

2

167

DES FORMES
ET DES
CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THESE BOOKS ARE THE PROPERTY OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND ARE NOT TO BE LOANED OUT OF THE LIBRARY

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

TO THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

1912

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1912

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

Thèse pour le Doctorat



DES

FORMES ET CONDITIONS REQUISES

POUR

LA VALIDITÉ DU MARIAGE

en droit romain

LES CONDITIONS SEULEMENT EN DROIT FRANÇAIS

SOUTENUE

PAR M. MAURICE BOIS

avocat

Né à Freix-Anglards (Cantal)

*Presque
Cours d'Hist.*

vegan

LAVAUUR

IMPRIMERIE DE MARIUS VIDAL

1876

A mes Parents



A MES AMIS



in sheet

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM.

DUFOUR, *, Doyen, Professeur de Droit Commercial.
MOLINIER, *, Professeur de Droit criminel.
BRESSOLLES, *, Professeur de Droit 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,
ROZY, Professeur de Droit administratif.
POUBELLE, Professeur de Code civil.
BONFILS, Professeur de Procédure civile.
ARNAULT, agrégé, chargé du Cours d'économie politique.
DELOUME, agrégé, chargé du Cours de droit des gens.
CONSTANS, agrégé, chargé du Cours de droit romain.
LAURENS, agrégé.
PAGET, agrégé.
CAMPISTRON, agrégé.

M. DARRENOUGUÉ, Officier de l'Instruction publique, Secré-
taire, agent-comptable.

PRÉSIDENT DE LA THÈSE : M. HUC.

Suffragants. . }
 } *Molinier*
 } MM. POUBELLE.
 } ROZY.
 } CONSTANS.
 } PAGET.

DROIT ROMAIN

Des conditions requises pour la validité du mariage

PRÉLIMINAIRES

On entend souvent dire que l'État est une grande famille et que la famille est un petit État ; mais, nous ne craignons point de l'affirmer, ce sont là des expressions spécieuses qui tendent à créer un état absolu ou une famille dégradée. Non, il n'y a aucun rapprochement à établir entre les lois qui doivent gouverner l'État et celles qui sont destinées à régir la famille. En effet, la famille représente une circonstance unique, qu'on ne trouve pas ailleurs ; car le chef, le *paterfamilias* y est investi d'un pouvoir spécial qui lui est propre, et dans lequel on ne saurait voir une délégation : son pouvoir ne

dérive que de sa seule qualité de père. Il suit de là que quand le législateur veut régler la condition de la famille, il doit rechercher d'abord quelles sont les limites de la puissance paternelle, et, ces limites trouvées, se borner à les constater, à les déclarer, à les sanctionner. Si donc le législateur veut, selon son caprice, élargir ou restreindre le cercle normal de la puissance paternelle, à la puissance rationnelle du père de famille, il substitue une puissance arbitraire.

Dans les anciennes législations, on voulait créer arbitrairement la famille et non la protéger dans sa nature. A Rome, la famille était une institution civile et politique; la mère et les parents par les femmes n'avaient aucune puissance sur les enfants. Au père seul appartient une espèce de magistrature civile; et cette magistrature il l'a non comme générateur d'enfants, mais en qualité de dépositaire d'une certaine partie de la puissance publique; de là, suppression radicale dans la famille de toute individualité juridique autre que celle du *paterfamilias* et c'est ce qui caractérise la *patria potestas* à Rome. C'est ainsi qu'en appliquant à la famille des règles qu'il eût peut-être été bon d'appliquer à l'État, le législateur romain sortit de son rôle.

Ce que nous disons de la famille, nous devons nécessairement le dire du mariage qui en est la principale source légitime. A cet égard les Romains en substituant au mariage naturel, un mariage de citoyens avaient fait fausse route; là où aurait dû exister un contrat de droit des Gens on trouve une insti-

tution romaine. Et pourtant quoi de plus sacré et de plus immuable que les principes sur lesquels la famille repose ! Il semble que nulle part la loi ne puisse avoir d'autre rôle que de les appliquer et de les régler ; mais au-dessus d'eux, Rome avait placé son droit, ce *jus civitatis* si exclusif et si indépendant ; de là des conséquences dont la bizarrerie est tellement inexplicable qu'il nous faut, pour la comprendre, oublier les règles de bon sens et de raison qui nous gouvernent aujourd'hui.

C'est ainsi qu'une foule d'unions restaient en dehors du mariage. Quelques-unes comme celles des esclaves étaient à peine remarquées et ne s'élevaient guère au-dessus des rapports purement naturels. Seule, l'union contractée par les citoyens romains, suivant les formes et les conditions de la loi, constituait un *justum matrimonium* et jouissait du privilège d'entraîner les effets d'une union légitime.

Et ces mêmes effets, combien ils ont lieu de nous surprendre ! Ainsi, le mariage n'établissait point à lui seul la puissance maritale, et il se pouvait qu'une femme mariée restât sous la puissance de son père et continuât d'appartenir à la famille paternelle. Le mari, pour qu'elle entrât dans la sienne, devait acquérir comme objet de son domaine celle que le mariage lui avait donnée pour femme ; et par là elle devenait *materfamilias*. Mais qu'elle était loin d'avoir dans la maison de son mari, la position à laquelle ce titre semblait lui donner droit. Celle que le christianisme devait mettre plus

tard à la seule place digne de notre reine du foyer, en l'élevant jusqu'à son époux et en la proclamant son égale, les Romains en faisaient une humble sujette, à laquelle toute initiative était défendue, et qui, dans son rôle passif, prenait rang à côté de sa fille, obéissait au même pouvoir, s'inclinait sous la même sentence. Trait singulier et frappant du caractère de ce peuple qui avait appris dès l'enfance à tout conquérir par la force brutale, tout jusqu'à ses femmes et qui transportait dans la famille elle-même ses idées de domination pour les faire prévaloir sur les biens du sang et étouffer ainsi les affections de la nature.

La bonne organisation de la famille dépendant de la situation faite à la femme, nous sommes bien forcés d'en conclure que la famille ne fut bien organisée que sous l'influence des idées chrétiennes.



DÉFINITION (JUSTES NOCES)

Modestin (loi 1 Dig. 25. 2. de rite Nuptiarum) définit ainsi le mariage : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ: divini et humani juris communicatio.* » Ce n'est pas pour Modestin un simple fait, une association ordinaire : c'est quelque chose de plus élevé. Il y avait à Rome deux cultes, le culte public officiel (*sacra publica*) et le culte domestique (*sacra privata*). La femme, associée

aux avantages civils attachés à la position du mari, avait le même culte privé que son mari à entretenir (*communicatio divini juris*).

Justinien le définit en supprimant la *communicatio divini juris*, parce qu'à son époque, il n'y avait qu'un seul culte le christianisme; on adorait dans la famille le même Dieu que dans la basilique, la femme ne changeait plus de culte... « *Viri et mulieris conjunctio, individuum vitæ consuetudinem continens*, dit Justinien. Ce qui domine dans cette définition, c'est l'idée que le mariage crée entre l'homme et la femme une position indivisible; que la femme est associée en tous points à l'état du mari. Mais, pourquoi les Romains insistaient-ils sur cette idée? Il fallut y insister, à partir d'Auguste, à cause d'une deuxième union tolérée par la loi, le *concubinat*, alliance qui ne changeait pas la position de la femme et qui ne l'associait pas au mari.

Ce fut précisément Auguste qui fit pour ainsi dire naître le *concubinat*; en effet, les lois caducaires introduites en vue de développer le mariage, frappaient de certaines déchéances partielles les *orbi* et les *cœlibes*; or, on évitait les lois caducaires en ayant des enfants, qu'ils fussent issus des justes noces ou du *concubinat*, quoique ce point ait été contesté. L'on comprend dès lors que les patriciens, ne voulant pas associer la femme inférieure en condition et désireux en même temps de se soustraire aux déchéances édictées par les lois caducaires, s'unissaient par le *concubinat*.

La définition de Justinien distingue donc les justes noces du concubinat, et c'est cette distinction qui se trouve consacrée de la façon la plus énergique : *individuum vitæ consuetudinem continens*. Toutefois, cette interprétation qui nous paraît incontestable n'est pas admise par tout le monde. Certains auteurs, et Doneau à leur tête, ont voulu voir dans cette dernière phrase de Justinien l'affirmation de l'indissolubilité du mariage ; non pas qu'ils prétendent que le mariage devait nécessairement durer toute la vie des époux ; car une telle proposition serait trop manifestement contraire à la faculté de divorcer expressément sanctionnée par les constitutions des empereurs eux-mêmes ; mais, disent-ils, cette indissolubilité doit être au moins dans l'intention des époux au jour de leur union. Et, ajoute-t-on, c'est en cela surtout que le concubinat diffère du mariage : on promet à l'épouse un attachement indéfini dans sa durée, tandis que l'on n'échange avec la concubine qu'une fantaisie passagère, on ne la prend que pour un temps. A ces divers arguments, il est bien facile de répondre victorieusement. Et d'abord ; il n'est pas vrai de dire, comme semble le prétendre Doneau, que l'on pût prendre une concubine pour un temps limité ; le concubinat, il est vrai, constituait un lien plus fragile que le mariage ; il pouvait se dissoudre sans qu'il fût besoin de recourir au divorce ; mais au moment de leur union, les parties contractaient, comme dans les justes noces, un engagement indéfini dans sa durée. D'ailleurs comment pourrait-il

être question d'indissolubilité du mariage dans une législation où le divorce était si facile qu'il devint à la mode sous l'empire et prit des proportions scandaleuses? Nous en tenant à notre interprétation, nous dirons donc que l'expression : *individuum vitæ consuetudinem continens*, signifie simplement que la femme prend la condition de son mari.



DU CONCUBINAT

Avant d'aborder la matière qui doit plus particulièrement attirer notre attention, nous ne croyons pas inutile de dire un mot de quelques autres unions que reconnaissait le droit Romain. Parmi elles, est le concubinat dont nous connaissons déjà les principaux caractères. C'est une institution bien étrange, et cependant quelque étrange qu'elle paraisse, quelque contraire qu'elle soit à la justice et à la morale rigoureuse, nous la trouvons encore en usage dans certaines parties de l'Allemagne, sous le nom d'union morganatique ou mariage *de la main gauche*. Tant il est vrai qu'elles poussent de profondes racines dans la nature humaine toutes les institutions qui flattent nos passions sans blesser trop ouvertement la conscience! C'est ainsi que chez les Allemands, les princes du sang ne pouvant se marier sans le consentement du monarque, s'unissent morganatiquement. La femme ne sera pas princes-

se, les enfants ne seront pas princes et n'appartenant pas à la famille royale, suivront la condition de leur mère. Le concubinat est donc une institution essentiellement aristocratique, et à ce titre, il est sûr qu'on ne le rétablira jamais en France, bien que certains penseurs de haut mérite, tels que Proud'hon, aient proposé son rétablissement.

Quoi qu'il en soit, le concubinat romain était une union parfaitement licite, conseillée même parfois de préférence aux justes noces : « quippe honestius est patrono libertam concubinam quam matrem habere, » dit Ulpien dans la loi 1, princip. Dig. de concubinis. On appliquait au concubinat les mêmes règles qu'aux justes noces ; toutefois il y avait entre eux d'importantes différences. — Le concubinat était un *inequale conjugium* (Loi 3 code de naturalibus liberis). Lien plus fragile que les justes noces, il n'était pas nécessaire pour le rompre de recourir au divorce ; enfin jamais le concubinat ne put produire la puissance paternelle. Battu en brèche par l'influence du christianisme, le concubinat lui résista pourtant jusqu'à l'empereur Léon qui, le premier, le prohiba d'une façon formelle, et, en effet, à partir de cette époque, cette union tomba complètement en désuétude en Orient ; mais elle tint bon en Occident où l'Église fut obligée de la tolérer.

Mais, à quels signes reconnaîtra-t-on le concubinat, à quels caractères ; comment le distinguer des justes noces puisque pour une union comme pour l'autre aucune cérémonie n'est imposée ? Les textes,

à cet égard, ne sauraient nous fournir une règle générale, un criterium bien sûr ; on ne peut guère citer qu'un fragment de Paul dans lequel on lit : (L. 4 de concubinis Dig.) « Concubinam ex sola animi destinatione estimari oportet. » Ainsi, d'après ce jurisconsulte, ce qui distingue le concubinat des justes noces, *c'est la seule intention des parties*. Mais, comment reconnaître cette intention ? Nouvelle difficulté. Le plus souvent d'ailleurs, certaines présomptions faisaient disparaître toute incertitude : Un ingenuus vir s'unissait-il à une prostituée ou à une femme d'un rang inférieur, on présumait le concubinat ; prenait-il au contraire une ingénue, une femme de condition égale à la sienne, on présumait alors les justes noces.

Outre les justes noces et le concubinat, les Romains reconnaissaient encore l'union entre deux pérégrins qu'on pourrait appeler mariage du droit des Gens. Bien mieux, ce mariage ne se formait pas seulement entre pérégrins ; mais aussi fort souvent entre pérégrins et Romains. Quels effets produisait-il ? Quel était son caractère ? C'est là un point demeuré fort obscur et sur lequel un texte des Topiques de Cicéron nous donne quelques renseignements. De ce texte que nous croyons pouvoir nous abstenir de citer, il résulte : 1° qu'une dot pouvait être constituée et réclamée suivant les règles du droit commun. 2° Qu'il fallait pour rompre cette union, recourir au divorce. Remarquons en outre que les enfants issus de ce mariage n'étaient pas regardés comme *vulgo concepti*, que la position

de la femme et celle du mari étaient égales. Bien qu'on ne puisse citer de texte à l'appui de ces deux dernières solutions, elles paraissent résulter des principes généraux du droit.

Pour terminer cette énumération des diverses unions reconnues par le droit romain, disons un mot du *contubernium* : c'est ainsi qu'on appelait le mariage entre deux esclaves. Le *contubernium* était abandonné au droit naturel : il ne produisait absolument aucun effet, ni puissance dominicale, ni puissance paternelle, ni dot pour la femme, ni enfin filiation pour les enfants. Hâtons-nous pourtant d'ajouter que, en cas d'affranchissement, on fit de la parenté servile un empêchement au mariage, tout au moins dans la ligne directe et entre frères et sœurs et que Justinien alla même jusqu'à permettre (nouvelle LXXXVIII chap. IV) de légitimer sous certaines conditions les enfants nés d'un esclave.

Nous en avons fini avec l'exposition un peu rapide des différences qui séparaient à Rome les diverses unions dont nous venons de parler. Bien qu'elles semblent s'éloigner de notre sujet, ces généralités nous ont paru s'y rattacher trop intimement pour que nous ayons pu les laisser complètement de côté. D'ailleurs cet exposé sommaire sera surtout utile pour jeter une vive clarté sur la matière que nous nous proposons plus particulièrement de traiter ; en outre, il aura l'immense avantage de nous éviter des répétitions toujours inutiles.

Nous diviserons notre travail en trois chapitres.

Dans le 1^{er} nous étudierons les formes du mariage romain ; dans le 2^{me} nous exposerons les conditions requises pour sa validité ; dans le 3^{me} nous verrons quelle était la sanction aux prescriptions légales en cette matière.



CHAPITRE I

Des formes du mariage.

Il est certain que le consentement de deux personnes de sexe différent est nécessaire pour qu'il y ait mariage ; mais ce consentement suffit-il ou ne faut-il pas encore une sorte de tradition de la femme au mari ? C'est là une question très-intéressante et vivement débattue entre les divers interprètes du droit romain. Les partisans d'un premier système, notamment Cujas, Pothier et d'autres auteurs éminents, soutiennent que chez les Romains, le mariage se formait par le seul consentement. A l'appui de leur opinion, ils invoquent d'abord la loi 50 au Dig. liv. 50, t. 17, ainsi conçue : « *Nuptias non con-*
» *cubitus, sed consensus facit.* »

Ils appuient en outre leur opinion sur un texte de Scævola qui forme la loi 66 au Dig. 24, 2 : « *Seia*
» *Sempronio, cum certâ die nuptura esset, antequam*

» domum deducèretur, tabulæque dotis signarentur,
» donavit tot aureos : quæro an ea donatio rata sit?
» non attinuisse tempus, an, antequàm domum
» deduceretur, donatio facta esset, an tabularum
» consignatarum, quæ plerumque et post contractum
» matrimonium fierent, in quærendo exprimi : ita-
» que nisi ante matrimonium contractum, quod
» *consensu intelligitur*, donatio facta esset, non va-
» lere. » Voyez, disent ces auteurs, le premier
texte est aussi formel que possible : « *Nuptias non*
» *concubitus, sed consensus facit,* » il est assez clair
pour ne point avoir besoin d'explication ; il faut
vouloir fermer les yeux à l'évidence pour oser con-
tester que le seul consentement ne soit pas suffisant.
Ce texte, poursuivent-ils acquiert encore une
nouvelle force quand on le met en regard de la loi
66. « Une jeune fille, Seia est sur le point de se
» marier ; avant que la constitution de dot ne soit
» signée, et qu'elle-même ait été conduite en la mai-
» son du mari, Seia fait une donation à Sempronius
» son futur époux ; dans cette situation, Scævola se
» demande si la donation est valable. Hé bien,
» répond ce jurisconsulte, il ne faut point exami-
» ner si la donation a été faite avant que les tablet-
» tes soient signées ou la femme conduite en la
» maison du mari ; une seule chose est à considérer,
» la donation a-t-elle été faite avant ou après le
» mariage qui est parfait par le seul consentement ?
» Valable au premier cas, la donation est nulle
» dans le second. » N'est-ce pas dire clairement

que le consentement des parties suffit pour qu'il y ait mariage? (1)

Dans un deuxième système; on exige, outre le consentement des parties, la *deductio in domum mariti*; et chose singulière au premier abord, les partisans de cette opinion s'appuient pour la défendre sur un texte d'Ulpien qui forme la loi 15, au Dig. 35, 1, ainsi conçue : *Cui fuerit sub hac conditione legatum, si in familiâ nupsisset, ridetur impleta conditio, statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus sed consensus facit*. Un legs a été fait à une jeune fille, à condition qu'elle se marierait dans la famille du testateur. A quel moment la condition sera-t-elle accomplie? Ulpien répond : *statim atque ducta est uxor* : à partir du moment où la femme aura été introduite dans le domicile du mari et pour justifier sa solution il ajoute : *Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*. Et les défenseurs de ce système se hâtent de faire remarquer que c'est ce dernier fragment de la loi 15, 31, 1, qui détaché de ce texte, figure au titre de *diversis regulis juris*, loi 50, 50, 17. Ainsi tomberait de lui-même l'argument sur lequel le premier système fondait de si belles espérances.

A l'appui de la deuxième opinion, on invoque encore d'autres textes où elle se trouve nettement formulée. C'est d'abord la loi 5 Dig. 23, 2, où il est dit : *mulierem absentem per litteras ejus, vel per nuncium*.

(1) On invoque encore dans ce système, un texte qui assimile le mariage à l'hypothèque.

posse nubere placet, si in domum ejus deduceretur, eam vero quæ abesset, ex litteris vel nuncio duci a marito non posse : deductione enim opus esse in marito, non in uxoris domum ; quasi in domicilium matrimonii. En faveur de la deuxième opinion, on tire encore argument du § 8, livre 2, t. 19 des Sentences de Paul dans lequel ce jurisconsulte admettant la même idée statue d'une manière bien explicite : *Vir absens uxorem ducere potest ; femina absens nubere non potest.* De même Cinna, cité par Ulpien dans la loi 6 Dig. de ritu nuptiarum : *eum qui absentem accepit uxorem, deinde rediens a cænâ juxtâ Tiberim periisset, ab uxore legendum responsum est.* De ces divers textes, il résulte clairement que pour que le mariage existe, il faut outre le consentement, la *deductio in domum mariti* (1).

Tels sont les deux systèmes et les principaux arguments que l'on fait valoir à leur appui. Quelle est, de ces deux opinions celle qui doit l'emporter sur l'autre ? Pour nous, nous n'hésitons pas à croire qu'elles sont toutes les deux également l'expression d'une idée vraie en principe ; mais que les défenseurs de l'un et l'autre système auraient dû faire une précision essentielle. Entre présents, croyons-nous, le consentement des parties est suffisant, entre

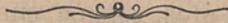
(1) Quant à l'argument tiré du texte qui assimile le mariage à l'hypothèque, il ne saurait avoir une force quelconque. Pour le renverser, il suffit, en effet, d'observer que le mariage n'est point un contrat ordinaire, mais bien un contrat sui generis d'une nature spéciale. S'il en est ainsi, il est au moins téméraire de raisonner par analogie, en la matière qui nous occupe.

absents au contraire la *deductio in domum mariti* est nécessaire. Cette solution résulte en effet des textes que nous avons déjà cités, et qui s'accordent tous à exiger non pas que le *concubitus* existe mais du moins qu'il puisse ou qu'il ait pu se produire.

Mais fallait-il de plus, comme chez les modernes, la nécessité d'une célébration publique, civile ou religieuse ? Il est vrai que les jurisconsultes, les littérateurs et les poètes font mention de nombreuses cérémonies qui précédaient et accompagnaient les justes noces ; mais ces solennités dérivant de la coutume (*solenni, solere*) ou de l'usage n'étaient pas requises pour la validité du lien conjugal. Il suit de là qu'à Rome on ne se préoccupait pas de conditions extérieures de publicité qui seraient destinées à ne rien garantir. Sous ce rapport la législation romaine est inférieure à la législation française ; car la publicité seule prouve l'expression pure de la volonté formelle et libre des parties et protège cette même volonté contre la contrainte extérieure ou la surprise.

Il ne fallait pas davantage rédiger de conventions matrimoniales. Pourtant ces actes extérieurs n'étaient pas sans utilité même au point de vue juridique, puisqu'ils constataient d'une manière certaine le moment auquel le mariage avait commencé. C'est sans doute pour obtenir ce but que Justinien veut que des personnes illustres passent un contrat de mariage et que d'autres *personæ honestiores* fassent une déclaration à l'église, sans que pourtant l'omission de ces formalités puisse entraîner la nullité du mariage.

S'il en est ainsi, si le mariage se contracte hors de la présence de tout officier de l'état civil, il faut bien conclure qu'il ne saurait être question d'empêchement prohibitif en droit romain.



CHAPITRE II

Des conditions requises pour la validité du mariage.

Supposons maintenant que le mariage existe et demandons-nous quelles sont les conditions nécessaires à sa validité? D'après Ulpien (V, § 2) trois conditions sont requises pour la validité du mariage : la puberté, le consentement du *paterfamilias* si le futur époux n'est pas *sui juris*, enfin le *connubium*. Nous examinerons successivement chacune de ces conditions dans trois sections différentes, nous réservant de traiter dans un appendice de quelques cas particuliers d'empêchements au mariage.

SECTION I

De la puberté.

L'homme est *pubes*, quand il est apte à engendrer ; la femme est *viri potens* quand elle est susceptible de concevoir. On comprend aisément pourquoi cette condition est exigée ; le mariage ayant pour but

principal et immédiat la procréation des enfants, il faut bien que ceux qui vont s'unir puissent poursuivre le but qu'ils se proposent d'atteindre. L'union de l'homme et de la femme ainsi entendue, il suit de là que les castrats, dont l'impuissance peut être sûrement constatée, ne contractent pas de mariage valable. Il en est de même des impubères. Quant aux *spadones* dont l'impuissance naturelle ne peut être constatée avec une suffisante certitude, ils peuvent valablement se marier.

