II, n° 255. Toullier, II, n° 877.

prétendent appartenir. Il faut que le père les ait traités comme ses enfants, et ait pourvu, en cette qualité, à leur éducation, à leur entretien et à leur établissement. Enfin, il est indispensable que ces enfants aient été considérés dans la famille et dans la société comme les enfants des personnes dont ils se disent issus.

4° Il est nécessaire, mais il suffit, que la possession d'état de l'enfant ne soit pas contredite par son acte de naissance.

Dans la première rédaction de l'art. 197, on voulait qu'un acte de naissance, appuyé de la possession d'état, prouvât la légitimité ¹. D'après ce projet de loi, l'enfant aurait toujours été obligé de représenter un acte de naissance qui déclarerait sa légitimité. Il y avait là contradiction, car d'un côté on dispensait l'enfant de représenter l'acte de mariage de ses père et mère, parce qu'il pouvait ne pas savoir l'endroit où il avait été célébré, et d'un autre côté, on voulait qu'il produisît son acte de naissance, bien qu'il put ignorer le lieu où il se trouvait.

Aussi peut-on dire que l'enfant n'a pas besoin de produire un acte de naissance quelconque ; il suffit qu'il prouve, d'une façon vraisemblable, que son acte de naissance n'a pas été dressé ou qu'il ignore dans quel lieu il a pu l'être. Il n'est pas nécessaire non plus que l'acte de naissance qui serait produit par l'enfant, ou contre lui, le qualifie de légitime ; il suffit qu'il ne soit pas contraire à sa possession d'état et que cet acte

(1) Loqué, législ. civ. t. IV, p. 432 et 470.

de naissance ne lui donne pas la qualité d'enfant naturel.

5^e *exception*. — La troisième exception est le cas où la preuve de la célébration de mariage ayant été détruite par un fait coupable, se trouve ensuite acquise par le résultat d'une procédure criminelle.

La destruction ou la falsification d'un acte de célébration, donne lieu à une poursuite criminelle ou correctionnelle contre l'auteur de cette falsification, ou bien à une action intentée contre les héritiers du coupable.

Quand un crime est commis, on se trouve en présence de deux actions : l'action publique qui appartient au ministère public et qui s'éteint par la mort du coupable, et l'action civile qui appartient à toute partie lésée. Si la preuve du mariage a été détruite par suite d'un crime, les époux peuvent se plaindre au ministère public et provoquer l'action publique ; ils pourront en même temps se porter parties civiles. Si c'est un simple délit, ils pourront agir directement devant le tribunal correctionnel.

L'art. 199 est ainsi conçu : « Si les époux ou l'un » d'eux sont décédés sans avoir découvert la fraude, » l'action criminelle peut être intentée par tous ceux » qui ont intérêt de faire déclarer le mariage valable » et par le Procureur de la République. »

Quoique l'art. 199 ne parle que des époux, on admet cependant généralement que si les enfants ont un intérêt né et actuel à prouver le mariage, pour recueillir des successions, par exemple, auxquelles le père et la mère auraient renoncé, ils pourront le faire.

Si la loi ne parle que des époux, et si, de leur vivant elle ne donne l'action à personne, c'est qu'elle suppose que si les époux découvrent la fraude, ils agiront eux-mêmes ; elle n'a pas prévu le cas où les autres parties peuvent avoir un intérêt né et actuel même de leur vivant.

L'art. 199 se place dans l'hypothèse où les époux sont morts sans avoir découvert la fraude. Mais tout le monde admet ici que cette phrase n'est qu'énonciative. La loi a voulu dire : Si les époux sont morts sans avoir, après la découverte de la fraude, poursuivi le rétablissement de la preuve de leur mariage.

Enfin, l'art. 199 parle d'action criminelle. Qu'a voulu dire la loi en s'exprimant ainsi ? A-t-elle voulu parler de l'action publique ? Cela n'est pas possible, car cette action criminelle peut être intentée non-seulement par le ministère public mais encore par toute personne intéressée. Est-ce l'action civile ? Mais alors on ne comprendrait pas comment le ministère public se trouve au nombre de ceux qui peuvent agir. La loi a voulu dire : Que lorsque la preuve d'un mariage a été détruite par un crime ou un délit, l'action, pour le rétablissement de cette preuve, peut être intentée soit dans un intérêt particulier, par les époux ou par toute personne intéressée, soit dans l'intérêt général de la société par le ministère public.