Mais, où finit l'impuberté, où commence la puberté? La difficulté vient de ce que le passage à la puberté ne se manifeste extérieurement par aucun signe bien précis et tellement évident qu'on n'ose élever un doute à cet égard. Pour la femme, les Romains ne semblent pas avoir hésité; de tout temps ils fixèrent sa puberté à 12 ans révolus. (Liv. 1, T. 22, Inst. Just.) « antiquitatis normam in feminis bene positam, [in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viri potentes esse credantur, » nous dit en effet Justinien. Quant aux hommes, la législation ne conserva point la même fixité. Déclarés *pueri* jusqu'à 17 ans par la constitution de Servius Tullius, ils devenaient légalement pubères à partir de cet âge. Laissant alors de côté leur robe prétexte, ils paraissaient aux Liberalia revêtus de la toge virile, signe apparent de leur capacité nouvelle. Mais les derniers vestiges de cette constitution disparaissent sous l'empire et avec elle la manifestation quelque peu primitive du passage à la puberté. A cette époque, grande divergence en-

tre les juriconsultes sur le point de savoir quand et comment l'on fixerait la puberté de l'homme. D'un côté les Proculiens fixant invariablement la puberté à 14 ans révolus; de l'autre les Sabinien considérant comme pubère celui-là seul qui pouvait réellement engendrer. Outre que ce dernier moyen exigeait des *inspectiones corporis* désagréables pour les patients, il ne pouvait produire que des résultats médiocrement certains. (Gaius tom. 1, § 196). Enfin, nous contentant de signaler le système de Priscus, système mixte, d'un mérite négatif, nous dirons que Justinien dont la pudeur se révoltait en face de l'opinion des Sabinien, trancha définitivement la question, et, consacrant le système des Proculien, fixa la puberté de l'homme à 14 ans révolus et cela dans tous les cas: « Nostra autem » majestas, nous dit-il en effet dans ses Inst. liv. » 1, T. 22, avec la pompe qui lui est familière, » dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, benè putavit, quod in feminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. » Ainsi, à Rome, dans le dernier état du droit, les femmes étaient pubères à 12 ans et les hommes à 14 ans.

SECTION II

Du consentement du *paterfamilias* et de quelques autres personnes.

Une deuxième condition requise pour la validité

du mariage, est le consentement du *paterfamilias*. Le droit qu'a ainsi le père de famille de consentir ou de s'opposer au mariage de ses descendants est une émanation directe de la *patria potestas*. Or, nous savons que cette puissance paternelle est plutôt une délégation de la puissance publique, un pouvoir exorbitant établi dans l'intérêt du père lui-même qu'un système de protection utile aux intérêts de l'enfant. Il suit de là : 1° que les ascendants maternels, la mère elle-même ne sont jamais consultés ; 2° que telle doit être la situation des ascendants paternels eux-mêmes qui n'ont pas la puissance, dont les fils ont été émancipés ou donnés en adoption. De là il semblerait encore résulter que les petits-fils, placés sous la puissance de leur grand-père pourraient impunément se passer du consentement de leur père sous la puissance duquel ils ne sont point ; et c'est en effet ce qui se produit à l'égard des petites-filles (*neptes*). Quant aux petits-fils, il n'en est point ainsi : bien que sous la puissance de leur grand-père ils sont obligés d'obtenir outre le consentement de ce dernier, l'agrément de leur père. La loi 16, § 1, de *ritu nuptiarum* dispose en effet : « Nepote » uxorem ducente, et filius consentire debet ; neptis » vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet. » Comment expliquer cette distinction. Le motif en est bien simple ; c'est que le petit-fils en se mariant va peut-être donner le jour à des enfants destinés à passer sous la puissance de son père et à devenir ainsi ses *sui hæredes*. Or, il est de principe que nul ne peut avoir des *héritiers siens* malgré soi. La même

raison de décider ne se présentait point à l'égard des petites-filles dont les enfants à naître ne pouvaient être en aucune façon destinés à passer un jour sous la puissance de leur grand-père maternel.

De ce que le droit qui compète au père de consentir ou non au mariage de son fils est un attribut essentiel de la *patria potestas*, il résulte encore que le consentement du père de famille est toujours exigé, le fils eût-il 80 ans — et à l'inverse, le fils *sui juris* peut sans le consentement du *paterfamilias*, contracter un mariage valable, et cela n'eût-il lui-même que 14 ans.

C'est, en effet, ce que nous dit Modestin dans la loi 25, au Dig. *de ritu nuptiarum* : « Filius emancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest, et susceptus filius ei heres erit. » Ainsi, le mineur de vingt-cinq ans *sui juris* pouvait librement se marier ; le curateur qui l'assistait, devait veiller à la conservation de sa fortune ; mais n'avait nullement mission de s'occuper de son mariage. Toutefois, dans le droit du Bas-Empire, deux constitutions appartenant l'une aux empereurs Valens, Valentinien et Gratien, l'autre à Honorius et à Théodose le Jeune et figurant au code, au Tit. *de nuptiis* (lois 18 et 20) vinrent apporter sur ce point de graves modifications. La première décida que la veuve *sui juris*, mineure de 25 ans, ne pourrait contracter un deuxième mariage sans le consentement de son père s'il vivait encore ; sinon elle devait obtenir le consentement de sa mère, et à défaut de mère, celui des plus proches parents. Et chose curieuse ! quand

la fille mineure de 25 ans et orpheline n'ose choisir elle-même entre les divers prétendants qui l'assiègent le juge se charge du choix. La deuxième constitution étendit les dispositions de la première à toute mineure de 25 ans. On voit apparaître dans ces constitutions une tendance à des idées nouvelles : le consentement des parents semblerait n'être désormais exigé que dans l'intérêt exclusif des enfants.

Quoi qu'il en soit, on n'impose aucune forme de rigueur à la manifestation du consentement, il suffit que le père ne contredise pas ; telle est d'ailleurs la solution qui résulte clairement de la loi 5 au code, livre 5, T. 4 : « Si (ut proponis), pater quondam »
» mariti tui, in cujus fuit potestate, cognitis nuptiis »
» vestris, non contradixit : vereri non debes, ne ne »
» potem suum non agnoscat. » Cependant, il faut que le consentement du *paterfamilias* précède le mariage sans quoi l'union ne revêtirait le caractère de justes noces que du jour où le père aurait donné son consentement ultérieur et cela sans effet rétroactif. Un texte de Paul semble au premier abord contredire ce principe et admettre que le mariage célébré sans le consentement des parents est valable ; l'absence du consentement paternel ne serait alors qu'une sorte d'empêchement prohibitif. Voici le texte sur lequel se sont basés certains interprètes pour soutenir l'opinion que nous venons de signaler : « Eorum, qui in potestate patris sunt, sive voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur ; sed »
» contracta non solvuntur. » Sent. Paul, liv. 2, T. 19, § 2. Les fils de famille, placés sous la puissance de

leur père ne peuvent se marier sans son consentement ; mais si en fait le mariage a eu lieu, il doit tenir : *contracta non solvuntur*. Telle est l'explication que donnent de ce texte les partisans de l'opinion que nous avons mentionnée ; mais cette interprétation, malgré sa simplicité apparente, se heurte trop ouvertement contre des textes formels pour que nous puissions l'admettre. Il nous semble que l'on fait dire au jurisconsulte Paul ce qu'il n'a probablement jamais songé à dire. D'ailleurs, en nous pénétrant bien du texte qui nous occupe, nous voyons qu'un sens tout différent ne tarde pas à se présenter naturellement à l'esprit. Avant Antonin le Pieux, en effet, le *paterfamilias* était tout puissant en ce qui touchait le mariage des enfants qu'il avait sous sa puissance ; il pouvait consentir d'abord au mariage, et l'union contractée la détruire *ad nutum*, si tel était son bon plaisir. A partir d'Antonin le Pieux, il n'en est plus ainsi, le consentement du père de famille continue sans doute à être exigé ; mais une fois que le consentement a été donné, et que sur la foi de ce consentement l'union s'est produite, le père n'est plus recevable à venir ensuite anéantir un mariage valablement contracté. C'est là ce qui a fait dire au jurisconsulte Paul : *contracta non solvuntur*.

Ainsi la loi impose à l'enfant qui va se marier l'obligation d'obtenir le consentement du père de famille mais il est des circonstances où il sera bien obligé de s'en passer :

1° Avant le règne d'Auguste, la puissance législa-

tive n'intervenait pas pour contraindre le père injustement récalcitrant à consentir au mariage de son fils. Celui-ci pouvait dès lors se voir arbitrairement condamné au célibat. Il y avait là un fait exorbitant qu'il était urgent de faire cesser surtout après les déchéances que les lois caducaires avaient édictées contre le célibat. Aussi la loi Julia mit-elle fin à de semblables abus ; à partir de cette loi, les ascendants qui empêchaient systématiquement leurs enfants de se marier sans leur chercher un parti convenable, étaient forcés par les magistrats de les marier, et même, d'après une constitution de Sévère et Antonin, de leur donner une *dot*. C'était aller un peu loin que de forcer le père à doter son enfant ; et d'affaiblir ainsi l'autorité paternelle en exposant le père à un procès irrespectueux de la part de l'enfant qui réclamait sa dot. Mais il ne faut point s'étonner que Sévère et Antonin aient en cette circonstance quelque peu dépassé le but ; une réaction violente en amène toujours une autre plus violente encore et en sens contraire. Peut-être eût-il mieux valu, comme dans notre société actuelle abandonner à la sollicitude des parents le soin de veiller à l'avenir de leurs enfants et à l'opinion publique celui de marquer au front d'un stigmate de honte le père que son égoïsme a pu rendre injuste envers son fils ;

2° Il est une autre situation spéciale que les juriconsultes n'ont pas manqué de prévoir, nous voulons parler de l'hypothèse où le père est dans l'im-

possibilité de manifester sa volonté, parce qu'il est fou, ou captif, ou absent.

LE PÈRE EST FOU. — Nous savons qu'il était de principe à Rome que nul ne pouvait avoir des héritiers siens malgré soi. Voilà pourquoi, les fils de famille dont le père était en démence durent jusqu'à Marc-Aurèle, obtenir l'autorisation impériale pour contracter un mariage valable. Quant aux filles du dément qui ne risquaient point d'introduire dans la famille de leur père des héritiers siens, on leur reconnut de bonne heure le droit de se marier librement.

Marc-Aurèle supprima à cet égard toute distinction entre les fils et les filles de familles, et décida que désormais les enfants du *mente captus* pourraient librement se marier. Mais les jurisconsultes n'étaient pas d'accord quand il s'agissait d'interpréter cette disposition ; l'expression *mente captus* laissait un vaste champ à la controverse. Dans ces termes les uns ne voulaient point comprendre le *furiosus* dont la folie est parfois éclairée d'intervalles lucides. Pourquoi laisser toute liberté aux enfants du *furiosus* ; ne peuvent-ils pas attendre et profiter d'un moment de raison pour demander à leur père son consentement ? Les autres soutenaient au contraire que la constitution de Marc-Aurèle s'appliquait aux divers genres de folies, aux *furiosi* comme aux autres. Justinien tranche définitivement la question et sous ce prince tous les fils du dément sans distinction peuvent contracter mariage en suppléant le consente-

ment du père par l'autorisation du préfet à Constantinople, de l'évêque dans les provinces, en présence des plus proches parents et du curateur du futur. (Loi 25 code de Nuptiis).

LE PÈRE EST CAPTIF. — Dans cette hypothèse, de deux choses l'une : ou le père meurt prisonnier chez l'ennemi, ou il revient de captivité. Au 1^{er} cas, il ne saurait y avoir de doute, le mariage contracté par son fils est valable ; car il est réputé *sui juris* à partir du jour où son père a été fait prisonnier ; au 2^e, grâce aux bienfaits du *postliminium*, le père est censé n'avoir jamais été privé de la puissance paternelle ; il suivrait de là que le mariage contracté par son fils serait nul comme contracté sans son consentement.

Mais est-il vrai que le mariage fut nul ? Un texte de Tryphoninus figurant au Digeste au titre de Captivis, loi 12, § 3, nous dit formellement le contraire : « Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest ; quamvis consentire nuptiis pater ejus non possit. » Ainsi, le mariage est et demeure valable et cette solution, aux yeux du jurisconsulte ne présente rien d'étrange : « quia, » ajoute-t-il, *illius temporis conditio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat.* » Toutefois, la loi 11 au Dig. 25, 2 va jusqu'à exiger que le fils du prisonnier attende que 3 années se soient écoulées depuis la captivité du père ; passé ce délai il peut se dispenser de son consentement. Un

fragment de Paul (loi 10 Dig, 25, 2) donne la même règle en cas d'absence du père.

Hâtons-nous d'ajouter que ce que nous venons de dire ne s'applique qu'autant que le grand-père est également dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Que si ce grand-père est présent et sain d'esprit son consentement suffira pour autoriser le petit-fils à contracter un mariage valable.

SECTION III

Du Connubium

Dans un sens large, on désigne ainsi l'aptitude générale à contracter les justes noces. Cette aptitude n'appartient qu'aux personnes qui peuvent avoir la *patria potestas* ou y être soumis c'est-à-dire aux Romains des deux sexes. Il suit de là que les esclaves, les Latins et les Pérégrins n'ont point le connubium. Quant aux esclaves, cela est tellement vrai qu'ils ne peuvent être relevés de cette incapacité que par l'affranchissement. Plus favorisés que les esclaves, les Latins et les Pérégrins peuvent contracter avec une citoyenne un mariage du droit des gens ; parfois même un mariage du droit civil en vertu d'une concession expresse. (Ulp. regul. tit. 5 § 4).

Accordées déjà même sous la République, soit à des individus spécialement favorisés, soit, par voie de disposition générale à des cités entières, ces concessions du connubium furent bientôt prodiguées par les Empereurs. Désireux de se concilier les légions,

ils prirent l'habitude de concéder aux vétérants le privilège de communiquer le *connubium* aux femmes latines ou pérégrines qu'ils épouseraient après leur congé (Gaius com. 1. § 56 et 57). Enfin, a partir de la constitution de Caracalla qui fit des citoyens de tous les sujets de l'empire, il n'y eut plus ni Latins ni Pérégrins. Dès lors il n'existe que des citoyens et des barbares comme il n'y avait autrefois que des citoyens et des ennemis (*hostes*). Les barbares, les gentils eux-mêmes établis en masse dans les colonies militaires, souvent même incorporés dans les légions, ne tardèrent pas à s'introduire peu à peu dans la société générale dont ils compromirent l'existence. L'énergie des remèdes employés atteste le danger que courut l'empire. Valentinien et Valens ne se contentèrent pas de rappeler les citoyens à l'observation et au respect de la loi ; dans une constitution insérée au code Théodosien 5, 14, ils prononcèrent la peine de mort contre tout romain qui épouserait une femme barbare. Justinien abrogeant une semblable pénalité, a néanmoins maintenu contre les barbares l'incapacité qui les frappait ; les justes noces leur restent toujours inaccessibles.

Dans un sens spécial et plus restreint le mot *connubium* signifie l'aptitude qu'ont deux personnes à contracter ensemble un *justum matrimonium* ; car il est des personnes qui peuvent en principe contracter des justes noces, mais qui sont néanmoins incapables d'épouser telle ou telle personne.

Nous devons maintenant rechercher dans quel cas

deux personnes, en possession l'une et l'autre du jus civitatis, pubères d'ailleurs et munies s'il y a lieu du consentement du père de famille, ne pourraient cependant contracter ensemble un *justum matrimonium*.

Si nous parcourons les Institutes, nous trouvons en première ligne, les obstacles résultant de la parenté et de l'alliance. C'est principalement à l'occasion de ces deux catégories d'empêchement que nous croyons devoir nous étendre, imitant en cela Justinien qui faisant une allusion plus ou moins vague à des prohibitions multiples ne développe que ces deux. On les justifie, à bon droit, à l'aide des considérations suivantes : 1° L'expérience a démontré que des mariages multipliés entre parents trop rapprochés amènent toujours une descendance dégradée ; constitution débile et souvent contrefaite, intelligence bornée, telles sont les conséquences les plus ordinaires de semblables unions ! 2° Permettre le mariage entre personnes vivant sous le même toit, dans la plus grande intimité ou sous l'autorité l'une de l'autre, c'est vouloir exciter les membres d'une famille à des désordres que l'espoir du mariage rendrait permanents.

1° *Empêchement résultant de la parenté.* — Il y a deux espèces de parenté ; 1° la *cognition*, c'est-à-dire le lien qui unit entre eux tous ceux qui descendent d'un auteur commun et ceux qui sont supposés par des actes juridiques, avoir un auteur commun ; 2° l'*agnation*, c'est-à-dire le lien qui unit ceux qui

sont sous la puissance d'un même père de famille ou qui auraient été placés sous la puissance de ce père de famille, s'il n'était pas mort. La première est la parenté naturelle, résultant du lien du sang, la deuxième est la parenté civile.

En ligne directe, la parenté fait obstacle au mariage *ad infinitum* (Inst. liv. 1, T. X, § 1), que le lien de parenté soit naturel, ou qu'il résulte de l'adoption, peu importe. L'empêchement subsiste malgré l'émancipation qui rompt le lien de famille ; c'est, qu'en effet, il fallait réprimer les désordres auxquels l'espérance d'un mariage ultérieur eût donné lieu.

En ligne collatérale, le principe est que le mariage ne peut avoir lieu, quand l'un {des deux futurs est à un degré seulement de l'auteur commun. Ainsi, le mariage est prohibé entre frères et sœurs ; et cela sans distinguer s'ils sont germains, utérins ou consanguins. Toutefois quand la cognation est fondée sur l'adoption, il faut distinguer : l'adoption subsiste-t-elle encore, tout mariage est impossible entre frères et sœurs adoptifs ; a-t-elle disparu, la cognation a disparu comme elle, et le mariage est possible « Je » puis donc épouser ma sœur adoptive, si l'agnation » qui nous unissait a été brisée par son émancipation » ou par la mienne. » Et de là les Romains tirent la conclusion suivante : « Lorsque je veux adopter la » femme de mon fils ou le mari de ma fille ; je dois » commencer par émanciper celui des deux conjoints » qui se trouve mon descendant. Ainsi, si je veux » adopter mon gendre, il faut que j'émancipe ma » fille ; car alors mon gendre se trouverait le frère de

» sa femme. » Mais, ici une difficulté, surgit : Qu'arrivera-t-il si je n'ai pas émancipé ma fille, lequel des deux sera nul, du mariage ou du contrat d'adoption ? — On décide en général, que l'adoption tient ; et on admet par là que le père en adoptant le gendre dissout le mariage de sa fille. A l'appui de cette solution on invoque un texte de Tryphoninus, (loi 67, § 3, Dig. 23, 2), ainsi conçu : « Sed videamus, » si Titius filius duxerit uxorem eam quæ tua pupilla fuit, deinde Titium adoptaveris, an perimentur nuptiæ, an adoptio impeditur ? Quod magis dicendum est, etsi curator, dum gerit curam, adoptaverit maritum ejus puellæ, cujus curator est. » Ce texte dit bien quelque chose ; mais n'est pas assez formel pour fournir une raison de décider ; il se rattache à une question de tutelle. Nous répondons que c'est incidemment que Tryphoninus fait entrevoir que les noces du gendre sont rompues. C'est là une opinion en passant. Tryphoninus n'entre dans aucun détail, ne donne aucun motif. Nous voulons bien admettre que cela se passât ainsi dans l'ancien droit, que le père en adoptant le gendre pût rompre le mariage de sa fille ; mais plus tard, du temps de Paul par exemple, une pareille solution est impossible. Que nous dit, en effet, ce jurisconsulte au livre II, T. XIX, § 2, de ses sentences ? « contracta non solvuntur. » Par cette expression énergique, il nous atteste que la puissance paternelle ne peut plus dissoudre le mariage. De là, il nous est bien permis de conclure que c'est l'adoption qui est nulle dans le cas où le père a adopté le gendre sans émanciper la fille ;

quant au mariage, il tiendra. Gaius, d'ailleurs, conseillant pour adopter le gendre d'émanciper la fille, ce conseil ne devient-il pas une loi ?

Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu ! « quia parentum loco habentur, » parce qu'ils ont pour leurs neveux et nièces, une affection de même nature, sinon de même énergie, que celle des père et mère, et qu'ils exercent sur eux, sinon la même autorité légale, du moins une influence de fait un peu analogue. Le rapport de tante à neveu, d'oncle à nièce, est un obstacle à toute union légitime, quand même le lien n'existerait qu'à suite d'une adoption. Cela est également vrai, qu'il s'agisse d'oncles ou tantes paternels (*patruus, amita*) ou maternels (*avunculus, matertera*). Même prohibition entre grand-oncle et petite-nièce, grand'tante et petit-neveu. C'est toujours la conséquence du principe qui régit la matière et qui veut que le mariage soit impossible quand l'un des futurs conjoints n'est éloigné de l'auteur commun que d'un degré. — Aux règles que nous venons d'exposer deux modifications furent apportées ; c'est pour nous un devoir de les signaler bien qu'elles aient eu une existence éphémère. La première demeure comme un monument commémoratif de la basse complaisance du sénat pour un homme que ses passions ont rendu honteusement célèbre. violemment épris d'Agrippine, fille de son frère Germanicus, l'empereur Claude fit décider que désormais il serait permis à l'oncle paternel d'épouser sa nièce ; mais hâtons-nous d'ajouter que cette innovation demeura essentiellement res-

trictive ; comme par le passé, la tante ne put épouser le neveu, l'oncle maternel la fille de sa sœur. Les fils de Constantin firent d'ailleurs cesser cet état de choses. La 2^e dérogation que nous avons signalée est due à l'influence du christianisme. Dans le droit classique, le mariage était permis entre cousins germains car ils sont à deux degrés de l'auteur commun. Théodose le défendit ; mais une constitution d'Arcadius et Honorius le permit de nouveau et ce droit fut maintenu.

2^o *Empêchement résultant de l'alliance.* — L'alliance se distingue de la parenté : c'est le lien qui existe entre un conjoint et les parents de l'autre. L'affinité est un obstacle au mariage. Avant d'aller plus avant en cette matière, nous devons nous demander si l'alliance existe lorsque le mariage qui la formait est dissout par la mort d'un époux. On dit en général qu'elle cesse, en vertu du principe : cessante causâ cessat et effectus. Cela est-il bien exact ? Qu'il nous soit permis d'en douter ! Nous soutenons que les effets de l'affinité existent. Voyons en effet le § 218 des fragm. vatic. Ce texte nous donne raison ; il met, en effet, sur la même ligne celui qui a été gendre et celui qui le serait, quand il s'agit de recueillir les bénéfices d'une disposition testamentaire. Ici on maintient l'affinité non point à cause de *l'honestas publica* ; mais pour faire produire à l'alliance tous ses résultats. Toutes les fois que la loi aura établi des faveurs à l'égard des alliés et qu'elle ne se sera pas exprimée dans le sens contraire, l'affinité produira ses

effets, sans qu'on ait à rechercher si l'époux qui l'a fait naître est mort ou non. Voilà le principe. Il est vrai qu'on oppose à notre solution le § 7 des *llst. de Just.* liv. 1, T. 10, ainsi conçu : « *Socrum* » quoque et *novercam* prohibitum est uxorem duce-
» re, quia matris loco sunt ; quod et ipsum *dissolutâ*
» *affinitate* procedit. » Ce texte irait jusqu'à prouver que l'affinité est détruite, même s'il y avait des enfants ; dès lors devant prouver trop, il ne prouve rien. Qu'est-ce à dire ? La réponse est bien simple. Il y a eu confusion et Justinien par l'expression *dissoluta ad finitate* a voulu dire *dissoluto matrimonio*. Ainsi l'alliance existe après la dissolution du mariage et c'est alors surtout qu'elle produit ses effets ; car, ainsi que nous le fait remarquer naïvement Justinien, si une femme est encore votre marâtre, c'est-à-dire, la femme de votre père, le droit commun l'empêche de s'unir à vous, parce que la même femme ne peut être mariée à deux hommes ; et de même si une femme est encore votre belle-mère, c'est-à-dire, si sa fille est toujours mariée avec vous, — ce qui empêche le mariage, c'est que vous ne pouvez point avoir deux femmes.

L'alliance, avons-nous dit, est un obstacle au mariage ; mais dans quelle mesure ?

En ligne directe, le mariage est toujours prohibé entre alliés à l'infini ; on ne peut épouser sa belle-fille (*privigna*) c'est-à-dire la fille de sa femme, issue d'une précédente union ; ni sa bru (*nurus*), ni la mère de sa femme (*socrus*), ni sa marâtre (*noverca*). Bien mieux, on a plutôt égard à l'*honestas publica*,

qu'à la logique rigoureuse : de là les jurisconsultes conseillaient au fils de ne point épouser la fiancée de son père, au père de ne pas s'unir à la fiancée de son fils, et de semblables conseils acquirent bientôt la force et l'autorité d'une loi. De même l'époux divorcé ne peut se marier avec la fille que sa femme aurait conçue d'un mariage subséquent ; bien que à son égard elle ne fût pas une *noverca* (Loi 12 § 1, 5. 23. 2 Dig.).

En ligne collatérale, l'alliance ne peut, en principe, empêcher le mariage. C'est seulement à partir de Constance, que, l'influence du christianisme se faisant sentir, le mariage fut défendu entre beau-frère et belle-sœur ; cette prohibition, renouvelée par d'autres empereurs chrétiens fut maintenue par Justinien (Loi 5, code 5. 5).

L'affinité est un empêchement, même quand elle procède de la parenté servile et du concubinat.

APPENDICE

A côté de ces empêchements il en est d'autres que nous ne pouvons passer sous silence et qui proviennent du droit civil. Nous nous bornerons à en faire une simple énumération sauf à insister lorsque la matière présentera quelque importance pratique ou historique.

1° *Empêchements fondés sur la différence de positions sociales.* — Dès le principe, le mariage était défendu entre les patriciens et les plébéiens. Cette prohibition, source permanente de dissensions intérieures, disparut grâce à l'initiative énergique du tribun Canuléius. — Entre ingénus et affranchis, le mariage fut plus longtemps interdit ; il fallut les lois Pappia Poppœa et Julia pour rendre possible l'union entre ingénus et affranchis ; encore ces lois maintinrent-elles la prohibition à l'égard des sénateurs et de leurs fils. Ce changement, si équitable en lui-même, amena les conséquences fâcheuses que semblaient redouter les vieux et austères romains. De ce mélange naquit un peuple nouveau auquel le goût des armes et des rudes travaux était inconnu, sans énergie, ne demandant plus que *panem et circenses*. Qu'il y avait loin de cette populace à la plèbe républicaine !

Aucun ingénu ne pouvait se marier avec des personnes de condition honteuse, des prostituées, des femmes condamnées *judicio publico*, femmes adultères, comédiennes, en un mot avec toute femme notée d'infamie.

Constantin confirma les lois précédentes et de plus édicta l'infamie contre les sénateurs épousant des affranchies et des comédiennes. Justin, oncle et père de Justinien, changea la législation sur ce point. Favorisant la passion violente que la comédienne Théodora avait inspirée à son neveu, il admit que désormais les comédiennes retirées des affaires et réhabilitées par l'empereur ne seraient plus considérées comme abjectes. Faut-il s'étonner que Justinien,

mari d'une comédienne, soit allée encore plus loin ? A partir de ce prince, toute personne même revêtue d'une haute dignité put s'unir à une femme même abjecte, à la seule condition qu'un *instrumentum dotale* fut dressé.

2° *Empêchement résultant de l'exercice de certaines fonctions.* — Un gouverneur de province ne peut épouser une fille qui lui est soumise (Loi 58. Dig. 25. 2). Quel peut être le motif d'une telle prohibition ? — On craignait qu'un gouverneur de province n'usât de son autorité pour épouser une fille très-riche. Mais si avant d'entrer en fonctions, il était déjà le fiancé de la jeune fille, il pouvait l'épouser ; car alors il n'était plus à craindre que le fonctionnaire arrachât à la jeune fille et à ses parents un consentement que le fiancé avait depuis longtemps (§ 2 même loi).

Un gouverneur pouvait unir sa fille à un individu habitant la province ; tandis qu'il ne pouvait pas marier son fils dans les mêmes conditions. C'est ce que nous dit en effet la loi 57, eodem titulo. Pourquoi cette différence ? Elle tient à la disparité des résultats obtenus. Quand on a empêché le gouverneur de se marier, on craignait qu'il ne cherchât à s'enrichir ; le mariage du fils devait également faire craindre que le père ne profitât de la dot. Pour le mariage de la fille au contraire, il ne saurait en être ainsi, car dans ce cas, le père donne la dot au lieu d'en profiter.

L'empêchement dont nous parlons, cesse avec les fonctions de celui qu'il frappe. Il suit de là que si un gouverneur épouse une femme domiciliée dans sa

province et qu'ensuite il se démette de ses fonctions, à partir de ce moment le mariage vaudra et les enfants ultérieurement nés seront légitimes.

5° *Empêchements résultant de la tutelle ou de la curatelle.* — Le tuteur, le curateur et leurs enfants, ne pouvaient se marier avec la femme mineure de 25 ans dont ils avaient géré la tutelle (Loi 56, 25, 2. Dig.). Il faut, pour que le mariage puisse avoir lieu, qu'un an se soit écoulé depuis la reddition des comptes de tutelle (Loi 23, eodem titulo), on comprend le motif d'une semblable prohibition ; on craignait que le tuteur ou le curateur ne cherchât par un tel mariage à éluder la nécessité de rendre un compte sérieux. La pupille avait, il est vrai, l'*in integrum restitutio* ; mais ce recours devenait bien illusoire entre les mains de la femme ou de la bru de l'ancien tuteur. L'empêchement cessait, quand le père de la jeune fille l'avait fiancée ou destinée à son tuteur ou quand il avait dans son testament exprimé le désir que sa fille s'unît à lui. L'obstacle au mariage était encore levé quand la pupille était la fille d'un fils émancipé du tuteur ; dans ce cas un petit-fils du tuteur, né d'un autre fils, épouserait valablement la pupille. L'affection présumée de l'aïeul paraissait une garantie suffisante contre une gestion indélicate. Tout tuteur exposé à rendre compte tombe sous le coup de cette prohibition ; il en est de même des enfants du tuteur, qu'ils soient naturels, adoptifs, légitimes, peu importe.

Observons toutefois que s'il est défendu au tuteur

d'épouser sa pupille, il ne lui est pas interdit d'épouser la fille de celle dont il a géré la tutelle, car le compte qu'il devait est devenu une simple dette dont la succession est créancière ; or rien n'empêche le débiteur d'épouser sa créancière ou de la faire épouser à son fils.

4° *Empêchements résultant de l'honestas publica.* —

1° Le mariage est prohibé entre un fils adoptif et la veuve de son père adoptif, de même, entre le père adoptif, après l'émancipation de l'adopté et la veuve de ce dernier, entre la tante maternelle du père adoptif et le fils adoptif.

2° Un fils ne peut s'unir à la fiancée de son père et vice versâ ; une mère au fiancé de sa fille.

3° La patronne ne peut épouser son affranchi.

4° Le mariage ne peut avoir lieu entre la femme adultère et son complice, entre la jeune fille et son ravisseur. Nous ne pouvons qu'approuver la première de ces deux dispositions ; mais il nous est impossible de ne point nous élever contre la deuxième. C'est infliger à un moment d'oubli une punition bien cruelle, c'est châtier bien rigoureusement une faute due la plupart du temps à l'inexpérience et à la jeunesse.

5° *Empêchements résultant des droits de patronage.* —

L'esclave affranchie ne pouvait se marier avec tout

autre que son patron, à moins que celui-ci n'eût point voulu d'elle. Unie à son patron, elle ne pouvait divorcer sans l'agrément de son mari (Loi 45. Dig. 23. 2). Mais le patron ne peut s'opposer au second mariage de l'affranchie qu'il a épousée s'il n'entend point lui-même la garder pour femme. On le considérera comme n'en voulant plus, lorsqu'il aura manifesté sa froideur par des paroles et des actes, notamment quand il aura pris une concubine ; car il est de principe qu'on ne peut avoir à la fois une concubine et une femme légitime.

6° *Empêchements fondés sur la religion.* — Les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius dans une constitution insérée au code (loi 6. 1. 9) proscrivirent le mariage d'un juif et d'une chrétienne, d'un chrétien et d'une juive. Sous Justinien un autre empêchement résultait de l'engagement dans les ordres sacrés.

7° *Empêchement résultant de l'existence d'un premier lien et de l'adultère.* — A Rome la bigamie n'était point admise ; non-seulement un citoyen ne pouvait avoir deux femmes légitimes ou une femme légitime et une concubine, mais encore il lui était interdit de s'adjoindre deux concubines. Il suit de là qu'une fois marié, on ne pouvait convoler une deuxième fois avant que le lien de la première union ne fût dissous.

La femme adultère, nous le savons, ne pouvait point se marier avec son complice ; bien mieux, il lui était interdit de se marier avec n'importe quel

homme. On entendait par femme adultère celle qui avait eu des relations avec un autre que son mari ; il importait peu d'ailleurs que le complice fût ou non marié lui-même ; mais pour qu'il y eût adultère, il était indispensable que la femme fut mariée. Pour que le mariage fut défendu à la femme adultère il fallait qu'elle eut été condamnée comme telle.

8° *Empêchement résultant de l'état de viduité de la femme.* — La veuve avant de se remarier doit laisser écouler l'année de deuil ; ce délai de 10 mois, au temps des jurisconsultes, fut porté à 12 par une constitution de Gratien. Est-ce là une pure question de convenances ? Nous ne le croyons pas, et la preuve qu'il n'en est point ainsi, c'est que le veuf pouvait se remarier immédiatement après le décès de sa femme, bien que les convenances exigeâssent de lui qu'il prit au moins le temps de pleurer la défunte ; d'ailleurs, la femme devait attendre même quand le mariage était dissous par le divorce. Le vrai motif de cette prohibition, c'est que les Romains voulaient laisser à la veuve le temps de déposer son précieux fardeau au cas où elle serait enceinte, et éviter ainsi la confusion de part, l'incertitude de la paternité.

Toutefois le mariage contracté au mépris de cette dernière prohibition n'est point nul, seulement plusieurs personnes encourent l'infamie : le père de la femme si elle est *filia familias*, la femme elle-même depuis la loi Julia ; mais non point dans le droit de Justinien. Enfin le nouveau mari s'il s'est offert sponte suâ.

Nous avons ainsi terminé l'énumération des divers empêchements au *justum connubium* ; pour compléter notre tâche, il nous reste à exposer quelles étaient les sanctions établies par la loi à la violation des règles que nous venons de tracer, et c'est là ce qui fait l'objet de notre 5^e chapitre.

CHAPITRE III

Sanctions des prescriptions légales en notre matière.

En général, quand une union a été contractée au mépris des prescriptions légales, la peine principale est la revendication de la dot par le fisc ; et, en effet, puisqu'il n'y a pas eu mariage, il n'y a point de dot ; elle est donc perdue pour la personne qui l'a constituée et pour celle qui l'a reçue. Cette peine s'applique dans tous les cas où il y a nullité. De même, les donations *ante nuptias* sont également confisquées ; et de plus les contrevenants ne peuvent se faire aucune donation. Cela dit, nous devons maintenant examiner spécialement ce qui arrivera si chacune des conditions exigées n'a pas été remplie.

Et d'abord qu'advient-il si deux impubères ou deux personnes dont l'une est impubère s'unissent en vue de contracter mariage ? Cette union ne saurait

produire autre chose qu'une cohabitation de fait ; toutefois, si elle existe encore au jour où les deux prétendus conjoints auront atteint l'âge de la puberté, cette union deviendra alors un *justum matrimonium* ayant seulement date du jour de la puberté.

De même, si une union a été contractée sans que les deux futurs conjoints aient obtenu le consentement du *paterfamilias*, cette union ne constitue point un mariage régulier ; elle ne deviendra un *justum matrimonium*, et cela sans effet rétroactif, que du jour où le père aura donné son consentement, ou sera décédé. Il suit de là que l'enfant conçu avant le jour où l'union dont il est issu est devenue valable, ne naît pas *justus* et n'est point placé sous la puissance paternelle.

Qu'arrivera-t-il si deux personnes, parentes ou alliées entre elles à un degré trop rapproché, ont contracté mariage malgré la défense de la loi ? D'abord le mariage est nul ; il n'y a ni mari, ni femme, ni dot. Quant aux enfants nés d'une semblable union, ils sont *spurii, vulgo concepti*. Il y a plus, de tels mariages sont réputés incestueux, et les peines de l'adultère sont encourues par les délinquants : le mari voit la moitié de son patrimoine confisquée, la femme sa dot et le tiers de ses biens (lois 52 et 61, 25, 2, Dig.). Les contrevenants encouraient de plus la *relegatio in insulam*. Toutefois, quand il s'agissait d'appliquer ces peines, on distinguait entre l'inceste du droit des gens, commis entre parents en ligne directe et l'inceste du droit civil, commis entre collatéraux ou alliés. Ce dernier n'est jamais puni que du côté de

l'homme et encore moins sévèrement si l'inceste n'est pas entaché de clandestinité ; car alors on présume l'erreur des prétendus époux. Cette décision mérite d'être critiquée ; en effet de deux choses l'une, ou l'erreur est véritable, ou il y a mauvaise foi. Au premier cas, à quoi bon une punition quelconque ; au deuxième cas n'est-ce pas favoriser le cynisme ? Quoi qu'il en soit telle est la solution que consacre la loi 68, Dig. 25, 2.

A ces peines qui semblaient déjà suffire, les empereurs chrétiens en ajoutèrent d'autres ; ils déclarèrent les prétendus époux incapables de transmettre leurs biens à d'autres que leurs descendants légitimes ou leurs ascendants, leurs frères ou sœurs et leurs oncles ou tantes paternels. Justinien alla plus loin encore et, dans la Nouvelle 12, chap. I, il décida que les biens des prétendus époux passeraient à leurs enfants légitimes issus d'un précédent mariage, à la condition que ceux-ci nourriraient leurs parents ; en l'absence d'enfants légitimes, les biens passaient au fisc. La Nouvelle 154 poussa même la sévérité jusqu'à réprimer les mariages incestueux par la peine de mort. La femme encourait les mêmes peines que l'homme quand elle avait commis un inceste en connaissance de cause. Nous devons pourtant ajouter que l'époux de bonne foi était épargné quand, reconnaissant son erreur, il rompait immédiatement la vie commune (lois 4 et 6, code 5, 5).

Pour compléter notre tâche, il nous reste à examiner une question vivement agitée par les commen-

tateurs : il s'agit de savoir si les prohibitions établies par les lois Julia et Papia Poppœa étaient sanctionnées par la nullité du mariage. Tout le monde est d'accord pour décider que depuis Marc-Aurèle (loi 16 princ. 25, 2 Dig.), le mariage est nul ; mais quand on se demande quelle était la sanction des prohibitions consacrées par les lois caducaires antérieurement à cette époque, la controverse commence. Dans une première opinion nombre d'interprètes, partant de l'inutilité d'un acte législatif qui n'aurait fait que confirmer une règle déjà admise, estiment qu'antérieurement le mariage était valable mais que les époux étaient frappés des déchéances qui atteignaient les orbi et les cœlibes. A l'appui de leur solution, ils invoquent d'abord un passage des frag. Vatic. § 168. Il résulte de ce texte que les enfants nés d'une union contractée au mépris de la loi Julia étaient *justi* ; c'est dire que le mariage n'était pas nul ; car alors ils eussent été *vulgo quæsiti*. Les défenseurs du premier système se fondent de plus sur un passage de Paul, rapporté dans la collatio legum Romanarum et Moisaicarum. Tit. XVI, chap. III. Le jurisconsulte, énumérant les différentes classes d'héritiers siens, s'exprime ainsi : « Sui hæredes sunt hi : primo loco » filius, filia in potestate patris constitui ; nec inter » rest adoptivi sint an naturales et *secundum legem* » *Juliam Papiam quæsiti*, modo maneat in potestate. » Ainsi, pourvu qu'ils n'aient pas été émancipés, les enfants nés d'une union prohibée par la loi Julia n'en sont pas moins héritiers siens ; c'est donc que le mariage est valable.

Enfin, on invoque un texte d'Ulpien (XVI, § 2) où il est dit que deux époux mariés contrairement aux lois caducaires ne peuvent rien recueillir l'un de l'autre par acte de dernière volonté ; or, si deux personnes n'étaient point mariées, quel besoin y aurait-il de déclarer expressément qu'elles ne jouiront pas des avantages attachés au mariage ?

Dans une deuxième opinion à laquelle nous croyons devoir nous rallier, on répond d'abord au texte d'Ulpien invoqué par les défenseurs du premier système par un autre passage d'Ulpien, loi 5, § 1, de donationibus inter virum et uxorem Dig. qui explique le premier. Il y est dit en effet que les personnes dont il s'agit, bien que non mariées, ne peuvent se faire aucune donation entre vifs, et il en donne la raison : ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt. D'ailleurs, les prohibitions de la loi Julia sont formulées en termes trop impératifs pour que l'on puisse soutenir que leur violation n'emportât pas nullité (loi 44, princ. 25, 2 Dig.). Enfin Justinien, dans la loi 28 au titre de nuptiis au code, prend lui-même la peine de nous affirmer que la loi Julia édictait la nullité des unions contractées au mépris de ses prescriptions : « *quia lex Papia*, nous dit-il en effet, *inter senatores et libertas stare connubia non patitur.* » Et comme pour ne nous laisser aucun doute à cet égard, il s'élève contre la rigueur excessive de cette loi en nous faisant remarquer que par une conséquence bien cruelle de telles dispositions, l'arrivée d'un citoyen à la dignité de sénateur dissolvait son mariage s'il avait antérieurement épousé une affranchie : « *absit*, s'écrie Justi-

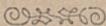
» nien, *itaque a nostro tempore hujus modi asperitas et*
» *firmum maneat matrimonium, et uxor marito concre-*
» *cat et sentiat ejus fulgorem!* » Tels sont les arguments
qui militent en faveur de la deuxième opinion, que
nous préférons à l'autre, parce que les textes sur les-
quels elle repose sont puisés à une source peut-être
plus certaine, et ont d'ailleurs une force probante bien
plus considérable parce qu'ils sont plus clairs et plus
précis.



DROIT FRANÇAIS



De la validité du mariage



APERÇU HISTORIQUE

A la différence des Romains qui admettaient plusieurs sortes d'unions légitimes ; nos ancêtres n'en reconnaissaient qu'une seule. Ils ne pouvaient pas en effet comprendre que la femme ne partageât point les titres et les honneurs de son mari ; c'est qu'ils étaient trop profondément imbus des principes de la religion chrétienne pour souffrir qu'une si grave atteinte fut portée à la dignité de la femme. Et même, si nous tenons à nous montrer impartiaux envers le passé, nous devons dire qu'en cette matière la loi civile se laissa quelquefois trop pénétrer par la loi religieuse. L'étude approfondie des empiètements d'un pouvoir sur l'autre serait sans doute pour nous

un sujet bien intéressant à traiter ; mais obligés de nous tenir dans le cercle normal que nous nous sommes tracé, nous croyons devoir nous contenter de quelques précisions historiques.

Dans l'ancien droit, la loi canonique voyait en le mariage un sacrement et les lois de l'État reconnaissant la loi canonique, la loi religieuse réglait le mariage. Cependant, même lorsque les canons de l'Église avaient autorité quant au mariage, les jurisconsultes admettaient que le mariage était un contrat civil, résultant du consentement des parties ; auquel d'ailleurs venait se joindre le sacrement. De là, ils reconnaissaient au chef de l'autorité civile le droit de modifier les conditions extérieures du contrat civil ; voilà pourquoi les ordonnances des rois de France modifièrent le droit canon. Les rois voulurent que tout mariage contracté sans le consentement des père et mère fût nul ; les canons qui n'exigeaient pas ce consentement n'étaient pas reçus en France. Les ordonnances refusaient tous effets civils aux mariages in extremis ; les canons de l'Église qui accordaient au contraire tous effets civils à ces sortes de mariages n'étaient pas reçus en France. Les ordonnances avaient raison dans le premier cas et tort dans le second ; les canons, raison dans le deuxième et tort dans le premier.

Le mariage était donc un contrat civil en ce sens que la loi civile fixait les formes et les conditions sans lesquelles le consentement devait se produire ; il n'était pas purement civil, mais *mixte*, puisque malgré ce consentement, le mariage n'était pas par-

fait sans le sacrement qui devait intervenir au religieux. Ainsi la bénédition nuptiale est considérée comme un élément constitutif du mariage et l'Église prononce l'anathème contre ceux qui oseront contester une telle vérité ! Rien de plus juste au point de vue religieux ; que l'Église crée des dogmes et fulmine contre les infracteurs, c'est son droit ; inclinons-nous devant cette autorité suprême en matière de religion, croyons qu'il n'y a point mariage religieux que les formalités prescrites par le droit canon n'aient été remplies ; mais ce que nous ne pouvons admettre, ce que nous n'admettrons jamais c'est que le mariage civil pour être parfait doive être soumis à la bénédiction nuptiale. Le mariage est en effet une convention intéressant la société au plus haut degré, et comme tel, il appartient à l'ordre civil et politique.

Quoi qu'il en soit, à un moment, l'église s'immisçant de plus en plus dans le gouvernement, les registres des mariages étaient tenus par les curés des paroisses, chose naturelle, puisque l'union était soumise à une cérémonie religieuse ; et, de plus, ces ministres du culte tenaient déjà les registres des naissances et des sépultures. De là, une véritable confusion entre le spirituel et le temporel. Si une contestation venait à s'élever au sujet d'un mariage, le procès était porté en 1^{re} instance devant un tribunal ecclésiastique, l'officialité. C'était seulement en appel qu'on allait devant la juridiction civile ordinaire, et, en effet, les sentences rendues par les officialités pouvant être frappées d'appel comme d'abus,

étaient portées devant les parlements. Toutefois lorsque la question de validité du mariage était soulevée à l'occasion d'une question de succession, elle était déférée de plano à la juridiction civile, sans passer par les officialités. A cette cause de confusion regrettable et dangereuse, vint se joindre une autre encore plus funeste. Louis XIV vieilli éprouve le besoin de faire oublier ses péchés de jeunesse, il cède aux prières des intolérants et révoque l'édit de Nantes. Désormais il ne peut y avoir en France qu'une seule religion, le culte catholique. On se cache pour conserver ses croyances ; de là des naissances et des mariages dont la date n'est consignée nulle part ; de là des procès déplorables, le chaos le plus désastreux ! Les dissidents sont placés hors du droit ou doivent se parjurer.

De toutes parts, on réclame la liberté de croyances ; mais les parlements à qui toute initiative est inconnue s'en rapportent à la Sagesse et à la Prudence du Roi.

C'est à Louis XVI que revient l'honneur d'avoir rendu en 1787 un édit par lequel les protestants étaient autorisés à faire constater leur état par des représentants du pouvoir civil. Enfin éclate la révolution ; on admet que désormais la législation civile sera indépendante du droit canonique, que le mode de contracter mariage sera un mode purement civil (T, 1. art. 7, Const. de 1791), commun à tous les citoyens (Loi du 20 sept. 1792) ; que les registres seront tenus par des officiers municipaux. C'est ainsi que disparut de notre législation cette regrettable

confusion du pouvoir civil et du pouvoir religieux qui avait enfanté tant d'abus, produit tant de parjures, tyrannisé tant de consciences ! La loi de 1792 établit les causes d'empêchement au mariage ; mais ne mit point l'alliance au nombre des obstacles légaux ; de plus elle consacra le divorce, parce qu'il semblait une conséquence nécessaire de la sécularisation du mariage.

Le Code civil adopta le principe de l'assemblée constituante et fit du mariage un contrat purement civil ; mais il atténua certaines mesures par trop radicales ; il admit, dans l'intérêt des catholiques, la séparation de corps que n'avait point admise la législation intermédiaire et décida qu'en certains cas l'alliance constituerait un empêchement au mariage. En outre, on défendit aux ministres du culte de procéder à la célébration du mariage religieux avant que le mariage civil ait été célébré : c'était rendre impossible la résurrection du concubinat. Cette prescription n'est pas contraire à la liberté de conscience quoi qu'on en ait dit.

Le projet du code définissait le mariage : « une » union dont la durée ne peut cesser que par la » mort d'un des époux, mais peut se résoudre en » certains cas. » Cette définition était mauvaise, comme n'apprenant rien sur la nature du mariage. On s'en aperçut et elle fut supprimée, sans qu'on ait songé à la remplacer et cela, avec raison ; car un code ne doit pas autant que possible contenir de définition. Portalis le définissait : « 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 une
» commune destinée. » Cette définition pas plus
que la précédente, n'apprend rien sur le vrai caractère du mariage ; elle peut s'appliquer au concubinage.