Après le décès de l'officier public reconnu coupable d'altération, de falsification ou de soustraction de l'acte de l'État civil, « l'action, » nous dit l'art. 200, » sera dirigée au civil contre ses héritiers par le Pro-

» cureur de la République, en présence des parties
» intéressées et sur leur dénonciation. »

La loi, encore ici, déroge au droit commun, car les actions civiles appartiennent exclusivement aux parties intéressées. Mais si la loi a dérogé ici aux principes généraux, c'est qu'elle a craint qu'il n'y eut entre le demandeur et le défendeur une entente coupable pour procurer au premier, par cette voie, la preuve d'un mariage qui, peut-être, n'a jamais existé. Les héritiers de l'officier de l'État civil n'encourant que des peines pécuniaires, et s'entendant avec l'aversaire, pourraient se défendre mal et subir une condamnation qui serait ensuite largement payée. La loi en donnant l'action au ministère public a prévenu la fraude.

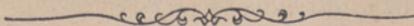
Dans le cas où toute poursuite civile ou criminelle est impossible, soit parce que l'auteur du crime est resté inconnu, soit parce que la prescription de l'action publique ou civile a eu lieu, les parties pourront invoquer l'art. 46.

Enfin, comme sanction de ce qui précède, l'art. 198 déclare que: « Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'État civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage. »

L'art. 198 déclare que le mariage produira tous les effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage. Cela ne veut pas dire

que le mariage, prouvé par une procédure criminelle, ne puisse plus être attaqué ; non, ce jugement ne prouve qu'une chose : la célébration du mariage ; mais reste ensuite la question toute différente de savoir si le même mariage remplit toutes les conditions de validité exigées par la loi.

L'art. 198 ne parle encore que des époux et des enfants, mais il ne faut pas croire que cet article soit limitatif, car le jugement de condamnation prouvera le mariage à l'égard de tout le monde.



POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. — Si le fidéjusseur avait voulu s'obliger *in duriorum causam*, son engagement était réduit à l'obligation principale.
- II. — Le demandeur dans l'action négatoire doit toujours prouver l'inexistence de la servitude.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

- I. — La maxime *nulle terre sans seigneur* n'était pas générale.
- II. — La saisine appartenait à tous les héritiers.

DROIT FRANÇAIS

- I. — La possession d'état qui prouve la filiation légitime ne prouve pas la filiation naturelle.
- II. — L'héritier qui renonce ne doit pas être compté pour le calcul de la réserve.
- III. — L'héritier qui a gardé le silence pendant 50 ans, qui n'a pas accepté ou répudié la succession,

a la faculté de renoncer, s'il était saisi, ou la faculté d'accepter, s'il était déjà dépouillé.

IV. — Le mari qui a un droit de jouissance sur les biens de sa femme, n'a pas qualité pour provoquer et faire un partage définitif sans le concours de sa femme.

V. — La femme, mariée sous le régime dotal, n'a pas sa dot mobilière inaliénable comme sa dot immobilière.

VI. — Le débiteur qui n'a pas de biens présents peut hypothéquer ses biens à venir.

PROCÉDURE CIVILE

I. — Dans le cas de conciliation, si l'une des parties n'exécute pas les conditions de l'arrangement, l'autre partie peut saisir le tribunal sans revenir devant le juge.

II. — Le débiteur peut renoncer d'avance dans le contrat à demander le délai de grâce.

DROIT CRIMINEL

I. — La prescription de l'action publique entraîne pour la partie lésée l'impossibilité d'obtenir, devant la juridiction civile, réparation du préjudice qui lui a été causé.

II. — Lorsque l'accusé est renvoyé devant la cour d'assises comme coupable d'un crime consommé, la question de la tentative peut être posée au jury.

III. — Le jury, incontestablement appelé à se pro-

noncer sur l'existence et sur la moralité de l'acte, est encore appelé à décider si cet acte rentre ou ne rentre pas dans la classe des faits prévus et punis dans la loi pénale.

DROIT COMMERCIAL

- I. — La somme, dont le concordat a libéré le débiteur, n'est pas soumise au rapport et à la réduction.
- II. — Lorsque le tribunal civil fait fonction de tribunal de commerce, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 83 du Code de procédure civile aux termes duquel certaines causes doivent nécessairement être communiquées au ministère public, qui, de plus, peut prendre communication de toutes autres causes quand il le juge convenable.

DROIT ADMINISTRATIF

- I. — La compétence du conseil de préfecture s'étend aux portions de routes qui traversent les villes, bourgs ou villages.
- II. — Le préfet est obligé, quand il représente l'État, de constituer un avoué devant les tribunaux.



Cette thèse sera soutenue en séance publique, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

Vu par le President de la Thèse,

T. HUC.

Vu par le Doyen,

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :

Pour le Recteur empêché,

L'Inspecteur d'académie délégué,

VIDAL-LABLACHE.

« Les visa exigés par les règlements sont une garantie des principes et
» des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs
» (Statut du 9 avril 1825, art. 41), mais non pas des opinions purement
» juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats.

» Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront adressées
» sur les autres matières de l'enseignement. »

TABLE DES MATIÈRES



DROIT ROMAIN

Des conditions pour la validité du mariage

	Pages.
APERÇUS GÉNÉRAUX. — Définition du mariage, — ses éléments constitutifs, — différentes sortes d'union.....	7
TITRE PREMIER. — Des qualités et conditions requises pour contracter mariage.....	44
CHAPITRE PREMIER. — Des empêchements absolus..	45
SECTION I. — De la liberté et du droit de cité.....	45
SECTION II. — De l'âge requis pour contracter mariage	46
SECTION III. — Du consentement des époux.....	20
SECTION IV. — Consentement du <i>paterfamilias</i>	21
SECTION V. — De l'existence d'un premier mariage, — de l'adultère, — du délai de viduité.	25
CHAPITRE II. — Conditions relatives.....	28
SECTION I. — Parenté et alliance.....	29
SECTION II. — Des empêchements basés sur l'honnêteté publique.....	32
SECTION III. — De l'inégalité des conditions et des prohibitions de la loi Julia.....	34

SECTION IV. — Commandement dans les provinces.	35
SECTION V. — De l'empêchement résultant de la tutelle et de la curatelle.....	36
SECTION VI. — Du rapt et de la différence de religion	37
TITRE II. — Sanction des empêchements absolus et relatifs.....	38
CHAPITRE I. — Cas dans lesquels la nullité du mariage existe.....	40
SECTION I. — Liberté et droit de cité, — consentement des époux.....	40
SECTION II. — Consentement du <i>paterfamilias</i> , — existence d'un premier mariage, — adultère.....	44
SECTION III. — Parenté et alliance.....	43
SECTION IV. — Commandement dans les provinces, — tutelle et curatelle, — rapt, — différence de religion.....	44
CHAPITRE II. — Cas dans lesquels le mariage est valable malgré l'infraction de la loi...	46
SECTION I. — Prohibition de la loi Julia.....	46
SECTION II. — Du délai de viduité.....	49
SECTION III. — Mariage contracté par les sexagénaires	50

DROIT INTERMÉDIAIRE

APERÇU GÉNÉRAL.....	52
CHAPITRE I. — Conditions posées par la loi pour la validité du mariage.....	53
SECTION I. — Puberté, impuissance.....	55
SECTION II. — Non existence d'un premier mariage.	57
SECTION III. — Non parenté ou alliance civile.....	58
SECTION IV. — Consentement des personnes sous l'autorité desquelles les conjoints étaient placés.....	62

SECTION V. — Consentement des époux.....	64
SECTION VI. — Nullités résultant soit de la clandestinité, soit de la célébration imparfaite du mariage.....	66
SECTION VII. — Empêchements basés sur l'honnêteté publique.....	71
SECTION VIII. — Empêchements résultant du vœu solennel de religion et de l'engagement dans les ordres sacrés.....	73
CHAPITRE II. — Personnes qui peuvent invoquer les nullités de mariage, — voies de recours	74
SECTION I. — Personnes qui ont le droit de se prévaloir de la nullité du mariage.....	75
SECTION II. — Voies de recours.....	76

DROIT FRANÇAIS

Des nullités de mariage

Définition du mariage, — divisions.....	79
CHAPITRE I. — Conditions requises pour l'existence du mariage ou empêchements absolus et essentiels.....	83
SECTION I. — Personnalités civiles.....	83
SECTION II. — Différence de sexe.....	84
SECTION III. — Consentement des époux.....	84
SECTION IV. — Manifestation du consentement devant un officier de l'État civil et prononcé de l'union par ce dernier.....	90
CHAPITRE II. — Conditions de validité du mariage ou empêchements dirimants.....	94
SECTION I. — Vices du consentement, — erreur dans la personne.....	92

SECTION II. — Défaut de consentement des personnes qui doivent autoriser le mariage..	96
SECTION III. — Puberté des époux.....	103
SECTION IV. — Existence d'un premier mariage....	105
SECTION V. — Parenté ou alliance au degré prohibé.	108
SECTION VI. — Défaut de publicité et incompétence de l'officier de l'État civil.....	112
SECTION VII. — Des conséquences du mariage annulé, — du mariage putatif.....	117
CHAPITRE III. — Conditions exigées pour que le mariage puisse être célébré, ou empêchements prohibitifs.....	125
SECTION I. — Empêchements prohibitifs admis sans contestation.....	125
SECTION II. — Cas d'empêchements controversés...	130
SECTION III. — Sanction des empêchements prohibitifs.....	137
APPENDICE AU CHAPITRE III.....	145
SECTION I. — Formalités relatives au mariage.....	145
SECTION II. — Des mariages des français à l'étranger et des étrangers en France.....	154
SECTION III. — Preuve de la célébration du mariage.	158
POSITIONS.....	179