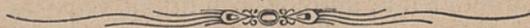
Nous définissons le mariage ; « L'union indissoluble entre un homme et une femme résultant de l'accomplissement des prescriptions légales. » Cette définition présente un double avantage. Elle nous apprend que le mariage n'existe qu'entre un seul homme et une seule femme ; c'est la monogamie, tradition constante des peuples occidentaux. Les musulmans Algériens sujets français doivent aussi se soumettre à cette prescription, bien que leur religion leur permette la polygamie ; et, en cela, la loi française ne porte pas atteinte à leur liberté de conscience ; car elle ne défend pas ce que leur loi religieuse ordonne, et n'ordonne pas ce que leur religion défend.

Le mariage est indissoluble ; car le divorce admis par le code a été aboli par la loi du 8 mai 1816 ; de plus, la loi du 13 mars 1854 a aboli la mort civile qui pouvait encore le dissoudre ; donc, en fait, aujourd'hui le mariage est indissoluble.

Notre définition nous apprend en outre que le mariage ne peut résulter que de l'accomplissement des prescriptions légales ; comme cela a lieu en toutes sociétés. Il le fallait bien ainsi, pour distinguer le mariage des unions temporaires.

Nous diviserons notre travail en deux chapitres.

Dans le premier nous exposerons les divers obstacles légaux ou empêchements au mariage ; dans le deuxième nous verrons la sanction établie par la loi à ses prescriptions.



CHAPITRE I.

Des conditions du mariage.

Le mariage constitue un acte juridique que nous devons faire rentrer dans les contrats (1101). Ce qui le caractérise et lui donne une physionomie propre, c'est qu'ici les parties ne jouissent pas d'une liberté absolue, comme dans les contrats ordinaires, puisque le consentement ne peut être donné que devant l'officier de l'état civil. Le mariage est donc un contrat solennel quoique dans le langage ordinaire on dise seulement le *mariage*, pour désigner cette convention qu'on appelle *contrat de mariage*, la convention accessoire qui règle la position pécuniaire des conjoints.

Ceci posé, occupons-nous des diverses conditions du mariage.

Il faut distinguer 1° les conditions requises pour l'existence d'un acte ; 2° celles requises pour sa validité.

Avant d'étudier un acte, il faut savoir s'il existe,

si les éléments essentiels à son existence apparaissent. Ce premier point reconnu, on pourra aller plus loin, mais alors seulement ; car, si l'acte ne présentait qu'une vaine apparence, qu'un néant juridique, pourquoi rechercher autre chose ? Mais, s'il existe, on regardera s'il a, outre les conditions requises pour son existence, celles nécessaires à sa validité : en un mot, s'il est valable. Comment en effet donner un qualificatif, si le substantif n'existe pas ? Il suit de là qu'une grande différence sépare les actes nuls des actes annulables : les actes inexistants n'ont jamais eu qu'une vaine apparence, sans réalité ; les actes existants mais *annulables* ne cesseront d'exister que lorsque la justice les aura annulés.

SECTION I.

Conditions requises pour l'existence d'un mariage.

Trois conditions sont essentielles pour qu'un mariage existe : 1° différence de sexe ; 2° consentement des parties ; 3° célébration devant l'officier de l'état civil. Avant la loi du 31 mai 1854, il y avait une 4° condition essentielle : la capacité civile ; mais la mort civile ayant disparu, la 4° condition n'est pas exigée.

§ I.

Différence des sexes.

C'est le but principal et immédiat du mariage qui exige lui-même cette condition. Nous devons nous demander si celui qui est incapable d'engendrer peut

néanmoins se marier. L'impossibilité d'engendrer peut résulter : 1° de l'extrême vieillesse ; 2° de la mort imminente ; 3° de l'impuissance radicale. Quant à cette dernière, nous ne faisons pas allusion à l'impuissance ignorée de l'un des conjoints ; nous supposons au contraire que les deux conjoints savent lors du mariage que l'un d'eux est affecté d'une impuissance radicale. Tout le monde est d'accord pour admettre la possibilité du mariage quand l'impossibilité d'engendrer tient à l'extrême vieillesse ou à la mort imminente. Le mariage in extremis proscrit par les anciennes ordonnances, est toléré de nos jours ; car la procréation des enfants n'est pas le but unique du mariage. Peut-être a-t-on des enfants à légitimer ? Ces considérations devraient amener la même solution à l'égard de l'impuissant radical qui a fort bien pu être puissant auparavant. Et pourtant telle n'est point l'opinion de nombre d'auteurs qui, prétendant que l'impuissant n'a point de sexe différent de celui de l'autre conjoint, déclarent qu'il ne peut remplir la première condition essentielle et décident qu'il n'a pu contracter qu'une apparence de mariage. Rejetant comme arbitraire une opinion à laquelle rien dans le code ne saurait servir de base, nous dirons que si l'un des conjoints n'a pas fait connaître son impuissance à l'autre époux, le mariage existe ; mais il pourra être annulé sur la demande de l'époux trompé et induit en erreur.

§ II.

Du Consentement.

Art. 146. Il faut bien se garder de confondre l'absence radicale de consentement, avec un consentement donné mais vicié. Au premier cas, il n'y a point de mariage ; si le consentement est vicié, le mariage existe mais annulable. Nous ne nous occuperons pour le moment que du cas où le consentement fait absolument défaut.

Pourquoi l'art. 146 prend-il la peine de dire qu'il n'y a pas de mariage sans consentement ? Cette règle n'est-elle pas naïve ? Non, car notre article s'applique à des hypothèses où il semble qu'il y ait consentement ; mais où il n'y a en réalité que des apparences de consentement : il s'agit par exemple d'un individu en démence qu'on a machinalement dressé à produire des sons, à dire oui. Conduit devant l'officier de l'état civil qui ne le connaît point, il répond à l'interpellation de ce dernier. Dira-t-on qu'il a donné son consentement ? Non, cela n'est point possible, il n'y a eu qu'un simulacre de consentement.

A l'art. 146, nous croyons pouvoir rattacher une question vivement débattue entre les commentateurs. Une personne judiciairement interdite à raison de son état habituel de démence, d'imbécillité ou de fureur, a contracté mariage pendant un intervalle lucide ; l'union contractée dans de telles conditions est-elle nulle ou non ? Tel est le problème

qu'il s'agit de résoudre. Deux systèmes sont en présence

Les partisans de la nullité font valoir les arguments suivants : « L'art. 502 déclare nuls tous actes passés par l'interdit depuis le jugement d'interdiction ; cette disposition est absolue ; donc le mariage de l'interdit est nul. Cette solution est d'ailleurs confirmée par l'art. 174 ainsi conçu : « Le frère ou » la sœur..... ne peuvent former opposition que » dans les cas suivants : 1° ; 2° quand l'opposi- » tion est fondée sur l'état de démence du futur » époux ; cette opposition, dont le tribunal pourra » prononcer main levée pure et simple ne sera ja- » mais reçue qu'à la charge par l'opposant de pro- » voquer l'interdiction..... » Si donc, l'opposant provoque et obtient l'interdiction, l'opposition triomphera et le mariage de l'interdit ne pourra être célébré. S'il en est ainsi, c'est que l'état d'interdiction est un empêchement au mariage. Les travaux préparatoires ne sont pas moins concluants ; l'art 5 du projet défendait à l'interdit de se marier ; mais il a été supprimé. Cependant il est impossible d'en conclure que le législateur ait entendu permettre le mariage à l'interdit. Cambacérès fit en effet observer que l'art. 5 du projet n'était que la conséquence naturelle de l'art. 146. — L'ancien droit, poursuivent-ils, permettait bien à l'interdit de se marier ; mais cet argument a peu d'importance. En effet, en droit romain, et dans notre ancienne jurisprudence l'incapacité de l'interdit n'était pas permanente et les actes faits dans un intervalle lucide étaient valables.

Cette législation avait le grave inconvénient de provoquer des difficultés inextricables sur la question de savoir si l'acte avait été fait ou non dans un intervalle lucide.

Notre code a eu l'heureuse idée de mettre un terme à tant de procès en édictant contre l'interdit une présomption d'incapacité permanente (art. 502). Enfin, disent les défenseurs du 1^{er} système, il est impossible d'admettre que le législateur ait oublié de désigner la personne qui doit consentir au mariage de l'interdit, si réellement ce mariage peut avoir lieu ; et celles qui ont le droit de l'attaquer. C'est donc que les rédacteurs du code n'ont pas voulu permettre qu'une personne incapable de remplir ses engagements d'époux, pût se marier.

Malgré tous ces arguments qui, nous devons le dire, ne manquent pas de gravité, nous préférons adopter une autre solution et admettre l'existence du mariage contracté par l'interdit dans un intervalle lucide. Écartons d'abord l'argument tiré des travaux préparatoires, toujours un peu confus et qui ne se composent que d'opinions individuelles ; et à l'art. 174 qu'on nous oppose, répondons par l'art. 175. Cet art. en disant : « *que le tuteur ne peut s'opposer au mariage qu'autant qu'il y a été autorisé par un conseil de famille* » ne suppose-t-il pas que le mariage de l'interdit est possible ? Reste l'objection tirée de l'art. 502. Il est bien facile de la renverser. Ne peut-on pas, en effet, répondre victorieusement que le mariage n'est pas soumis aux mêmes règles que les contrats quant à leur existence et à leur validité,

que c'est un contrat tout particulier? Le mariage ne peut pas être annulé pour dol tandis que les autres contrats peuvent l'être. Ce n'est donc pas dans l'art. 502 que nous chercherons un principe de solution mais bien dans le titre même du mariage; et c'est l'art. 146 qui nous servira de base. Si, en fait, le consentement a été donné pendant un intervalle lucide, le mariage existera; car l'art. 146 n'est pas violé. Et de plus, il y a des raisons morales qui viennent encore affermir notre solution; car le dément lucide a plus que tout autre conscience de ses besoins, et il ne faut pas que, dans un intérêt pécuniaire, ses collatéraux puissent toujours le laisser en état d'interdiction.

§ III.

De la célébration devant un officier de l'État civil.

Si l'officier de l'état civil est incompétent, le mariage existe, bien qu'annulable en certains cas. L'absence de tout officier de l'état civil empêche qu'il y ait mariage, quelle que soit la bonne foi des parties.

En somme, si l'un des trois éléments que nous venons d'examiner fait défaut, son absence empêchera le mariage d'exister. C'est ici le cas de mettre en lumière les différences essentielles qui séparent un mariage inexistant d'un mariage annulable. 1° L'inexistence pourra être invoquée en tout temps, par toutes personnes intéressées; au contraire l'an-

nulabilité ne pourra être demandée que pendant un certain temps. 2° Les parties entre lesquelles est intervenu un mariage apparent ne pourront jamais le ratifier par leur consentement ou par un autre acte ultérieur; car on ne peut ratifier ce qui n'a point de germe. Au contraire dans les cas de simple annulabilité, cette annulabilité pourra être détruite et le mariage ratifié par un acte ultérieur. 3° Un mariage inexistant ne peut produire aucun effet, quelle que soit la bonne foi des parties; au contraire, le mariage simplement annulable peut produire des effets au profit des conjoints s'ils ont été tous les deux de bonne foi, ou au profit du conjoint qui a été de bonne foi, ou au profit des enfants issus du mariage. Cette 3^e différence est contestée par certains auteurs qui appliquent les art. 201 et 202 aux mariages même inexistantes.

SECTION II.

Conditions requises pour la validité du mariage.

En supposant qu'un mariage existe, pour qu'il soit valable, cinq conditions sont exigées. Elles sont relatives: 1° à l'âge des conjoints; 2° à l'indépendance personnelle de tout lien conjugal antérieur; 3° à l'efficacité ou, en d'autres termes, à la pureté du consentement qui doit être exempt de toute violence et de toute erreur; 4° à la nécessité du consentement des ascendants; 5° à l'absence entre les futurs conjoints de tout lien de parenté au degré prohibé.

Si l'une de ces conditions vient à manquer, on dit

qu'il y a empêchement au mariage ; mais on peut se demander à quel moment cet empêchement sera découvert. Il se peut que l'empêchement soit découvert par l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage ; dans ce cas l'officier est tenu de ne point procéder à la célébration. Mais, en général, le maire ne sera pas averti des empêchements qui peuvent exister, et il procédera à l'union des parties. Plus tard seulement on découvrira qu'il existait un empêchement au mariage, qu'arrivera-t-il alors ? La constatation judiciaire de cet empêchement aura pour effet de détruire le lien qui s'était formé entre les parties, le mariage sera annulé : (*vinculum dirimetur*). C'est cette métaphore qui a fait désigner sous le nom d'*empêchements dirimants* ceux qui, découverts avant la célébration du mariage par l'officier de l'état civil, ont pour effet d'empêcher la célébration ou qui détruisent le mariage s'ils ne sont reconnus en justice qu'après la célébration.

Indépendamment des cinq conditions dont nous venons de parler, il y a encore certaines prescriptions édictées par la loi en vue de situations particulières. Ainsi ; 1^o il arrive un âge où les parties qui veulent se marier n'ont plus besoin d'obtenir le consentement favorable de leurs parents ; mais où elles sont obligées de leur faire signifier un acte qu'on appelle *respectueux*. 2^o Nous verrons que, dans certains cas, il peut être fait par certaines personnes opposition au mariage dont les publications ont été faites. Cette opposition est-elle fondée ou non ? Le tribunal appréciera ; mais quoi qu'il en soit, elle a le pou-

voir telle qu'elle d'empêcher l'officier de l'état civil de procéder au mariage tant qu'il n'y a pas eu mainlevée. 5° La loi exige que toute célébration de mariage soit précédée de certaines publications. 4° Lorsque la veuve veut contracter une deuxième union, le législateur exige qu'il se soit écoulé un délai de dix mois au moins depuis la mort de son premier mari. Ces quatre conditions nouvelles exigées par la loi dans des situations déterminées exerceront une influence sur le mariage. Si l'absence de l'une de ces conditions est constatée avant que l'union se soit produite, l'officier de l'état civil averti à temps devra ne point procéder à la célébration. Que si, au contraire, l'absence de l'une de ces conditions n'est pas connue par l'officier de l'état civil au moment de la célébration, la découverte postérieure de cette absence n'empêchera point le mariage de valoir, s'il a été célébré. Donc, ces quatre conditions ne mettent qu'un obstacle au mariage quand leur absence est connue avant la célébration; aussi cette absence constitue-t-elle des empêchements appelés simplement *prohibitifs*.

De la deux sortes d'empêchements : 1° les empêchements *dirimants* qui sont en même temps *prohibitifs*; 2° les empêchements *simplement prohibitifs*. Cette distinction nous vient du droit canonique; et, dans cette théorie nous ne pouvons rien emprunter au droit romain. Nous croyons, en effet, avoir établi que le mariage s'y formait solo consensu entre présents. Or, il va de soi que dans une législation où le mariage dérive uniquement d'un échange de con-

sentement entre le mari et la femme, il ne peut y avoir que des nullités proprement dites ; c'est-à-dire des empêchements dirimants. Donc, pour qu'il y ait lieu à empêchement prohibitif, il faut que la célébration du mariage requière, outre le consentement, la présence des parties devant un officier de l'état civil ; car autrement où serait la sanction de la règle qui crée des empêchements prohibitifs ? Nulle part.

§ 1

Des conditions relatives à l'âge.

A Rome, l'homme était reconnu pubère, c'est-à-dire apte au mariage à 14 ans, la femme à 12 ans. Il en fut à peu près de même chez nous dans l'ancienne jurisprudence ; néanmoins cet âge ne convenait pas parfaitement à la France, pays beaucoup moins méridional que l'Italie. Aussi la loi du 20 septembre 1792 recula d'une année l'âge fixé pour la puberté ; mais ce n'était pas encore assez pour la nature de notre climat. Voilà pourquoi le code en adoptant l'âge de 18 ans révolus pour l'homme et de 15 ans accomplis pour la femme s'est en cela mieux conformé aux considérations physiologiques, du moins en ce qui touche la France continentale. Quant aux colonies, on pourrait avancer l'âge fixé par l'art. 144 ; mais pour des motifs graves (art. 145), le gouvernement peut accorder des dispenses d'âge, réglées dans la forme fixée par l'arrêté du 20 prairial an XI. Les motifs graves dont parle l'art. 145 consistent surtout

dans ces cas où le fait proteste contre la présomption de la loi ; quand un jeune homme de 16 ans engendre, ou qu'une fille de 14 ans est enceinte. Observons d'ailleurs que, l'âge fixé par la loi étant arrivé, on peut se marier à un moment quelconque ; il n'y a aucun point d'arrêt quant à l'âge. Supposons que l'officier de l'état civil se soit laissé tromper et qu'un homme ou une femme se soit mariée avant l'âge compétent, et demandons-nous ce qu'il adviendra dans cette hypothèse ? Ici, l'empêchement dirimant résultant du défaut d'âge fera naître une action en *nullité pour cause d'impuberté*. Nous parlerons plus tard de l'exercice de cette action.

§ II

Conditions relatives à l'absence de tout lien conjugal antérieur.

L'art. 147 prohibe et la polygamie et la polyandrie. La monogamie est donc la loi de la France ainsi que celle des peuples occidentaux. Les orientaux ne dérogent à la monogamie qu'en permettant à un homme d'avoir plusieurs femmes ; ils ne souffrent pas qu'une femme ait plusieurs maris. L'art. 340 de notre code pénal punit la bigamie des travaux forcés à temps. Ainsi donc, l'existence d'une première union met obstacle à la célébration d'une seconde entre deux personnes, quand l'une d'elles ou toutes les deux sont déjà mariées. Il suit de là que si l'on se marie quand on l'est déjà, le deuxième mariage doit être annulé. Mais pour que l'action en nullité puisse avoir lieu, il faut que le premier mariage soit valable, car

s'il était annulable ou annulé, il ne pourrait emporter empêchement dirimant du deuxième. Il en résulte que l'existence d'un premier mariage tel quel constitue au moins un empêchement prohibitif; l'officier de l'état civil ne peut procéder à la célébration de la deuxième union qu'autant que la première a été annulée. Notre art. emploie l'expression *dissolution*; or, à l'époque où le code fut rédigé, trois événements entraînaient la dissolution du mariage: mort civile, mort naturelle, divorce. Aujourd'hui, la mort naturelle seule dissout le mariage; mais il faut placer sur la même ligne l'annulation et dire que l'art. 147 dans le mot *dissolution*, comprend également l'annulation.

Il faut rattacher à l'art. 147 l'examen de certaines questions très-graves. Il s'agit d'apprécier l'influence d'un lien d'une autre nature que le mariage, dans lequel se trouverait engagée la personne qui va se marier.

Il y a promesse de mariage entre Primus et Prima; Primus ne pourra-t-il pas se marier avec Secunda? Dans l'ancienne jurisprudence, on admettait que les fiançailles engendraient un empêchement prohibitif, mais jamais dirimant. Aujourd'hui les fiançailles ne constituent pas même un empêchement prohibitif; dépourvues de toute force juridique, elles ne sauraient produire un effet quelconque. En effet, une personne ne peut d'après la loi modifier son état civil que d'une seule manière, par le mariage contracté d'après les prescriptions de la loi, et tout pacte, autre que le mariage serait impuissant à modifier cet état civil, bien que le pacte, comme les fiançailles, se référât au

mariage. C'est là d'ailleurs le principe que pose l'article 6.

Quel serait donc l'effet d'une clause pénale insérée par les parties dans l'acte constatant les fiançailles? La réponse est bien simple. La promesse de se marier avec une personne étant contraire à l'ordre public, est nulle comme telle; il suit de là que la clause pénale est également nulle (art. 1227) comme accessoire d'une obligation principale nulle. Si la clause pénale eût été conservée, le désir de se soustraire au paiement qu'elle prescrivait, aurait nécessairement pesé sur la volonté des parties contractantes, ce qui eût été contraire à l'ordre public et en même temps à la liberté des mariages. Le manqué de parole, sans motifs plausibles, fera naître contre celui qui l'a refusé d'épouser la personne qu'il avait promis de prendre pour femme, une action en dommages et intérêts; en un mot on appliquera dans ce cas les dispositions de l'art. 1582.

Il faut encore rattacher à l'absence d'un lien antérieur, la question du mariage des prêtres, grave par les passions qu'elle a soulevées. La plus grande difficulté, selon nous, consiste à poser la question, et, à cet égard, nous partageons absolument l'opinion de ceux qui pensent que: bien poser une question, c'est la résoudre en partie. Nous la formulons de la manière suivante: Une personne engagée dans les ordres sacrés (*église catholique*), peut-elle se marier? Cet engagement dans les ordres constitue-t-il un empêchement dirimant, un empêchement prohibitif, ou ne constitue-t-il pas d'empêchement? Il va sans dire

que nous nous plaçons toujours dans l'hypothèse où l'un des conjoints sait que l'autre est engagé dans les ordres sacrés ; car, dans l'ignorance de l'un des conjoints, on pourrait soutenir que le mariage est nul pour cause d'erreur. Et d'abord, il y a deux points certains : 1° sous l'ancien régime, l'engagement dans les ordres sacrés constituait un empêchement radical ; car les canons devenus lois de l'état le déclaraient formellement ; 2° la révolution, par la Constitution du 3 septembre 1791, la loi du 20 septembre 1792, le décret du 19 juillet 1793 modifia cet état de choses ; désormais les prêtres catholiques purent se marier. La question est de savoir si, depuis les documents législatifs précités, il est intervenu un décret ou une loi dont les termes prouvent que le prêtre catholique ne peut se marier ; car nous ne traitons ici une question ni de morale, ni de convenances.

Maintenant que nous croyons avoir clairement posé la question, nous pouvons en aborder l'examen. Trois systèmes sont en présence. Les partisans d'une première opinion veulent que l'engagement dans les ordres sacrés constitue un empêchement dirimant. Dans un deuxième système on ne voit dans cet engagement qu'un simple empêchement prohibitif. Nous soutenons, au contraire avec des défenseurs de la troisième opinion qu'il n'y a là ni un empêchement dirimant, ni même un empêchement prohibitif.

Voici les arguments que font valoir les partisans du premier système. Aveuglés peut-être par la trop grande sincérité de leurs opinions religieuses, et oubliant qu'ils examinaient une pure question de droit,

ces interprètes ont voulu voir dans quelques textes législatifs un obstacle dirimant au mariage des prêtres : En effet, disent-ils, l'article 6 de la loi du 18 germinal an X examinant les cas d'abus mentionne l'infraction aux règles consacrées par les canons reçus en France, et l'art. 26 de cette même loi dispose que les évêques ne peuvent ordonner aucun ecclésiastique s'il ne réunit les qualités requises par les canons reçus en France. Hé bien dit-on, la loi du 18 germinal an X, en se référant aux canons reçus en France, leur ayant donné force obligatoire, ces canons sont devenus civilement obligatoires ; or, ils défendaient le mariage des prêtres, donc ce mariage est encore défendu. D'ailleurs, poursuit-on, la qualité de prêtre est reconnue par la loi civile (loi du 22 mars 1831 sur le service militaire et la garde nationale, loi du 21 mars 1852, art. 427 civil) qui lui confère certaines dispenses ou immunités. Or, cette qualité ne pouvant être reconnue que d'après les canons reçus en France et conformément à eux, il suit de là qu'elle est un obstacle au mariage. Enfin, trois lettres écrites les 14 janvier 1806, 30 janvier et 9 février 1807 par Portalis, ministre des cultes, démontrent que le gouvernement considère le mariage des prêtres catholiques comme un délit contre la religion et contre la morale.

On peut aisément réfuter un pareil système. De tous les textes cités, aucun n'a trait à la question, et il serait singulier que parce que l'art. 6 de la loi de germinal et l'art. 26 de cette même loi parlent des canons reçus en France, il serait singulier, disons-

nous, que pour cela l'on décidât que les canons de l'église sont désormais relevés en entier et rétablis dans leur ancienne autorité législative. La vérité est que ces textes ne se réfèrent aux canons qu'à un seul point de vue, celui de l'ordination ; mais nullement au cas où celui qui a été ordonné prêtre ne veut plus continuer l'exercice des fonctions sacerdotales : « Si » cet argument est fondé, disait M. Serrigny, je me » fais fort d'en faire sortir l'ancien régime tout » entier » et cela fut reconnu par Portalis lui-même, auteur des trois lettres précitées, rédacteur de la loi de germinal ; il admit que la défense du mariage des prêtres n'est pas considérée comme un empêchement dirimant par la loi civile. Peu importe que plus tard, il ait changé d'idées sur ce point ; les paroles qu'il prononça alors avaient d'autant plus de portée qu'elles constituaient l'exposé des motifs de la loi de germinal. Mais, supposons même que la loi de germinal décide que le mariage des prêtres est défendu, est-ce que le code civil survenu un an après la loi de germinal (loi du 30 ventôse an XII), n'abroge pas facilement cette loi elle-même ? De plus, remarquons que les écrivains qui invoquent l'autorité de la loi organique et du concordat la déclarent obligatoire en ce cas, et, inconséquence bizarre ! refusent de la considérer comme telle en ce qui touche d'autres dispositions de cette même loi. C'est ainsi qu'ils ne veulent pas admettre que le conseil d'état doive vérifier les bulles du Saint-Siège avant de les laisser publier dans les diocèses. Quant aux lettres de Portalis, nous dirons que bien

qu'émanant d'un ministre, elles ne peuvent ni former la loi, ni la corriger.

Dans la deuxième opinion, on reconnaît tout ce que nous avons dit pour prouver que l'engagement dans les ordres sacrés ne constitue pas un empêchement dirimant ; mais, dit-on, les lettres de Portalis prescrivent aux officiers de l'état civil de ne pas procéder au mariage des prêtres. Il en résulte dès lors que c'est un empêchement prohibitif. Nous répondrons que le gouvernement, pas plus que personne, ne peut créer des empêchements qu'ils soient dirimants ou simplement prohibitif. D'ailleurs la loi elle-même ne proclame-t-elle pas la liberté de religion et de conscience ! Et depuis quand la justice séculière reconnaît-elle des catholiques, des protestants et des juifs et trois législations accommodées à chaque culte ? Nous le répétons, ce n'est point une question de morale, de religion ou de convenance que nous examinons ; c'est une simple question de droit et à cette question ainsi envisagée nous nous efforçons de donner une solution, la seule qui nous paraisse juridique. Voilà pourquoi, lorsqu'une personne qui va se marier se présente devant un officier de l'état civil, nous ne pouvons reconnaître à celui-ci le droit de s'enquérir des croyances religieuses de cette personne ni des engagements spirituels qu'elle a pu contracter envers le culte auquel elle appartient. Une telle inquisition serait la négation même de la liberté de conscience trop souvent attaquée de nos jours. Le prêtre qui demande à se marier renonce au caractère dont il est revêtu ; et, en cela il ne fait qu'user d'un droit, de

sa liberté civile que l'État lui garantit, désormais le prêtre a disparu, il ne reste plus que le citoyen.

Quid, en ce qui concerne les personnes qui font des vœux religieux, les femmes par exemple? La loi civile ne reconnaissant point la validité de ces vœux, ces personnes peuvent assurément se marier. Nous ne ferons d'exception que pour les congrégations hospitalières de femmes (art. 8 du décret du 18 février 1809); mais non pour les congrégations contemplatives. Le décret précité assurant le recrutement des personnes de ces congrégations a créé un empêchement dirimant pour 5 ans à partir du noviciat; mais, dans la pratique ce décret n'est pas appliqué.

Conditions relatives au consentement des descendants (art. 148).

Ce consentement est exigé pour deux motifs: 1^o à cause du respect que les futurs époux doivent à leurs père et mère; 2^o parce que ce consentement est considéré par la loi comme le complément nécessaire de celui des parties qui sont censées ne pouvoir donner un consentement complet.

Nous ne croyons pas inutile de rappeler qu'à Rome, la famille étant avant tout une institution politique, on ne se préoccupait que du lien d'agnation et nullement de la parenté naturelle; aussi, n'exigeait-on que le consentement du paterfamilias, celui-ci fut-il ou non père naturel de l'enfant. On voyait en lui le chef politique de la famille. Il suit de là que: 1^o le consentement du paterfamilias était d'une nécessité

absolue, sans distinction d'âge, le fils eût-il vingt ou quatre-vingts ans ; 2° la nécessité du consentement du paterfamilias n'était pas la même pour les filles que pour les garçons. S'il y a un grand-père, le petit-fils a besoin du consentement du grand-père et du père ; la petite-fille n'a besoin que du consentement de son grand-père ; car des enfants qu'elle aura ne tomberont pas sous la puissance de son père ; 3° la nécessité du consentement tenant uniquement à l'existence de la patria potestas, on ne se préoccupait pas du consentement de la mère qui ne pouvait jamais en être investie ; 4° la nécessité du consentement ne tenant qu'aux liens purement civils de l'agnation, l'émancipation rompait ces liens, et l'enfant considéré comme étranger au père pouvait se marier sans le consentement de ce dernier ; 5° le père en accordant son consentement agissait comme représentant politique ; aussi, s'il refusait d'accorder son consentement, un autre magistrat pouvait vérifier et apprécier les causes de son refus, et même s'il le jugeait convenable autoriser le fils à se marier.

Les idées chrétiennes ne pouvaient se contenter de pareilles théories ; le précepte : « honora patrem » tuum et matrem tuam » fit décider que le consentement des père et mère serait désormais nécessaire. (Constit. des empereurs Valens, Valentinien, Honorius et Théodose, lois 18 et 20, code 5, 4). La doctrine de l'Église alla trop loin : Considérant le mariage comme un sacrement, on admettait généralement que les parties elles-mêmes en étaient les ministres, en présence du curé témoin solennel ; d'où

la conséquence que pour la validité du sacrement, le consentement des père et mère était inutile ; il ne fallait que les ministres et le témoin ; ce qui revenait à dire que si l'on s'était marié sans le consentement des parents, on avait péché, mais le mariage n'était pas nul. Il suit de là que l'absence du consentement des père et mère ne constituait qu'un empêchement prohibitif. Reproduisant les dispositions du concile de Trente, l'ordonnance de Blois de 1579, art. 40 défendait aux curés de passer outre à la célébration du mariage des mineurs de 25 ans, sans le consentement des père, tuteur ou curateur des futurs époux, à peine d'être considérés comme auteurs de rapt ; de plus, cette ordonnance rejetait le canon du concile de Trente qui ne considérait l'absence du consentement des père et mère que comme constituant un empêchement prohibitif.

Que le mariage soit ou non un sacrement, la volonté des parents est tellement respectable qu'elle doit constituer plus qu'un empêchement prohibitif. Le consentement des père et mère est exigé dans l'intérêt des parties, il les préserve d'unions irréfléchies ; aussi, le code civil répudiant les traditions romaines a-t-il organisé la théorie du consentement des ascendants sur les bases suivantes :

1° Il est exigé à cause du respect et de la vénération dus aux parents et comme complément du consentement des parties.

2° La mère ou plus généralement les ascendantes

devront être consultées comme le père ou les ascendants, ce qui est contraire à l'ancien droit et conforme au droit canonique.

3° L'absence du consentement des ascendants constitue un empêchement dirimant, conformément au droit romain, mais pour d'autres motifs, et contrairement au droit canonique.

4° La nullité résultant du défaut de consentement pourra être ratifiée, ce qui est contraire au droit romain.

5° L'autorité publique ne peut plus intervenir pour vaincre la résistance des parents ; car le père n'exerce point chez nous, comme il le faisait à Rome, une fonction politique dans la famille.

Cette théorie qui n'est ni la théorie romaine, ni celle canonique, résulte des ordonnances royales. Appliquant cette théorie aux enfants légitimes, voyons la disposition de l'art. 148 ainsi conçu : « Le » fils qui n'a pas atteint l'âge de 25 ans accomplis, » la fille qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment le consentement du père suffit. » Il en résulte que la minorité des filles en matière de mariage est moins prolongée que celle des garçons ; et il fallait bien qu'il en fût ainsi ; les filles atteignant plus tôt que les garçons, un âge où il leur devient difficile de s'établir. Il faut le consentement du père

et de la mère ; en cas de dissentiment, le consentement du père seul suffit ; et on a bien fait de décider ainsi, le père étant le chef véritable de la famille. Eclairé par le refus de la mère, peut-être le futur renoncera-t-il à son projet de mariage, bien que le père ait d'ores et déjà donné son consentement.

149. En cas de prédécès de l'un des auteurs, le consentement de l'autre suffit, pourvu que l'on présente un extrait de l'acte de décès. Il en est encore ainsi dans le cas d'absence ; mais il faudra tout au moins que celui dont on ne peut produire le consentement soit en état de présomption d'absence.

« Si le père et la mère sont morts, dispose l'art. 150, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent : s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement ; mais il n'en sera ainsi que dans l'hypothèse seule où les pères et mères sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

Dans tous les cas, le consentement donné par les ascendants doit subsister et persister jusqu'à la célébration du mariage ; avant cette célébration, il peut être rétracté, car il n'est pas irrévocable. Il faut qu'au moment du mariage, le consentement des ascendants se joigne à celui des futurs. Pour plus de clarté, faisons une espèce : X jeune homme de 25, ans dont la mère est décédée, éprouve le désir de se marier ; son

père lui donne le consentement par écrit et meurt avant la célébration du mariage. Dans cette hypothèse, X pour se marier, a besoin du consentement de son grand-père que nous supposons vivre encore (150).

Si l'ascendant fixé en un lieu éloigné ne peut assister au mariage, il doit donner son consentement par acte authentique. La question est de savoir si cet acte doit désigner nominativement la future ou bien énoncer d'une manière générale que le père consent au mariage de son fils avec n'importe qui? Controverse. — Certains auteurs faisant dériver la solution de l'art. 75 et de l'expression *futur époux* de cet article décident que le consentement donné d'une manière générale suffit. Selon eux, par *futur époux*, il faut entendre celui, quel qu'il soit, avec lequel on va se marier. Nous rejetons cette opinion; car les art. 71 et 75 en employant l'expression *futur époux* veulent sans nul doute désigner celui auquel on donne le consentement de se marier. Et d'ailleurs il est impossible que le consentement des ascendants, complètement de celui des parties se traduise par l'autorisation vague de se marier avec le premier venu, n'importe qui; ce serait l'abdication complète de la puissance paternelle.

Art. 154. La nécessité des actes respectueux remonte à une ordonnance de 1556 qui l'appelait *sommation respectueuse*; elle dérive du principe qu'à tout âge l'enfant doit respect à ses père et mère (art. 371). Voilà pourquoi, bien qu'arrivé à la majorité, il est

néanmoins obligé de les consulter. Une déclaration du 25 novembre 1659 permettait d'exhérer les enfants même majeurs de 21 ou 25 ans qui s'étaient mariés sans avoir demandé le consentement de leurs père et mère ou sans leur avoir fait des sommations respectueuses. La loi de 1792 supprima la nécessité de ces sommations, et le code les rétablit sous le nom d'actes respectueux. Le défaut de signification de ces actes constitue un simple empêchement prohibitif.

Les art. 152 à 157 ont été ajoutés au code par la loi du 21 ventôse an XIII. Les dispositions qu'ils contiennent ne donnent point lieu à de graves difficultés d'interprétation. Jusqu'à l'âge de 50 ans accomplis pour les fils, et de 25 ans pour les filles, l'acte respectueux devra être fourni trois fois de mois en mois; un mois après le troisième acte, il pourra être passé outre à la célébration du mariage. Après cet âge, un seul acte respectueux suffira. On n'a pas voulu que ces sommations soient notifiées par huissier, de peur que pareille intervention n'aigrît davantage encore les rapports entre l'enfant et ses père et mère; en conséquence, l'acte respectueux sera notifié par deux notaires ou par un notaire et deux témoins. L'art. 155 est complété par un avis du conseil d'État du 4 thermidor an XIII. Il en résulte que l'acte de décès d'un ascendant n'a pas besoin d'être représenté quand ce décès est attesté par d'autres ascendants, en admettant que les père et mère, aïeuls ou aïeules soient décédés sans qu'on puisse prouver ces décès ou en représenter les actes. Si leur dernier domicile est inconnu, on passera outre à la célébration du

mariage, après que les parties auront prêté le serment que leurs ascendants sont décédés et qu'elles ne connaissent point leur dernier domicile. Les art. 156 et 157 contiennent la sanction des dispositions précédentes, ils édictent des peines contre les officiers de l'état civil qui au mépris des défenses de la loi auront passé outre à la célébration du mariage.

Il fallait appliquer la nécessité des actes respectueux aux enfants naturels légalement reconnus ; et c'est, en effet, ce que décide l'art. 158. Mais remarquons que l'art. 158 ne renvoie pas à l'art. 150 qui exige l'autorisation des aïeuls ou aïeules ; nous savons en effet que les enfants naturels ne peuvent avoir ni grand-père ni grand'mère. L'enfant naturel non reconnu, ou l'enfant naturel reconnu dont le père et la mère ne peuvent manifester leur volonté doivent obtenir un tuteur ad hoc qui donnera le consentement au mariage. Cette disposition tient à cette idée que le consentement des conjoints à lui seul est insuffisant et qu'il faut un consentement étranger qui lui serve de complément.

Aux termes de l'art. 160, s'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeul, ni aïeule, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le fils ou la fille mineure de 21 ans ne peut contracter mariage sans le consentement du conseil de famille. On s'est demandé si la décision de ce conseil pouvait être révoquée ou réformée par les tribunaux ; et à cette question les auteurs n'ont point été d'accord sur la solution qu'il fallait donner. D'abord, il résulte de l'art. 885 du code de procédure que

les décisions non unanimes du conseil de famille peuvent être réformées; mais en est-il ainsi dans le cas de consentement au mariage? Là commence la discussion. Les uns tiennent pour la négative et s'appuient pour soutenir leur opinion, sur ce que l'art. 885, dont il s'agit, ne statue que dans l'hypothèse des articles précédents; c'est-à-dire pour des délibérations se référant à la nomination des tuteurs. Les partisans de l'affirmative insistent avec raison sur la généralité des termes de l'art. 885. C'est dire que nous croyons cette dernière opinion fondée; car les tribunaux pourront redresser des délibérations prises dans un but par trop intéressé de la part du conseil de famille.

§ IV.

Conditions relatives à l'absence de parenté ou d'alliance à un degré prohibé.

En cette matière, nous croyons avec Montesquieu qu'il est bien difficile de fixer le point où les lois de la nature s'arrêtent, et celui où les lois civiles commencent. Dans la ligne directe, chez tous les peuples, le mariage est défendu; en ligne collatérale il faut s'en tenir aux habitudes établies. D'après la Bible, les fils et les filles d'Adam et d'Eve durent bien s'unir entre eux; et, en effet, la morale envisagée d'une manière abstraite n'a rien à voir ici; tout dépendra de l'idée plus ou moins développée de l'honestas publica. Chez les peuples patriarcaux, on considérait les enfants vivant

sous la même tente comme frères et sœurs, bien que, en réalité, ils ne fussent que cousins-germains ou cousins issus de germains ; et c'est grâce à cette idée d'honestas publica que le mariage était prohibé entre ces personnes vivant sous la même tente. Au contraire, dans les pays où le fils forme, en se mariant, une famille distincte du père, on comprend que le mariage puisse exister entre cousins germains. Il en est autrement du frère et de la sœur, qui habitent sous le même toit ; il faut leur inspirer l'horreur de l'inceste. Tous les peuples se sont plus ou moins conformés à cette idée théorique.

La *parenté*, c'est le rapport ou le lien qui existe entre les divers descendants d'un auteur commun. L'*alliance* est le lien qui existe entre l'un des deux conjoints et les parents de l'autre ; elle naît du mariage ; c'est une espèce de demi-parenté civile. Elle crée un empêchement au mariage que l'un des deux conjoints devenu veuf voudrait contracter avec les parents trop rapprochés de l'autre époux décédé ; mais les parents des deux époux ne sont pas alliés entre eux. On appelle *degré* la distance qui sépare deux parents. La suite des degrés forme la *ligne* ; il y a la ligne directe et la ligne collatérale. Les art. 755 à 758 indiquent la manière de compter les degrés. Ce mode de computation nous vient du droit romain. A Rome, le mariage était défendu à l'infini en ligne directe ; il était prohibé en ligne collatérale lorsque l'un des futurs touchait immédiatement à l'auteur commun. Le droit canonique

que consacra l'autorité des souverains créa d'autres empêchements. Au VIII^e siècle, la parenté et l'alliance étaient à quelque degré que ce fût des causes d'empêchements, et ces prohibitions amenaient les résultats les plus fâcheux; car toute exagération conduit à l'absurde et se retourne contre le but que l'on se proposait d'atteindre. C'est ainsi que l'on trouvait des parentés partout et que les unions contractées pouvaient être rompues avec une prodigieuse facilité.

L'Église reconnaissant qu'elle était allée trop loin restreignit les prohibitions au 9^e degré. Ce ne fut là qu'un palliatif bien insuffisant, et les abus persistaient encore en 1215, quand on les signala au 4^e concile général de Latran. Après une discussion des plus vives, on réduisit les empêchements au 4^e degré seulement; mais, en réalité, il n'était point ainsi, parce que les lois canoniques faisaient compter les degrés de parenté autrement qu'en droit romain. Lorsque les deux collatéraux se trouvaient au même degré de l'auteur commun, sur une ligne [différente, on ne comptait entre les collatéraux que les degrés existant entre l'auteur commun et l'un des collatéraux. Si les deux collatéraux étaient à inégale distance de l'auteur commun, on comptait autant de degrés qu'il y en avait entre l'auteur commun et celui des collatéraux qui en était le plus éloigné. On ne comptait donc que d'un seul côté de l'échelle, à la différence des Romains qui comptaient des deux côtés. Les civilistes, partisans de la tradition romaine, voulurent conser-

ver leur mode de computation. Déclaré hérétique, ce mode de compter fut désigné du nom d'*hérésie des Incestueux*; et le concile de Latran décida que le mode de computation canonique était le seul acceptable et reçu. La défense du concile de Latran était encore exagérée; l'Église y choisit le 4^e degré comme terme moyen, c'est-à-dire du moins l'idée la plus naturelle. On voulut expliquer ce choix en disant qu'il y a en l'homme quatre humeurs se rapportant au quatre éléments (Innocent III chap. 8, Liv. 4^e Tit. 14^e Décrétales de Grégoire IX, corpus juris canonici). C'est qu'à cette époque, on voulait trouver une raison à tout. La couronne de France est ronde, disait-on, aussi le roi a-t-il un domaine éminent sur tous les biens. Nous aurions mieux aimé qu'on donnât de cette rôtundité un autre motif, et que l'on dit par exemple: La couronne de France est ronde parce qu'elle n'est pas carrée! Quoi qu'il en soit, cette manie de tout motiver était une suite de la philosophie physique.

Les prescriptions du concile de Latran demeurèrent cependant en vigueur jusqu'à la révolution. La loi du 20 septembre 1792, dans un excès opposé, ne prohiba le mariage qu'entre frère et sœur. Lors de la rédaction du code civil, après de graves discussions sur la question de savoir quel moyen terme l'on prendrait, on en vint à la formule des art. 161, 162 et 163. Dans le premier, par exception, la loi reconnaît une espèce de parenté entre un homme et les enfants naturels de son fils; cette exception dérive de l'honestas publica. Notre article

met de plus les alliés en ligne directe sur la même ligne que les ascendants et cela s'applique aux alliés naturels. La prohibition en ligne collatérale semble dans l'art. 162, être celle de 1792 ; mais le code va plus loin en étendant la prohibition aux alliés en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré.

Nous devons maintenant nous demander si du commerce illicite qui a pu s'établir entre deux personnes, il peut résulter une sorte d'alliance ou de quasi-affinité entre l'un de ces conjoints irréguliers et les parents de l'autre. Pothier dit que, dans ce cas, on admet une quasi-affinité, mais moins étendue que l'alliance, puisque les effets de cette quasi-affinité ne s'étendaient en ligne collatérale que jusqu'au deuxième degré. Le code parle de l'alliance mais ne la définit pas ; aussi pour avoir de ce lien une notion exacte, il faut la puiser au corps de doctrine qui l'a établie, c'est-à-dire au droit canonique. Or, le droit canon étendait la prohibition jusqu'à la quasi-affinité résultant d'un commerce illicite ; voilà pourquoi plusieurs auteurs admettent cette solution canonique. Après un examen plus approfondi, nous estimons aujourd'hui que l'alliance dont parle le législateur est l'alliance proprement dite, celle-là seule qui résulte du mariage ; et, en effet, l'esprit du code est d'éviter toutes recherches sur les commerces illicites, recherches qui auraient lieu si on décidait que la quasi-affinité est un obstacle au mariage. Or, c'est là l'esprit du Code puisqu'il prohibe la recherche de la paternité, même à l'égard des enfants (art. 340). D'ailleurs, si

au titre du *Mariage*, on prend le mot alliance dans son sens canonique on devra conserver ce sens dans tous les articles du code, notamment dans l'article 975.

Reconnaissons donc qu'il n'y a empêchement au mariage que lorsque la quasi-affinité résulte de la reconnaissance d'un enfant naturel, ou d'un mariage annulé pour cause de bigamie. Dans une révision du code, on pourrait parfaitement consacrer la solution que nous combattons ; mais actuellement nous ne pouvons admettre cette opinion intermédiaire et nous persistons à dire que cette quasi-affinité ne crée pas d'empêchement au mariage ; à moins que dans un cas particulier, comme en matière de mariage putatif, nous trouvions des textes formels tels que les art. 201 et 292. Nous admettrions que la quasi-affinité produite par de mariage putatif constitue un empêchement malgré la dissolution du mariage putatif.

L'art. 165 consacre la prohibition du mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. Cet art. va plus loin que la loi de 1792 ; il n'a pas égard à la parenté naturelle ni à l'alliance ; il n'édicte la prohibition que pour la parenté proprement dite. On peut donc épouser la fille naturelle de son frère, la veuve de son neveu ou nièce par alliance. Cet article ne parle pas du grand-oncle et de la petite-nièce, bien que l'hypothèse puisse quelquefois se réaliser. Un avis du conseil d'État du 8 avril 1808 décida que le code civil ne s'opposait point à un pareil mariage ; il se fondait sur ce que les

exceptions ne peuvent être étendues d'un cas à un autre : exceptiones sunt strictissimæ interpretationis. Quelques jours après, le 7 mai 1808, l'empereur fit insérer au bulletin des lois une solution contraire. On a contesté que cette décision eût force de loi ; d'ailleurs elle n'était pas signée ; aussi croyons-nous que les tribunaux pourraient ne point en tenir compte ; et puis, la trouverait-on obligatoire qu'elle ne créerait jamais qu'un empêchement prohibitif.

Le chef de l'État pour causes graves peut lever la prohibition entre beau-frère et belle-sœur, oncle et nièce, tante et neveu. Dans la première rédaction de l'art. 164, la prohibition entre beau-frère et belle-sœur était absolue ; le Code se montrait plus sévère que la loi canonique qui accordait des dispenses en cette hypothèse. C'est une loi du 16 avril 1852 qui créa la dispense entre beau-frère et belle-sœur.

La théorie des dispenses, que l'on peut admettre en droit canonique où elle a été puisée, ne devrait pas être reçue en droit civil ; car il y a une grande différence entre les deux législations. Elles n'ont point le même objectif. L'une avait pour but de régler la conduite des fidèles en vue de la conformité de la vie civile avec les prescriptions de l'Église à qui il fallait obéir pour gagner le Ciel. L'oncle ne pouvait épouser la nièce ; mais si l'un d'eux avait séduit l'autre, c'était une faute très-légère peut-être pour la personne séduite, la séduction détruisant la liberté et par suite la responsabilité.

En cette circonstance, le droit canonique, dont la préoccupation principale était le salut des âmes, accordait des dispenses dans l'intérêt de la conscience du séducteur. L'autre n'a pas à s'occuper du salut des individus, elle leur laisse le soin de s'en charger eux-mêmes; sa seule mission étant d'assurer le bon ordre dans le domaine temporel. Toute à son rôle, elle a cru qu'il est d'ordre public qu'un oncle ne puisse épouser sa nièce, la tante son neveu, le beau-frère sa belle-sœur et voilà que tout-à-coup l'on déroge à ce principe d'ordre public! Ainsi, au moyen d'un acte immoral on arrivera à ne point se conformer au droit commun! La théorie des dispenses aurait dû être rejetée.

§ v.
En fait de mariage, le consentement donné au mariage, qui ne peut être caractérisé qu'il soit, il ne peut être valide, si les conditions relatives à la pureté juridique du consentement, que les conjoints doivent donner à leur union, ne sont pas remplies.

D'après l'art. 146, il n'y a point de mariage sans consentement; il suit de là que quand les parties ont donné leur consentement au mariage, l'union existe; mais il n'est point sûr qu'elle soit valable; car si le consentement a été vicié par l'erreur ou la violence on dira qu'il y a eu consentement extorqué, arraché, et le mariage sera entaché de nullité. Il pourra donc être annulé, sur la demande des personnes intéressées; mais tant que la nullité n'en sera pas prononcée, il existera. L'art. 180 rapproché de l'art. 146 nous prouve qu'il faut distinguer entre le mariage nul ou inexistant et le mariage annula-

ble. On ne pourra ratifier le mariage nul, c'est-à-dire, le néant; on pourra ratifier le mariage annulable.

VICES DU CONSENTEMENT DONNÉ AU MARIAGE. — Le mariage étant un contrat, il faut rapprocher la théorie spéciale du consentement en matière de mariage, de la théorie générale du consentement dans les contrats ordinaires. Si nous consultons à ce sujet l'art. 1109 nous voyons que la violence, l'erreur et le dol empêchent le consentement d'être valable, mais ne le détruisent pas. Ces trois vices du consentement dans les contrats ordinaires seront-ils admis en matière de mariage? Non, le dol devra être écarté; quelque caractérisé qu'il soit, il ne peut vicier le consentement donné au mariage: « En fait de mariage trompe qui peut » disaient les jurisconsultes du XVI^e siècle. En matière de mariage, il n'y a donc que deux vices du consentement, la violence et l'erreur.

DE LA VIOLENCE. — Elle rend le contrat annulable parce qu'elle produit une crainte, laquelle vicie le consentement. Il ne faut pas confondre la violence avec une coercition physique qui produirait une signature. Voilà un individu qui ne se laisse troubler par aucune menace, on lui prend la main et on signe avec sa main; on ne peut point dire dans ce cas qu'il y ait eu consentement; c'est l'action en nullité par défaut de consentement qui sera exercée. Nous ne nous occupons donc que de la violence génératri-

ce de crainte viciant le consentement, c'est-à-dire de la nécessité dans laquelle se trouve un individu obligé de faire une chose qu'il ne ferait pas s'il était livré à lui-même, mais qu'il fait pour éviter un mal plus grand. En droit romain, celui qui entre deux maux choisissait le moindre, était considéré comme ayant donné son consentement. (Loi 21 § 5 Liv. 4, T. 4. Dig.). Un individu a fait addition d'hérédité sous l'empire de menaces terribles : *coactus voluit*, nous dit le jurisconsulte Paul. Il dépendait en effet de sa volonté de ne pas faire l'addition ; il a consenti. Telle est la doctrine romaine qui provenait de la philosophie Stoïcienne ainsi formulée : « L'homme doit se placer au-dessus de la crainte et de la douleur. » On peut reprocher à cette doctrine de mettre l'homme au-dessus de l'humanité ; elle n'est pas absolument vraie. Placé en présence d'une alternative agréable, l'homme choisit ; dans ce cas il est vrai de dire : *coactus voluit* ; il a donné son consentement : *qui mavult, vult*. Mais ici, dans le cas de violence exercée sur un individu pour le forcer à contracter, l'alternative est également repoussée ; les deux termes en sont désagréables ; il n'est donc pas vrai de dire : « *coacta voluntas, voluntas*. » En conséquence le prêteur va restituer à la partie engagée la possibilité de se dégager. C'est cette doctrine ainsi mitigée qui fut acceptée dans notre ancienne jurisprudence. Le contrat existe mais non point avec l'indépendance voulue ; il est annulable.

Cela posé, voyons en quoi doit consister la violence. L'art. 1112 nous dit : « Il y a violence, lors-

» qu'elle est de nature à faire impression sur une per-
» sonne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la
» crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal
» considérable et présent. » Remarquons d'abord
que cette définition est inexacte en ce qu'elle contient
le mot à définir. C'est là un premier reproche que
nous croyons devoir adresser à cet article dont la
rédaction est défectueuse en plusieurs points. Laisant
donc de côté la définition du Code, nous dirons que
la violence consiste dans une contrainte extérieure
exercée sans droit sur la volonté. Nous disons que
cette contrainte est *extérieure*, qu'elle doit avoir sa
source en dehors de la personne de celui qu'on se
plaint. « Une jeune fille reçoit la visite d'un voisin
» qu'elle redoute. Celui-ci se flattant de lui inspirer
» un tout autre sentiment, lui déclare son amour et
» la supplie de lui accorder sa main. La jeune fille
» est terrifiée par la présence de son voisin, sous
» l'empire de cette crainte spontanée, elle donne
» son consentement. » Dans ces cas, dira-t-on, qu'il
y a eu violence? Le voisin n'a rien fait pour effrayer
la jeune fille; celle-ci a été timide et rien de plus. Il
n'y a pas eu violence; et c'était là l'opinion d'Ulpien
dans la loi 9 in principio de vi et 2 de vi. Il faut
donc que la contrainte soit extérieure, émané d'un
tiers; on ne peut point, en effet, scruter les timi-

Cette contrainte extérieure doit s'exercer sur la
volonté: Si nous faisons cette remarque, c'est pour
distinguer la violence de cette contrainte physique
exclusive du consentement dont nous avons déjà dit

un mot. De plus, cette contrainte extérieure doit être exercée sans droit ; car il pourrait fort bien se faire qu'un individu, pour arriver à ses fins, menaçât de l'exercice rigoureux d'un droit la personne à laquelle il voudrait arracher son consentement. Supposons que l'hypothèse se vérifie, et demandons-nous si la menace d'exercer un droit constitue une violence suffisamment caractérisée pour faire considérer le consentement comme altéré.

En principe, il n'en sera point ainsi ; car l'exercice d'un droit n'est pas un fait qui viole le droit des autres. Toutefois la solution ne devrait plus être la même dans l'hypothèse suivante : Un individu veut faire marier X avec Y ; il n'est point créancier de X ; mais voici qu'il se procure des lettres de change signées par X et il le menace de contrainte par corps, s'il ne se marie point avec Y. Dans l'espèce, l'individu a usé de manœuvres ayant uniquement pour but de peser sur la détermination du jeune homme ; Aussi peut-on dire, en ce cas, qu'au lieu d'exercer un droit, il a pratiqué une violence. Depuis que la contrainte par corps a été abolie, de telles hypothèses ne sauraient se réaliser.

Toute contrainte extérieure exercée sans droit sur la volonté ne pourra pas motiver une action en nullité. Si nous consultons l'art. 1112, nous voyons qu'il faut en outre que cette contrainte soit de nature à faire impression sur une personne *raisonnable*. Cette formule de la loi est quelque peu incorrecte ; car prise à la lettre, elle semblerait dire qu'on ne peut exercer la violence sur une personne non rai-

sonnable. Le législateur en s'exprimant ainsi a voulu dire qu'il faut une violence de nature à faire impression sur la raison d'une personne. Il faut que le mal dont on vous menace soit considérable. A Rome, on allait plus loin, on voulait que la menace fit impression in homine constantissimo (Loi 6. Dig. 4. 2.). C'est encore là le reflet des doctrines stoïciennes. Chez nous, au contraire, on aura égard à l'âge, à la condition, au sexe de la personne menacée. La menace de jeter un sort que tout homme éclairé prendra pour une plaisanterie, pourra peut-être produire impression sur un campagnard ; une femme à coup sûr ne résistera pas à des menaces si terribles !

Il faut que le mal menace la personne soit physique, soit morale. La crainte de la diffamation, d'une atroce calomnie entraînera la nullité. Aux termes de l'art. 1112, ce mal doit être considérable et *présent*. Est-ce à dire que si l'on vous menace de vous faire périr dans six mois, vous ne pouvez pas faire anéantir le contrat ? Cela serait absurde ; évidemment le législateur s'est encore trompé dans les expressions ; il a voulu dire : la crainte présente d'un mal qui peut être futur. Décidément, il faut avouer que la rédaction de notre art. 1112 n'a pas été heureuse. Nous proposerions de la redresser ainsi : « Il y a » violence, lorsqu'elle est de nature à faire impres- » sion sur la raison de la personne et qu'elle peut » lui inspirer la crainte présente d'exposer sa per-

» sonne ou ses biens à un mal considérable qui
» peut être futur. »

Si au lieu de vous menacer d'un mal qui doit vous atteindre personnellement, on vous menace d'un mal qui doit vous frapper dans la personne de vos ascendants, de votre conjoint, de vos descendants ; la crainte qui en résultera sera peut-être plus terrible que si la menace vous était personnelle, et la loi devait dès lors prévoir cette hypothèse. De là l'art. 1115 dispose : « la violence est une cause de nullité non-seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants. » Qu'arrivait-il si la violence avait été exercée sur un parent, sur une personne chérie à d'autres titres ? Dans ce cas de plein droit, on ne peut pas dire que la violence soit exercée sur l'individu lui-même ; ce sera une question de faits laissée à l'appréciation des tribunaux, qui détermineront dans quelle mesure la menace a pu détruire la volonté.

L'art. 1114 nous dit que la seule crainte révérentielle ne suffit point pour faire annuler le contrat. Elle ne peut être assimilée à la violence. La crainte révérentielle qui est autre chose que le respect est cette espèce de frayeur engendrée uniquement par les habitudes d'excessive sévérité dont les père et mère ne se sont jamais départis à l'égard de leurs enfants, et qui ne repose ni sur le devoir ni sur l'affection. Il peut arriver que, sous l'empire de cette crainte qui depuis l'enfance a grandi, une jeune fille

n'ose pas refuser de consentir à un mariage proposé par ses ascendants ou l'un d'eux. Il n'y a pas eu violence ; mais l'enfant n'a pas osé refuser. Cette situation devait préoccuper le législateur. Comme il est bien difficile de mesurer une telle crainte et qu'il n'y a pas eu violence, la loi décide avec raison que cette crainte ne suffit pas pour anéantir le contrat ; il faut de plus une violence, quelconque. Pourquoi dès lors, dira-t-on, se préoccuper de la crainte révérentielle s'il y a eu violence ? Cette objection est bien facile à renverser. Nous avons fait remarquer, en effet, que toute violence n'annulait pas le contrat. Pour qu'elle produise un tel effet, il faut qu'elle soit caractérisée (art. 1112) ; à moins que cette violence insuffisante ne se trouve concourir avec la crainte révérentielle. Tel est le sens de l'art. 1114. Pour mettre ces dispositions en lumière, prenons une espèce : Un père veut faire marier son fils. Celui-ci qui craint beaucoup son père déteste encore plus la personne qu'on lui propose ; en conséquence, s'armant de courage, il brave pour la première fois le courroux paternel et refuse de consentir. Le père furieux se livre sur lui à un excès de brutalité et le frappe, si bien que le fils donne son consentement. Dans ce cas, il y a eu acte de violence joint à une idée de crainte révérentielle et le fils pourra demander la nullité du mariage. Que si, au contraire, la crainte révérentielle eût existé seule, la nullité du mariage n'aurait pu être demandée.

De qui doit émaner la violence ? L'art. 1111 nous dit que la violence est une cause de nullité encore



qu'elle ait été exercée par un tiers ! Peu importe que la violence émane de la partie adverse ou d'un tiers. A ce sujet, trois hypothèses sont possibles : 1° La violence émane de la partie adverse ; 2° Elle émane d'un complice de l'autre partie ; ce cas rentre dans le premier ; 3° La violence émane d'un individu qui n'a eu aucun rapport avec celui qui a profité de la violence. Dans ces divers cas, elle est une cause de nullité. Il suit de là que la violence opère *in rem*, d'où qu'elle vienne ; elle est *concepta in rem* et non *in personam*, comme l'on disait en droit romain. Pour quoi en est-il ainsi, pourquoi la question de personne importe-t-elle peu ? Ulpien, dans la loi 14, Dig. Liv. 4, T. 2, et au § 3, nous en fait connaître le motif : « nam cum metus habeat in se quamdam ignorantiam, merito quis non adstringitur, ut désignet, » quis ei metum vel vim adhibuit : » Continet in se ignorantiam ! Ainsi la violence contient en elle-même quelque chose de caché ! On explique généralement cela en disant que la violence se produit pendant la nuit et émane de gens masqués. Il pourra bien en être quelquefois ainsi ; mais ne croyons pas que telle soit la véritable explication. Cela signifie que jamais on ne peut se douter que l'on va être victime d'une violence : « Voilà un jeune homme qui ne songe pas le moins dumonde à se marier, » peut-il se douter qu'un guetapens lui est dressé et que dans un instant on va lui extorquer un consentement qui lui répugne ? C'est en cela que la violence diffère surtout du dol. Les manœuvres frauduleuses se rattachant aux affaires, celui qui entre en pourparler doit prendre ses pré-

cautions ; devant s'attendre à ce qu'on cherche à le tromper, il doit se tenir sur ses gardes. Ainsi le violenté n'aura, en fait, qu'à prouver une chose : qu'il a été violenté. Par qui ? Il n'importe. Il n'a pas consenti librement et cela doit suffire pour que le contrat auquel il a consenti soit annulé. La violence opère donc une nullité *in rem*, non pas qu'elle soit absolue ; mais en ce sens qu'il n'est pas nécessaire de dire de qui elle émane. Autrement cette nullité est relative en ce sens qu'elle ne peut être demandée que par la partie violentée.

Que faut-il penser du rapt ? Deux espèces : 1° le rapt de violence ; 2° le rapt de séduction. Une jeune fille est enlevée, il y a rapt de violence ; elle se laisse enlever, il y a rapt de séduction. Le premier n'est point une cause de nullité, si au moment de la célébration du mariage, la personne ravie a recouvré sa liberté ; il est au contraire une cause de nullité, si la jeune personne est toujours tenue sous la pression du ravisseur. Le rapt de séduction ne pourra jamais entraîner la nullité du mariage, s'agirait-il d'une séduction frauduleuse ; en effet, tout mariage suppose une séduction réciproque, et toute séduction frauduleuse est un dol ; or, nous savons qu'en notre matière le dol ne vicie point le consentement. D'ailleurs, la séduction ne s'exerce en général que sur les mineurs ; dès lors le consentement que les parents devront donner enlève tout intérêt à la question.

DE L'ERREUR. — En notre matière, on peut tom-

ber dans l'erreur de trois manières : 1° L'erreur peut porter sur l'identité de l'individu physique — Cette hypothèse est aujourd'hui fort rare. 2° Elle peut porter sur l'identité de la personne civile ; on croit par exemple que le conjoint appartenait à telle famille ; 3° Elle peut porter sur les qualités physiques ou morales de la personne avec laquelle on s'est uni.

Ces trois causes d'erreur sont-elles comprises dans l'art. 180, 2° ? Telle est la question que nous devons examiner ici avec quelques détails. Quelques auteurs, se basant sur les termes du deuxième alinéa de l'art. 180, ont soutenu que le mariage était seulement annulable quand l'erreur portait sur l'identité physique de l'individu, et que dans les deux autres cas d'erreur, le mariage n'était pas même annulable. Nous croyons cette opinion erronée ; car, notre article suppose qu'il y a consentement. Or, quand il y a erreur sur l'identité de l'individu physique, il n'y a pas consentement et on rentre alors dans le cas prévu par l'art. 146. Il ne faut pas, en effet, confondre l'erreur exclusive du consentement portant sur l'identité physique de la personne et l'erreur non exclusive du consentement. L'art. 180 fut voté dans le sens du premier consul comme se référant seulement aux erreurs qui pouvaient avoir trait à la personne civile ou morale ; mais non à l'identité physique, puisque dans ce cas, il n'y a pas eu consentement et que l'art. 146 est applicable. Le tribunal de cassation voulait substituer les mots *erreur sur l'individu* à l'expression *erreur sur la personne* ; mais on repoussa cette proposition, parce que l'erreur sur l'individu, c'est-à-dire sur l'iden-

tité physique de la personne, rentrait déjà dans l'art. 146. Donc, pour comprendre l'art. 180, il faut mettre de côté l'erreur sur l'identité physique de la personne, cas où il n'y a pas de consentement, ou l'erreur est exclusive du consentement.

Dans un arrêt du 4 février 1860, la cour de Paris a émis une théorie qui affecte une portée doctrinale. Elle a décidé que l'erreur sur la personne n'est une cause de nullité du mariage que quand elle a trait à la personnalité soit physique, soit civile, et qu'en même temps il est nécessaire de soulever une question d'identité. Donc, d'après cette cour, l'art. 180 se référerait : 1° au cas d'erreur sur l'identité physique de la personne ; 2° au cas d'erreur sur la personnalité civile ; mais seulement dans le cas où la question soulèverait un examen d'identité. La moitié de cette doctrine est démontrée fautive parce que nous avons déjà prouvé que l'art. 180 ne se réfère pas à l'erreur sur l'identité physique de la personne. Examinons la deuxième proposition de la cour de Paris. Elle veut que l'erreur sur la personne civile ne soit admise qu'autant qu'elle soulèvera une question d'identité sur la personne civile de l'autre conjoint. Or, cette question d'identité ne se produira qu'en un seul cas : « J'entendais épouser Marie fille de Primus et de Prima ; je n'ai pas été trompé physiquement ; mais il y a eu erreur de la personnalité civile de Marie, car elle était fille de Primus et de Secunda. » D'après la doctrine de la cour de Paris, il faudrait décider que le mariage ne sera annulable qu'au cas où l'erreur aura porté sur l'origine de la

personne, puisque c'est la seule hypothèse où l'erreur puisse soulever une question d'identité. Or, il n'est pas probable que la loi n'ait voulu permettre l'annulation du mariage que dans le cas unique où l'erreur a porté sur la personne civile et de façon à faire naître une question d'identité. Les expressions de l'art. 180, 2°, n'autorisent pas la solution de la cour. Il est d'ailleurs remarquable que le législateur ait employé les mots : *erreur dans la personne*, et non ceux : *erreur sur la personne*. Dégageons donc la véritable opinion du législateur.

Il faut tenir compte, à cet égard, de la solution des canonistes, qui dans l'ancien droit était civilement obligatoire. Or, les canonistes avaient distingué quatre sortes d'erreur : 1° erreur sur l'identité de la personne physique ; 2° erreur portant sur la condition sociale ; 3° erreur portant sur la fortune ; 4° erreur portant sur les qualités. Au fond, ces quatre espèces d'erreur pouvaient se réduire à deux : 1° erreur sur l'identité de la personne ; 2° erreur sur les qualités de la personne. L'erreur sur l'identité physique de la personne rendait le consentement impossible, était exclusive du consentement. Quant à l'erreur sur les qualités, les canonistes distinguaient entre les qualités substantielles (redundantes in personam), et les qualités secondaires (non redundantes in personam). D'après eux, l'erreur sur les qualités substantielles viciait le consentement ; mais l'erreur sur les qualités secondaires ne le viciait point. Dans le cas d'erreur sur une qualité redundanter in personam, il n'y avait pas erreur *sur* la personne, mais

erreur *dans* la personne. Le code civil en employant l'expression du droit canon a clairement manifesté son intention. Les qualités redondantes *in personam* sont celles requises pour qu'une personne soit mariable, celles dont l'absence empêche une personne d'être mariable. Mais, dira-t-on, comment reconnaître si une qualité est redondante *in personam* ou non ? Voici le criterium fourni par les canonistes : « Error »
» *circa qualitatem dicitur redundare in personam*
» *quando animus contrahentis sic fertur in certâ*
» *qualitate, ut implicite nolit personam, si ipsi desit*
» *qualitas in quâ error.* » Ainsi, il y aura erreur sur la qualité, et partant dans la personne, chaque fois que l'erreur portera sur une qualité dont la présence est inhérente à toute personne mariable. Les qualités dont une personne peut être douée au point de vue du mariage sont placées en deux groupes : les unes peuvent exister ou ne pas exister, et souvent ce sont ces qualités accidentelles qui déterminent le mariage, avantages physiques, probité, fortune, intelligence, position sociale, etc. ; les autres sont naturelles, substantielles, inhérentes à la personne et dont on ne doute jamais ; si elles n'existent pas, implicitement il est entendu qu'on ne veut pas épouser la personne. Telles sont les qualités qui ont trait à l'état civil, à la liberté quant au mariage, à la puissance. Donc, la différence entre les qualités naturelles et les qualités accidentelles, c'est que l'individu est implicitement réputé investi des premières, tandis qu'on ne peut supposer la présence des secondes.

Lorsqu'il y a eu un mariage et qu'on découvre chez

l'un des conjoints l'absence d'une qualité, il faut se demander si cette absence se réfère à une qualité substantielle ou à une qualité accidentelle.

Les qualités substantielles dont la présence est réputée inhérente à la personne sont celles qui ont trait à l'état civil, à la puissance d'engendrer, à la liberté personnelle de se marier au point de vue religieux, à la nationalité. S'il y a eu erreur sur ces qualités, on peut demander la nullité du mariage. Les qualités secondaires sont relatives à la fortune, à la vertu, à la naissance, à la santé. En ce qui touche ces qualités, tant pis pour celui qui s'est trompé ; il ne peut demander la nullité du mariage. Les qualités substantielles constituent l'apanage de tout le monde, les qualités secondaires ne constituent l'apanage de personne. S'il en est ainsi, tout le monde est présumé investi des premières ; l'absence d'une d'elles pourra suffire plus tard pour entraîner la nullité du mariage. Un prêtre catholique dissimulant sa condition se marie ; la jeune fille peut demander la nullité du mariage pour cause d'erreur ; car nous examinons ici une question non point de capacité, mais de consentement. Nous disons que le mariage *pourra* et non *devra* être annulé. Il ne faut pas en effet confondre ce qui est vrai in thèse avec ce qui pourra l'être in hypothèse. En fait, le juge examinera la question au point de vue relatif et concret, et se prononcera suivant les circonstances.

Voici comment nous croyons devoir formuler les règles à suivre en la matière qui nous occupe :

1° L'erreur dans la personne dont parle l'art. 180

s'entend de l'erreur portant sur les qualités substantielles, redundantes in personam et qui ont trait soit à l'état civil, soit à la faculté d'engendrer, soit à la liberté de tout engagement religieux et peut-être à la nationalité.

2° Même dans le cas, où in thesi, l'erreur, ayant porté sur une qualité redundantem in personam, devrait annuler le mariage; s'il résulte des faits de la cause in hypothesi que l'erreur était indifférente à celui qui a erré, le mariage ne pourra être annulé.

3° Il ne faut pas se préoccuper de la question de savoir si la partie qui est tombée dans l'erreur y est tombée de bonne foi ou par le dol de l'autre partie.

Quant à l'erreur portant sur une qualité secondaire, quelque grand que soit le désappointement qui en résulte pour la partie trompée, elle ne peut jamais amener la nullité du mariage. Nous le répétons, ces qualités secondaires ne sont l'apanage de personne et personne n'est censé les avoir; c'est aux parties, dans les préliminaires du mariage, à s'enquérir de la présence ou de l'absence de ces qualités. Ce qui les distingue des qualités substantielles, c'est qu'elles sont susceptibles de plus ou de moins, qu'elles peuvent être mesurées. Les qualités substantielles au contraire existent ou n'existent pas. Si on avait admis la nullité du mariage quand l'erreur porte sur les qualités accidentelles ou secondaires, il aurait fallu mesurer cette erreur, ce qui était impossible en pratique, tandis que l'erreur portant sur les qualités substantielles n'exige pas la constatation de cette mesure.

Certains auteurs admettent qu'une personne mariée à un épileptique ou à un lépreux peut demander la nullité du mariage. S'il en est ainsi, pourquoi ne pas l'admettre dans le cas d'une maladie quelconque? Avec de pareils systèmes, le mariage qu'on a déclaré indissoluble deviendra un lien dirisoire ; et, contradiction étonnante ! ces mêmes auteurs qui admettent si facilement la nullité du mariage, sont les ennemis les plus acharnés du divorce.

D'autres jurisconsultes déclarent encore le mariage annulable, lorsque l'on ne s'est point douté au moment du mariage que la future épouse était enceinte ou qu'elle avait déjà eu un enfant naturel. Notre réponse est bien simple. Pourquoi, leur dirons-nous, limiter votre solution à ces deux hypothèses? Étendez-la donc à tous les cas où la femme a cessé d'être vierge avant le mariage, et déclarez qu'il est recevable à demander la nullité du mariage celui qui par erreur a épousé une femme dont le passé n'est pas absolument sans taches. Irez-vous jusque là? Assurément, non ; cela prouve l'inanité de votre système.

On a fait grand bruit d'une femme qui était unie à un forçat libéré ; et à ce sujet, on a soutenu les doctrines les plus extravagantes en vue de faire rompre le mariage pour cause d'erreur. Limitera-t-on cette solution au cas où le libéré a été condamné aux travaux forcés? Répondre oui serait absurde, aussi n'a-t-on jamais été jusque là, on a donc admis que la simple réclusion produirait le même effet ; en un mot, que l'erreur sur la probité d'une personne était une cause d'annulabilité. Pourquoi, répondrons-nous

encore ici, n'étendriez-vous pas la même solution au condamné à 5 ans pour vol ? Et depuis quand la probité de la personne se mesure-t-elle à la peine qui l'a frappée ? Trois individus coauteurs d'un même fait sont condamnés par un seul jugement, l'un à la réclusion, l'autre aux travaux forcés à temps, le troisième à 5 ans de prison ; ils s'évadent ; direz-vous que la personne mariée au troisième ne pourra pas faire prononcer la nullité du mariage, alors que les femmes des deux premiers le pourraient ? Ne sont-ce pas tous les trois des voleurs, leur moralité n'est-elle pas la même ? Poussez donc votre système jusqu'au bout ; dès lors l'absurdité en sera démontrée ; car, si vous êtes logiques, et il faut toujours l'être, une condamnation pour vol à 10 francs d'amende pourra amener la nullité du mariage aussi bien qu'une condamnation aux travaux forcés à perpétuité.

Le système que nous venons d'exposer est donc d'un arbitraire presque naïf ; il est, de plus, dangereux et immoral dans ses conséquences ; car, d'une manière hypocrite et détournée, il tend au rétablissement du divorce, ou plutôt à la suppression du mariage, puisque le divorce lui-même est un hommage rendu à l'indissolubilité du lien conjugal, dans les pays où le législateur l'a admis. Avec cette doctrine relâchée et une jurisprudence complaisante, on pourra faire rompre le mariage plus facilement qu'un marché ordinaire. Comment des esprits si distingués ont-ils pu arriver à un pareil système ? En se laissant guider par des motifs de sensibilité déplacée qu'on peut qualifier de *sensiblerie* ou *sentimentalisme* ; mais, ce n'est

pas avec le sentiment qu'il faut trancher les dispositions du droit positif ! Celui qui s'est trompé sur la santé, la probité, la vertu de son conjoint, doit supporter la peine de son erreur et d'autant plus facilement que le conjoint est plus dépravé et l'erreur commise plus grossière.

L'église admet les solutions que nous repoussons ; mais il ne s'en suit pas que nous devons les adopter en droit positif. Se plaçant au point de vue de la conscience individuelle et désireuse de faciliter à chaque âme son salut, elle déclare que le mariage sera difficilement dissous toutes les fois que la célébration aura été suivie d'une consommation, d'une cohabitation ; car le rétablissement dans le *statu quo* est alors impossible. Chaque fois au contraire que la célébration a eu lieu, mais que la consommation ne s'est point produite, l'église se montre excessivement facile. Elle se dit : la femme mariée à un lépreux, à un paralytique, à un épileptique recherchera peut-être dans des relations extérieures l'idéal que ne lui procurera pas le mariage existant ; déclarons donc le mariage annulable et laissons à cette femme le soin de chercher un nouvel époux. L'église est ici dominée par le point de vue individuel, par le salut d'une âme à opérer ; elle applique le même raisonnement à la femme du forçat libéré. Dans sa doctrine, elle est loin d'avoir tort ; car, entre deux inconvénients dans le cas où le mariage n'est pas consommé, elle choisira le moindre ; c'est pour elle, une question de conscience. Mais, si, comme la loi civile, nous nous élevons à un point de vue général et social, nous ne pou-

vons admettre les solutions et les distinctions du droit de l'église. Nous devons avant tout, chercher à rendre le lien du mariage très difficile à dénouer. Disons cependant que le législateur de 1804 avait admis le divorce en certains cas ; mais hors ces cas, il avait rendu le mariage aussi indissoluble que possible. Aujourd'hui que le divorce a disparu, le code civil ne mérite plus aucun reproche quant à l'indissolubilité du mariage.

La doctrine que nous venons d'exposer repose absolument sur les mêmes bases que la théorie de l'erreur en matière ordinaire (arts. 1110 et suivants) ; car l'erreur dans les contrats n'est une cause de nullité que lorsqu'elle porte sur la substance de la chose ; c'est-à-dire sur ce qui permet de désigner une chose par un substantif. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle porte sur les qualités accidentelles de la chose, qualités qui s'expriment par un adjectif. Une seule différence existe entre la théorie de l'erreur appliquée au mariage et celle de l'erreur appliquée aux contrats. Dans cette dernière, l'erreur portant sur les qualités est admise et entraîne la nullité du contrat quand elle provient du dol de l'autre partie ; il n'en est point ainsi dans la théorie de l'erreur en matière de mariage.

Nous n'ignorons pas que le système que nous avons cru devoir adopter est vivement combattu par des interprètes de haut mérite. Raillant beaucoup, sinon la distinction que nous établissons entre les qualités *redundantes in personam* et *non redundantes in personam*, du moins la sonorité de la formule elle-même,

ils nous reprochent de demeurer un peu dans le vague et de laisser une trop large part à l'appréciation des tribunaux déjà si considérable en d'autres matières. Ce reproche, croyons-nous, n'est point mérité ; le criterium fourni nous paraît un guide sûr pour faciliter la tâche des juges et leur permettre de distinguer les qualités substantielles dont l'absence peut servir de base à une action en nullité du mariage.

Nous avons ainsi terminé l'exposé des matières qui faisaient l'objet principal de notre étude. Il nous reste à examiner dans un deuxième chapitre quelle est la sanction établie à la violation des prescriptions légales.



CHAPITRE II

Sanction aux dispositions légales.

Nous diviserons notre chapitre en 2 sections. Dans la première, nous traiterons des oppositions au mariage ; dans la deuxième, nous exposerons la théorie des nullités.

SECTION I

Des oppositions au mariage.

L'opposition au mariage consiste dans l'empêche-

ment qu'une personne met à la célébration d'un mariage projeté, au moyen d'une signification faite en la forme légale tant à l'officier de l'état civil devant lequel le mariage doit être célébré qu'aux futurs époux. L'opposition a pour but d'arrêter le mal à sa source, elle tend à empêcher la célébration de mariages qui seraient entachés d'empêchements dirimants ou prohibitifs. Souvent elle est destinée à faire réfléchir les futurs époux sur un mariage que les parents voient avec défaveur, bien qu'il n'existe aucun empêchement au mariage et que les parties majeures de 21 ou de 25 ans n'aient besoin du consentement de personne. Dans ce dernier l'opposition est utile pour mettre les futurs époux en garde contre une union irréfléchie et dont ils pourraient plus tard amèrement se repentir. L'effet direct de l'opposition, qu'elle qu'en soit la cause, est d'empêcher l'officier de l'état civil de procéder à la célébration du mariage, tant qu'il n'y a pas main levée de l'opposition, soit volontaire, soit prononcée par le tribunal, quand même l'opposition serait mal fondée, l'officier de l'état civil, n'étant pas juge en la matière, ne peut passer outre à la célébration du mariage.

La théorie des oppositions au mariage ne peut trouver place que dans une législation où, sous peine de nullité, le mariage doit être célébré devant un représentant de la loi. Voilà pourquoi elle ne pouvait exister à Rome où la présence d'un officier de l'état civil n'était point nécessaire. La théorie des oppositions se développe d'autant plus que l'intervention

de l'autorité publique est plus fortement exigée. Loin de prétendre, comme le font certains auteurs, que l'intervention d'un représentant de la loi est inutile, nous croyons au contraire qu'une telle suppression, entraînant celle des dispositions du chapitre 5 de notre titre, amènerait dans notre législation une perturbation des plus funestes dans ses conséquences.

Les formes de l'acte d'opposition se trouvent énumérées dans les articles 66, 67, 68, 176 du code civil. Aux termes de ce dernier ; tout acte d'opposition énoncera la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former ; il contiendra élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré ; il devra également, à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir les motifs de l'opposition ; le tout à peine de nullité, et de l'interdiction de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant opposition. Quel est l'officier ministériel menacé d'interdiction par l'art. 176 ? Quel est cet officier ministériel compétant pour signifier les actes d'opposition au mariage ? C'est l'huissier qui, sur l'original, certifie avoir remis copie à la personne ou à son domicile. L'huissier seul a qualité à cet effet. Il a été jugé une fois que le père ou à défaut du père, la mère, en un mot, un ascendant, pourrait en l'absence d'un huissier signifier en personne l'acte d'opposition, non-seulement aux futurs époux ; mais encore à l'officier de l'état civil au moment où il allait procéder à la célébration du mariage. C'est là une décision arbitraire et on la signale pour la rejeter comme illé-

gale ; dans l'espèce, l'officier de l'état civil aurait dû passer outre. Mais, dira-t-on, il y avait force majeure, le père n'avait pu trouver d'huissier. Pourquoi ne s'y prenait-il pas à l'avance ? répondrons-nous. D'ailleurs la solution que nous venons de signaler donnerait lieu à des scènes vraiment scandaleuses et qu'on ne saurait tolérer. L'intervention d'un huissier est donc nécessaire pour que l'opposition soit régulière et alors seulement l'officier de l'état civil est tenu de s'arrêter. Observons toutefois que à côté de cette opposition *officielle*, il y a l'opposition *officieuse*, par laquelle on apprend à l'officier de l'état civil qu'il existe un empêchement dirimant ou prohibitif. Ce n'est point là une véritable opposition, puisque l'officier de l'état civil peut agir, sous sa responsabilité personnelle, comme bon lui semble. L'opposition officielle, au contraire l'empêche de passer outre.

A la différence de l'opposition officieuse qui peut appartenir à toute personne, l'opposition officielle est exclusivement réservée à certaines personnes limitativement déterminées par la loi. Elle appartient 1° au conjoint de l'un des futurs époux, 2° aux ascendants des futurs époux, 3° à certains collatéraux des futurs époux, 4° à leurs tuteurs ou curateurs.

1° *Du conjoint de l'un des futurs époux.* — Art. 172. Il s'agit d'un individu déjà marié, qui, du vivant de son conjoint projette une deuxième union, soit qu'il ne recule pas devant le crime de bigamie ou qu'une erreur de fait serve de base à son projet ; on peut, en

effet, croire sa femme morte alors qu'elle ne l'est point.

L'opposant, dans ce cas, défend son droit de conjoint car le mariage projeté implique la négation du mariage déjà existant ; s'il n'y avait pas un représentant de la loi pour le mariage, ce droit du conjoint ne pourrait être garanti. Mais, pour avoir le droit de former ainsi opposition, il faut être réellement conjoint ou avoir des raisons pour se croire tel ; les fiançailles, un mariage célébré seulement devant un ministre des cultes ne donneraient point qualité pour faire naître le droit à opposition.

2° *Des ascendants des futurs époux.* — Art. 173. Ils formeront opposition au mariage en se conformant aux prescriptions des art. 148, 149, 161 qui déterminent l'ordre dans lequel il sont appelés à donner leur consentement ; il s'agit de savoir si la mère non consultée peut former opposition au mariage ? Dans une première opinion, on répond affirmativement ; car, dit-on, le défaut de consultation de la mère constitue une violation de l'art. 148. En la question qui nous occupe, on ne peut point dire qu'il y ait eu dissentiment, puisque la mère n'a pas été consultée ; donc elle doit pouvoir faire opposition au mariage. Cette argumentation ne nous touche pas ; car l'art. 173 suppose que le père représente la mère en ce qui concerne le droit d'opposition. Mais, dira-t-on, si les intérêts de la mère sont séparés de celui du père, en cas de séparation de corps, par exemple, on ne peut pas dire que le père représente la mère ; donc,

si elle n'est point consultée, celle-ci doit avoir le droit de faire opposition. Nous répondrons que la question est de savoir si l'officier de l'état civil sera ou non condamné à une amende, s'il passe outre ; or, l'art. 173 ne permet pas de décider que, au cas où la mère n'a point été consultée, il y aurait condamnation pour l'officier de l'état civil s'il passait outre à la célébration du mariage. C'est là, sans doute, une lacune de la loi ; mais nous ne pouvons que la regretter, sans qu'il nous appartienne de la combler.

L'aïeule ne pourrait s'opposer au mariage, si l'aïeule de la même ligne avait consenti ; on ne peut, en effet, la mieux traiter que la mère.

L'ascendant qui se trouve dans une ligne pourrait-il faire opposition dans le cas où l'autre ligne a consenti ? Oui, d'après l'art. 173, qui d'une façon générale, accorde concurremment aux ascendants des deux lignes le droit de faire opposition. Mais, les termes de l'art. 150 commandent une autre solution, le dissentiment entre les deux lignes emportant consentement. Ainsi, dans le cas où une ligne consent et où l'autre refuse, les deux lignes doivent être traitées de la même manière ; elles sont censées consentir ; il suit de là que le droit d'opposition ne s'exercera que lorsque les deux lignes n'auront pas été consultées.

5° De certains collatéraux des futurs époux. — Art. 174.
L'opposition ne peut être ici faite que pour des causes déterminées. La loi n'a pas voulu accorder le droit d'opposition à tous les collatéraux ; et même,

quant à ceux auxquels elle donne ce droit, l'opposition ne peut être reçue que dans deux cas limitativement déterminés :

1° Lorsque le consentement du conseil de famille requis par l'art. 160 n'a pas été obtenu. Cette hypothèse se vérifie rarement ; mais elle se produira lorsque le conseil de famille, après avoir donné son consentement, l'aura rétracté plus tard. Il ne peut, en effet, s'agir de l'absence de consentement du conseil de famille, puisque, sans qu'il soit besoin d'opposition, l'officier de l'état civil ne peut en ce cas procéder à la célébration du mariage. Dans le cas de rétractation du consentement, si le conseil de famille n'a pas eu soin de notifier cette rétractation, l'officier de l'état civil sera averti par l'opposition du frère ou de la sœur, de l'oncle ou de la tante, du cousin ou de la cousine germaine, en admettant que ces divers collatéraux soient majeurs ;

2° Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux. L'on peut se demander pourquoi les collatéraux n'ont pas été admis à faire opposition dans les autres cas d'empêchements dirimants ? D'après la jurisprudence du parlement de Paris, l'opposition des collatéraux pouvait être fondée sur n'importe quel empêchement dirimant ; et lors de la discussion du code, le tribunal de cassation demandait qu'il en fut ainsi. On se méfia des vues intéressées des collatéraux, et on rejeta la demande du tribunal de Cassation ; aussi limita-t-on les cas où

certain collatéraux déterminés pourraient faire opposition. Les deux cas où exceptionnellement les oppositions sont admises, peuvent être promptement vérifiés, et c'est là le motif pour lequel le législateur les a consacrés.

4° *Des tuteurs ou curateurs des futurs époux.* —

Art. 175. Ces tuteurs ou curateurs peuvent aussi former opposition dans les cas cités par l'art 174, pourvu qu'ils y aient été autorisés par le conseil de famille. L'application du premier cas est facile ; mais il en est autrement du deuxième, c'est-à-dire du cas où l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux. En effet, de deux choses l'une : ou le conseil de famille a refusé le consentement au mariage, et alors on tombe dans le premier cas, l'opposition peut être fondée sur le défaut de consentement, ou bien le conseil de famille a consenti ; comment concevoir dès lors qu'il autorise le tuteur à s'opposer au mariage ? Diverses explications ont été proposées. Certains auteurs justifient ainsi cette solution : Le mineur, disent-ils, a un ascendant qui a consenti ; mais il a un tuteur qui avec l'autorisation du conseil de famille forme opposition. Il est fâcheux que cette explication soit contredite par les mots : *à défaut d'ascendant*, de l'art. 174. Une deuxième explication est la suivante : Le futur conjoint avait besoin d'obtenir le consentement du conseil de famille ; celui-ci ne songe point à le refuser. Le tuteur dont l'opinion diffère de celle du conseil de famille, croit à la démence du pupille et engage le conseil à ne point

donner son consentement. Celui-ci ne tenant aucun compte de ces observations consent au mariage. Le tuteur n'en persiste pas moins dans son opinion. En présence de cette tenacité, il peut se faire que le conseil de famille tienne au tuteur le langage suivant : En ce qui me touche, je consens au mariage ; quant à vous, si vous le jugez convenable, opposez-vous au mariage à vos risques et périls et en votre nom personnel ; agissez, je vous y autorise. Une troisième explication consiste à dire que le mariage est approuvé par le tuteur ad hoc donné à l'enfant naturel ; mais que le tuteur ordinaire en vertu de l'autorisation du conseil de famille voudrait s'opposer au mariage en disant que le pupille est en démence ; ce serait le seul cas prévu par l'art. 174 ; mais les termes de cet article sont tellement généraux qu'il nous est impossible d'admettre cette explication. De tout cela il résulte qu'il est bien difficile de se rendre compte de l'hypothèse où un tuteur pourrait faire opposition au mariage d'un mineur pour cause de démence ; car ce mineur n'aurait jamais le consentement du conseil de famille.

Quelle que soit la situation dans laquelle se trouvent les futurs conjoints, le ministère public ne peut jamais faire opposition au mariage. Il ne faut point en effet que la société annule le droit de se marier en l'entravant outre mesure. Où puiserait-elle l'intérêt direct qui peut seul permettre de s'opposer au mariage ? Et depuis quand le droit individuel doit-il s'incliner devant l'intérêt général ?

EFFET DES OPPOSITIONS. — L'officier de l'état civil doit surseoir à la célébration du mariage jusqu'à ce que main-levée judiciaire ou volontaire de l'opposition ait été donnée, le motif allégué de l'opposition serait-il radicalement faux ; mais tout au moins faut-il que l'opposition soit signifiée à la requête d'une personne investie d'une qualité, ou se prétendant investie de la qualité qui lui donne le droit de faire opposition.

Le tribunal de première instance prononcera dans les 10 jours sur la demande en main levée. Si l'opposition est fondée en droit, il déclarera qu'elle produira tous ses effets (174 2°). Quant à l'opposition émanée des ascendants, si elle est fondée sur ce que l'autre conjoint est une personne déshonorée ou de mauvaise vie, en un mot sur un motif qui n'est ni un empêchement dirimant, ni un empêchement prohibitif, main levée judiciaire sera prononcée, et l'officier de l'état civil passera outre après le jugement rendu. Toutefois l'opposition aura été utile en imposant un retard appréciable et peut-être salutaire à l'union projetée. S'il y a appel, il sera statué dans les dix jours de la citation ; et si l'opposition est rejetée, les opposants autres que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages intérêts.

Nous venons ainsi de voir les moyens établis par la loi pour prévenir le mal et l'arrêter à sa source, il nous reste à examiner les remèdes fournis pour réparer le mal quand il s'est produit.

SECTION II.

Théorie des nullités du mariage.

Déterminons avec soin l'objet de notre étude en ce qui touche les demandes en nullité. Il est manifeste que ces demandes ne peuvent s'appliquer aux mariages inexistant, puisqu'on ne peut demander la nullité du néant; et qu'elles s'appliquent seulement aux mariages existants mais annulables, c'est-à-dire susceptibles d'être annulés. Observons que, en fait, il peut arriver qu'on ne puisse faire prononcer l'annulation d'un mariage vicié à l'origine.

Comment va fonctionner la nullité résultant de l'inexistence de l'une des conditions comprises dans les cinq catégories dont nous avons parlé dans notre premier chapitre. Il faut distinguer avec soin entre les divers cas de nullité qui peuvent se présenter. En effet, les nullités sont *absolues* ou *relatives*. Ces dernières n'existent qu'à l'égard de certaines personnes déterminées qui peuvent seules les invoquer; c'est ainsi que, dans le cas d'un mariage contracté sous l'empire de la violence, l'époux violenté seul peut intenter l'action en nullité du mariage. De même, la nullité résultant du défaut de consentement des ascendants ne peut être invoquée que par les personnes dont le consentement était nécessaire. Dans ces deux hypothèses, l'ordre public ne paraissant pas intéressé directement, la nullité n'est que relative, l'ordre privé seul a été atteint. Aussi la ratification tacite du con-

joint violenté ou de l'ascendant efface-t-elle le vice dont le mariage était entâché à l'origine ; et même de telles ratifications doivent être favorisées par le législateur.

Les nullités *absolues* au contraire existent *in rem*, à l'égard de tout le monde ; elles peuvent être invoquées en tout temps, par toute personne intéressée, l'intérêt étant la mesure des actions. Ces nullités absolues sont fondées tantôt sur le scandale qui porte atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs (impuberté, inceste, bigamie), tantôt sur le défaut de publicité ou l'incompétence de l'officier qui aura participé au mariage. Dans ces deux derniers cas, l'ordre public est encore atteint et c'est pour cela que le ministère public représentant la société peut agir par voie principale (184 et 191). C'est là une première différence entre les nullités absolues et les nullités relatives. Toutefois le ministère public n'a d'action que du vivant des deux époux ; car la mort de l'un d'eux fait cesser le scandale qui portait atteinte à l'ordre public. Les collatéraux, pour agir, devront avoir un intérêt né et actuel et ne pourront agir, en principe, du vivant des époux.

Les nullités absolues peuvent-elles être ratifiées expressément ou tacitement par l'écoulement d'un certain laps de temps, par exemple ? Non, répond-on habituellement. Cela est vrai, en général, pour la ratification expresse, et pour la ratification tacite, dans une certaine mesure ; mais nous verrons que quand il s'agit d'une nullité pour cause d'impuberté, l'écoulement d'un certain temps entraîne, non point une

sorte de ratification de la nullité du mariage, mais une fin de non recevoir, ce qui est différent. Signalons ici la différence qui existe entre les moyens de défense et les fins de non recevoir. Les premiers supposent que le juge devra se livrer à l'examen du fond. Ex. : Un ascendant demande la nullité du mariage pour défaut de consentement ; on lui répond : « Mais, ce mariage, vous l'avez ratifié ! » La fin de non recevoir suppose au contraire que le juge n'a pas le moins du monde à se livrer à l'examen du fond. Ex. : On demande la nullité d'un mariage pour cause d'impuberté ; mais à cette demande on répond qu'il s'est écoulé un temps déterminé par la loi. Dans ce cas, le rôle des juges est bien simple ; ils n'ont qu'à vérifier si, en fait, la fin de non recevoir est ou non fondée.

Ce que nous venons de dire sur les mariages entachés d'une nullité absolue, prouve qu'il existe une grande affinité entre ces mariages et les mariages inexistantes ; tout le monde peut, en effet, en invoquer la nullité ; on ne peut non plus les ratifier. Il semble donc que dans l'application les deux hypothèses se confondent, et c'est d'ailleurs ce qu'ont prétendu certains auteurs. Il faut pourtant se garder d'une pareille terminologie et maintenir la distinction entre les mariages inexistantes et les mariages annulables pour cause de nullité absolue ; car il y a certaines différences : ainsi le ministère public peut agir dans le mariage annulable pour cause de nullité absolue, dans le mariage inexistant, il ne le peut pas ; toute partie intéressée le peut au contraire.

Ces quelques principes posés, nous diviserons notre section en deux paragraphes ; dans le premier, nous traiterons des nullités relatives, dans le second nous étudierons les nullités absolues ; enfin dans un appendice nous essaierons d'établir un critérium au moyen duquel on pourra distinguer entre les mariages inexistants et les mariages annulables comme entachés soit d'une nullité absolue, soit d'une nullité relative.

Des nullités relatives.

L'art. 180 que nous avons déjà étudié sous un autre point de vue donne à l'action en nullité qu'il consacre un caractère essentiellement relatif, puisqu'il n'attribue l'exercice de cette action qu'à certaines personnes limitativement déterminées. Dans le cas d'erreur, et c'est là une particularité, la demande en nullité appartient à une seule personne, à celle qui est tombée dans l'erreur. Insistons sur cette précision, elle va nous fournir un argument topique en faveur de notre distinction.

Plaçons-nous avant la loi du 31 mai 1854 abolitive de la mort civile et supposons qu'une femme ait épousé un mort civilement. Si le code civil n'a pas admis la distinction entre les mariages inexistants et les mariages annulables, la femme n'aurait pu demander la nullité que pour cause d'erreur ; elle seule aurait donc pu demander cette nullité. Or, si elle

savait que le conjoint était mort civilement, elle n'aurait pu attaquer le mariage. Tel est le résultat qu'amène nécessairement la doctrine opposée à la nôtre ; mais alors que deviendra la disposition de l'art. 25? Reconnaissons donc que le mariage avec un mort civilement est un cas d'inexistence et non de nullité du mariage, peu importe qu'il y ait erreur ou non. L'art. 180 étant le seul qui règle l'exercice de l'action en nullité lorsque le consentement est vicié ; si le code avait rejeté la distinction que nous nous proposons, il aurait mis, sur la même ligne l'absence totale de consentement et le consentement vicié ; or, dans le cas d'absence totale, aucun article ne donnant aux collatéraux le droit d'attaquer le mariage, l'union serait pour eux inattaquable ! Est-ce possible ? C'est donc qu'il n'y a pas de mariage à annuler, qu'il y a un mariage inexistant et qu'aucun article ne peut prévoir le cas d'une chose qui n'existe pas. Adoptons donc notre distinction.

La nullité consacrée par l'art. 180 peut-elle se couvrir par l'application des règles générales en matière de contrats ? (art. 1338). Il peut y avoir ratification expresse ou ratification tacite ; cette dernière résultant de l'exécution volontaire du contrat ou de l'écoulement d'un certain délai. Dans le cas de violence ou d'erreur, dispose l'art. 181, la demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation prolongée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue. C'est la même théorie que celle de l'art. 1504, sauf qu'on a réduit le laps de

temps, la nature du mariage et des rapports qui en résultent exigeant la réduction du délai. Remarquons que le point de départ des six mois n'est point avec raison la célébration du mariage ; on a bien fait d'accorder un délai moyen qui permettra au conjoint de se prononcer pour un parti plutôt que pour l'autre. Il suit de là que la grossesse de la femme ne mettrait pas obstacle à l'action en nullité ; bien que nous ne nous dissimulions point la gravité d'une telle solution. Peut-être aurait-on mieux fait de décider que la grossesse survenue pendant la période de six mois constituerait une fin de non recevoir.

Ici surgit une difficulté. La ratification expresse est-elle admise dans les deux cas de violence et d'erreur ? En présence des termes de l'art. 181, il est impossible de nier que la loi n'admette une ratification tacite ; donc, dit-on, à fortiori doit-elle admettre une ratification expresse. Disons bien vite que cet *a fortiori* ne nous touche point ; car si la ratification tacite est une manifestation permanente et non équivoque d'une volonté réfléchie, il n'en est point ainsi d'une ratification expresse qui pourrait fort bien être l'objet d'une surprise ou d'une obsession. Remarquons d'ailleurs les termes de l'art. 181 ; la demande en nullité n'est plus recevable, y est-il dit. C'est donc que la loi a voulu seulement admettre une ratification tacite. En vain dira-t-on que l'art. 181 a oublié de mentionner la ratification expresse, mais qu'elle existe par un argument à fortiori ; nous répondrons que le législateur a agi en connaissance de cause, puisque, dans la même séance, dans l'art. 185

il parle de ratification expresse et tacite. Il ne faut donc pas voir un oubli dans l'art. 181 ; non c'est une volonté ferme et intentionnelle qui doit expliquer cette omission, et de là nous induisons une interprétation restrictive de l'art. 181.

Nous en dirons autant de la prescription de l'action en nullité pour cause de violence ou d'erreur. Certains auteurs, basant leur opinion sur l'art. 1304, soutiennent que s'il n'y a point de cohabitation, la prescription s'accomplira par 10 ans ; d'autres, appliquant l'art. 2262, veulent qu'elle ait lieu par 30 ans ; nous pensons, au contraire, avec les partisans d'un troisième système qu'elle ne pourra s'accomplir. En effet, l'art. 181 se borne à déclarer que l'action en nullité pour cause de violence ou d'erreur n'est soumise qu'à une fin de non recevoir, la cohabitation de six mois ; donc en dehors de cette restriction, il serait arbitraire d'en admettre une autre.

En général, les actions dont on est investi passent aux héritiers comme partie active du patrimoine ; ici, il en sera autrement, l'action en nullité ne passera pas aux héritiers de l'époux, à moins qu'il ne l'ait intentée avant sa mort. L'art. 1122 ne sera pas applicable, car il s'agit d'une action rigoureusement attachée à la personne, action qui, de la part du conjoint, n'a pas de but intéressé ni pécuniaire. Lorsque la loi veut autoriser l'exercice d'actions en nullité de cette espèce, elle le dit formellement ; or ici cette disposition n'existe pas, car l'art. 187 est restrictif et ne comprend pas le cas d'application de l'art. 181.

Une deuxième action en nullité relative du mariage est prévue par l'art. 182 ; elle résulte du défaut de consentement de ceux dont la loi l'exige. La disposition de notre article démontre clairement le double caractère du consentement exigé soit des père et mère, soit des ascendants, ou du conseil de famille. Des premiers, on l'exige à cause du respect qui leur est dû ; quant au conseil de famille, la nécessité de son consentement s'explique par une autre considération que le respect, considération commune à tous ceux qui doivent consentir, à savoir que le consentement donné, complète la capacité du fils de famille. Donc, si le mariage a eu lieu sans le consentement des père et mère, des ascendants, du conseil de famille, l'union ainsi contractée sera annulable pour deux motifs : 1° parce que le consentement du fils a été incomplet ; 2° parce qu'il a été porté atteinte au respect dû aux père et mère et ascendants. En concédant au conjoint lui-même le droit de demander la nullité du mariage, la disposition de l'art. 182 semble bien rigoureuse. Afin de mieux en mettre la portée en lumière, prenons une espèce : Primus n'a pas encore 25 ans, il brûle de se marier avec Prima ; mais ses parents ne veulent point consentir à ce qu'ils appellent une mésalliance. Un tel refus, loin d'apaiser la passion du jeune homme, l'irrite davantage, à tel point que Primus parvenant à tromper la religion de l'officier de l'état civil, se marie malgré ses parents. Voici que plus tard, son caprice satisfait, le conjoint lui-même peut demander la nullité d'un mariage dont

les liens autrefois si ardemment désirés lui seraient désormais à charge ! Pourtant, la décision de l'art. 182 s'explique parce que le consentement a été incomplet ; le conjoint invoque la nullité en se basant sur le défaut d'indépendance de sa volonté au moment du mariage.

L'action en nullité pour défaut de consentement est couverte à l'égard des père et mère, des ascendants et du conseil de famille, toutes les fois qu'il y a eu ratification expresse ou tacite de la part de ceux dont le consentement est requis. La ratification expresse pourra résulter d'un acte public ou sous seing privé ou même d'une simple lettre missive ; quant à la ratification tacite, elle résultera de la conduite de celui qui devait consentir, tenue après l'union à laquelle il s'était opposé. Tout acte ratifiant ainsi tacitement le mariage ferait naître une fin de non recevoir à la demande en nullité, quelles qu'eussent été d'ailleurs les réserves faites par ceux dont le consentement était requis. Il suffira, par exemple, qu'un père de famille ait habité avec son fils, pour qu'il ait perdu son droit à l'action en nullité qu'il s'était réservée. Il va sans dire que nous nous plaçons toujours dans l'hypothèse où celui dont le consentement est requis *sait que le mariage a eu lieu*. S'il veut conserver l'action en nullité, le père dont l'autorité a été méconnue devra s'abstenir de tout acte qui serait de nature à ratifier implicitement le mariage. Il y a encore ratification tacite lorsqu'il s'est écoulé une année depuis la célébration du mariage sans réclamation de la part de ceux dont le consentement était

exigé. De son côté l'époux ne peut plus intenter l'action en nullité lorsqu'un an s'est écoulé sans réclamation de sa part depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. Vis-à-vis de lui, il ne saurait être question d'une ratification tacite résultant de la cohabitation, puisque ce sont là précisément les effets produits par la convention. Ce que nous venons de dire nous amène à faire une observation dont il sera plus aisé de comprendre la portée pratique à l'aide de l'exemple suivant : Primus s'est marié à 25 ans sans le consentement de ses parents ; ceux-ci ont eu connaissance du mariage immédiatement après sa célébration. Quant à eux l'année pendant laquelle ils pourront intenter l'action en nullité expire lorsque l'enfant aura 24 ans. L'enfant, à ce moment-là ne pourra plus intenter l'action en nullité de son chef, puisque la base juridique de cette action, le consentement incomplet, n'existe plus grâce à l'adhésion de ses père et mère. Il suit de là que toute ratification émanée des père et mère rend irrecevable l'action en nullité et de la part des père et mère et de la part de l'enfant ; alors que la réciproque n'est point vraie. En effet, Primus a 25 ans moins un mois ; il se marie sans le consentement des parents ; 15 mois après, l'enfant n'est plus recevable à demander la nullité du mariage (183 in fine). Supposons que les père et mère n'aient eu connaissance du mariage qu'un an après sa célébration ; ceux-ci pourront en demander la nullité bien que l'enfant ne le puisse pas. Aussi, la déchéance éprouvée par le conjoint du droit de demander la nullité ne fait point

décheoir de ce même droit les ascendants ; mais, à l'inverse, la perte par les ascendants du droit personnel de réclamer la nullité entraîne la déchéance du même droit pour l'enfant conjoint.

En résumé, vices du consentement du conjoint, défaut du consentement des personnes tenues de le donner ; telles sont les deux seules causes de nullité relative du mariage.

Nous allons maintenant nous occuper des nullités absolues.

§ II

Des nullités absolues (art. 184 à 193).

Cette expression indique qu'il s'agit de nullités dérivant d'une circonstance intéressant directement l'ordre public ; et voilà pourquoi toute personne intéressée est admise à les invoquer. Ces nullités tiennent à la bigamie, à l'impuberté et à l'inceste ; ajoutons à cette énumération de l'art. 184, l'hypothèse prévue par l'art. 191 qui statue pour le cas de clandestinité. Les mariages entachés de semblables nullités ne sont pas susceptibles de ratification ; l'action en nullité étant ici, en général, imprescriptible.

Remarquons que l'art. 184 accorde l'action en nullité concurremment aux deux conjoints. Celui qui était impubère, inceste ou bigame, aurait-il contracté le mariage de mauvaise foi, peut lui-même en demander la nullité. Mais, dira-t-on, comment se fait-il qu'il en soit ainsi, puisque *nemo auditur propriam*

turpitudinem allegans, et qu'ici il y a *propria turpitudinem*? Nous répondrons que cette maxime n'est vraie que lorsqu'il s'agit pour une personne d'un avantage pécuniaire. L'art. 184 accorde l'action en nullité non-seulement aux époux, mais encore à tous ceux qui y ont intérêt. Cet intérêt sera de diverse nature, tantôt *pécuniaire* et alors presque toujours successoral (il s'agira, par exemple, d'empêcher les enfants issus de ce prétendu mariage de concourir à une hérédité ou de l'absorber en entier); tantôt *d'affection*, lorsque l'action sera intentée par les ascendants ou le conseil de famille; car, bien que l'art. 184 ne les désigne point spécialement, ils sont compris implicitement dans la formule générale : *ceux qui y ont intérêt*. La discussion de la loi ne laisse aucun doute à ce sujet. D'ailleurs l'art. 191 ne donne-t-il pas ce droit à ces personnes dans une situation analogue? Enfin, l'art. 186 ne dit-il pas qu'en général les ascendants ont l'action en nullité.

Etant admis que les ascendants demandent la nullité, la question est de savoir si, conformément à l'art. 173, il faudra établir un ordre hiérarchique entre eux. Quelques auteurs ont prétendu qu'il fallait respecter ici l'ordre de l'art. 173. Nous pensons que cette opinion est inadmissible comme ne reposant sur aucun texte et contraire d'ailleurs à l'esprit de la loi. En effet, lorsqu'il s'agit d'opposition au mariage ou d'une nullité à raison du défaut de consentement des ascendants, on comprend parfaitement que l'on suive l'ordre hiérarchique; car le droit de l'ascendant qui occupe le premier rang est seul

violé ; mais ici où le mariage est contraire à l'ordre public, tous les ascendants sont dans une même situation, ils ont donc tous un intérêt égal à attaquer le mariage sans qu'on ait d'ordre hiérarchique à établir entre eux. Cependant, il ne faut point perdre de vue la situation particulière des ascendantes ; elles ne pourront demander la nullité qu'en vertu de l'autorisation de leur mari, et cela pour des règles spéciales. Quant au conseil de famille nous lui reconnaissons le droit d'intenter l'action en nullité par un argument à contrario tiré de l'art. 186. Dire, en effet, que le conseil de famille ne peut point spécialement intenter l'action en nullité dans le cas prévu par l'art. 185, c'est implicitement reconnaître que dans tous les autres cas il peut demander cette nullité.

Il y a plus : les particuliers, bien que n'étant point membres de la famille, s'ils ont un intérêt pécuniaire à la nullité du mariage, pourront la demander. Pour plus de clarté, faisons une espèce : Primus a prêté de l'argent à une femme ; à l'époque fixée il réclame la créance : la débitrice refuse de payer en disant que son engagement est nul, attendu que mariée, elle s'est obligée sans l'autorisation de son mari. Le créancier pourra dire qu'à ce moment là, la femme n'était pas légalement mariée, ou plutôt que le mariage qu'elle avait contracté était nul pour cause d'inceste, de bigamie, d'impuberté ou de clandestinité. Faisons deux remarques au sujet de l'intérêt pécuniaire des particuliers : 1° Les art. 184 et 191 ne limitent pas le moins du monde l'intérêt pécuniaire

qui fait agir les particuliers au cas de succession. 2° Ces mêmes articles exigent qu'il y ait un intérêt né et actuel. Certains auteurs se basant sur l'art. 187 ont soutenu que les particuliers ne pouvaient agir qu'en vertu d'un intérêt né et actuel, mais qui doit être *successoral*, c'est-à-dire qu'il faut que les époux dont on demande à faire annuler le mariage, soient décédés. L'art. 187 devant être entendu *secundum subjectam materiam*, nous rejetons cette opinion ; et même, allant plus loin, nous dirons que l'art 187 était inutile, puisqu'on ne peut agir qu'en vertu d'un intérêt né et actuel.

L'intérêt successoral peut apparaître du vivant même des époux dont on veut attaquer le mariage ; mais l'action en nullité qui a pour base l'intérêt successoral peut-elle être intentée du vivant des époux ? Voyons, à cet égard, les hypothèses dans lesquelles la question peut se poser : 1° Primus époux appelé à la succession de son frère, renonce ou est écarté comme indigne, ses enfants la recueillent en qualité de neveux du de cujus ; mais voilà que d'autres collatéraux veulent écarter les prétendus neveux en affirmant qu'ils ne font point partie de la famille, le mariage de leur père étant nul. 2° Un enfant d'un précédent mariage meurt laissant des frères ; les enfants du second lit se présentent pour participer à la succession ; mais les enfants du premier lit les repoussent en déclarant que la deuxième union contractée par le père commun est nulle. Il est certain que d'après les règles générales qui exigent un intérêt né et actuel pour agir, les collatéraux en la première hypo-

thèse et les enfants du premier lit dans la seconde pourront agir en nullité ; car l'art. 187 a statué *de eo quod plerumque* fit en supposant qu'il s'agit de la succession de l'un des conjoints. Mais d'autres principes, étrangers à notre matière pourront faire admettre certaines distinctions. Nous pensons que dans la première espèce (demande des collatéraux) l'action en nullité serait intentée ; mais dans la deuxième (demande des enfants du premier lit) il peut y avoir une raison suffisante pour qu'il n'en soit pas ainsi. Comment admettre, en effet, qu'un fils puisse faire déclarer le mariage de son père nul pour cause d'inceste, de bigamie, de clandestinité. Une telle conduite serait-elle compatible avec le respect dû aux père et mère, ne viendrait-elle pas heurter trop ouvertement la disposition de l'art. 571 ? Toutefois, répétons-le, si l'action n'est point recevable c'est à raison de principes étrangers à notre matière.

Ces notions générales sur les nullités absolues exposées, nous devons examiner successivement chacun de ces cas de nullité.

CAS D'IMPUBERTÉ.

Le mariage, dans ce cas, pourra être attaqué soit par les époux, soit par les parties intéressées, soit par le ministère public ; néanmoins l'action en nullité ne sera point recevable, si l'on oppose les deux fins de non recevoir contenues dans l'art. 185. La première résulte de six mois de cohabitation depuis

que l'époux impubère ou tous les deux ont atteint l'âge compétent ; on n'a pas, en effet, voulu que le mariage fût en suspens *in perpetuum*. La deuxième tient à cette circonstance que la femme a conçu avant l'échéance des six mois ; ici l'événement a prouvé que la présomption légale de puberté n'était point d'accord avec la réalité, le fait l'emporte sur la supposition ; et c'est le seul cas où l'on se préoccupe, en droit français, de l'examen individuel de l'état physique de la personne. Dans les deux fins de non recevoir, le point de départ du délai de six mois est le même ; c'est dans les deux cas, non pas le moment où le mariage a été célébré, mais bien l'époque où l'âge de puberté est atteint. Il peut se faire que les deux causes qui couvrent la nullité concourent. On a même décidé que la nullité serait couverte, lors même que la grossesse se découvrirait pendant la litispendance ; mais cette solution est contestable, le droit du demandeur étant acquis du jour de la demande.

Le deuxième paragraphe de l'art. 183 ne s'applique qu'au cas où la femme est impubère. Précisons. 1^{re} hypothèse : La femme était impubère, le mari pubère ; la femme conçoit avant l'échéance des six mois ; depuis qu'elle a atteint l'âge de puberté, pas de difficulté, la nullité est couverte (183 2^o). 2^{me} hypothèse. La femme est pubère, le mari impubère ; la femme conçoit avant l'échéance des six mois ; appliquerons-nous le deuxième paragraphe de l'art. 183 ? Non, mais le premier. Appliquer le deuxième, c'est permettre à la femme de trouver dans un adul-

tère prématuré le moyen de couvrir la nullité du mariage.

Dans le cas du mariage de l'impubère, les parents qui ont approuvé l'union, ne sont pas recevables à en demander la nullité (art. 185). Par argument à contrario, ils pourront donc demander la nullité s'ils n'ont point consenti. Mais, dira-t-on, s'ils n'ont pas consenti, ils peuvent invoquer l'art. 182 ; à quoi bon dès lors leur accorder une nouvelle action en nullité dans le cas d'impuberté ? Nous répondrons que cette disposition était nécessaire ; les parents auront : 1° l'action en nullité à raison du défaut de consentement ; 2° l'action en nullité à raison de l'impuberté. Dans la première, où l'intérêt privé est seul en jeu, il y a un ordre hiérarchique entre les ascendants ; dans la deuxième au contraire, il n'y a point d'ordre entre les ascendants, l'action leur appartient à tous au même titre, parce qu'il s'agit de l'intérêt public. Or il pourra souvent se faire que celui qui demandera la nullité pour cause d'impuberté ne soit pas celui qui eût pu la demander pour défaut de consentement. De plus, même dans le cas où un ascendant est investi de l'action en nullité pour défaut de consentement, il peut être intéressé à avoir à son service l'action en nullité pour cause d'impuberté ; car la première sera peut-être prescrite tandis que la deuxième sera encore ouverte. — La nullité de l'art. 185 peut donc être couverte par un laps de temps ; mais l'expiration des six mois n'est pas une véritable ratification, c'est un autre motif qui a fait couvrir la nullité.

Quant à la nullité résultant de l'inceste, de la clandestinité, elle ne saurait être couverte, aucune fin de non recevoir ne peut être invoquée en ces cas. Pourtant nombre d'auteurs soutiennent que le vice résultant de la clandestinité peut être couvert, et à l'appui de leur opinion, ils font valoir l'art. 196, considéré comme l'un des plus obscurs du code, et dont nous croyons devoir reproduire ici la formule :

» 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. »

Voici l'explication généralement admise. On fait remarquer que aucune des énonciations contenues dans l'acte de célébration n'étant requise à peine de nullité par la loi, il ne peut jamais être question, à proprement parler, de nullité de l'acte de mariage, du *documentum* ; il peut seulement y avoir nullité du mariage. L'art. 196 en déclarant que les époux ne sont point recevables à demander la nullité de l'acte, a voulu par ce mot *acte* désigner le fait juridique, *negotium actum* et non l'écrit *documentum* ; la loi s'est rapportée au fait même de la célébration du mariage, et non à la constatation de cette célébration ; il faut donc remplacer l'expression : de cet acte, par les mots : du mariage. Les vices qui peuvent infecter le fait même de la célébration sont ou la clandestinité ou l'incompétence, et l'art. 196 a pour but de déclarer que la possession d'état jointe à la production de l'acte de mariage a pour résultat de couvrir le vice résultant de la clandestinité ou de

l'incompétence. Tels sont les arguments qu'on nous oppose.

Nous ferons remarquer que même dans cette opinion quelques personnes restreignent la solution adoptée au seul cas de clandestinité et décident que l'incompétence ne peut être couverte, l'article parlant de célébration devant un officier de l'état civil, ce qui signifie un officier compétent. De plus, les partisans de l'opinion ci-dessus exposée décident que la fin de non recevoir résultant de la possession d'état est exclusivement le propre des époux ; en sorte que la nullité du mariage provoquée par un tiers ne pourrait être repoussée par la fin de non recevoir et devrait être prononcée. Est-il possible d'imaginer une inconséquence plus exorbitante ? Les rédacteurs de l'art. 196 en employant l'expression : *respectivement non recevable*, étaient certes bien loin de se douter que ces mots serviraient de base à une semblable monstruosité ! L'anomalie de cette solution est de nature à faire douter de son exactitude ; aussi préférons-nous l'explication suivante :

Le mot *acte* signifie *l'instrumentum* ; cela résulte de la liaison intime qui existe entre notre art. 196 et les deux précédents, il s'agit donc de la nullité de l'acte écrit et d'une fin de non recevoir à la nullité de cet acte écrit. Nous croyons que cet article est fait pour rendre inutile certaines procédures capiteuses qui auraient eu pour résultat d'anéantir la preuve du mariage. Ainsi deux individus sont régulièrement mariés, ils demeurent ensemble quelque temps, ils ont donc la possession d'état et un acte

de célébration. Mais voilà que l'un des époux veut chercher à faire annuler le mariage ; il va alors scruter l'acte de célébration, et découvre par hasard que dans cet acte une énonciation prescrite par l'art. 76 a été omise ; c'est, par exemple, le consentement qui n'a pas été mentionné. Alors le conjoint se prévaut de ce lapsus, et demande la nullité du mariage, ou plutôt, il va contracter une nouvelle union. Le premier conjoint fait opposition ; mais l'autre décline l'autorité du premier mariage parce qu'il n'est pas régulier. Il ne reste donc plus que la possession d'état ; mais cette possession d'état ne prouve pas le mariage, qui dès lors doit être nul. C'est ce résultat que le législateur a voulu éviter en édictant l'art. 196 ; il décide que lorsque l'acte de célébration du mariage est irrégulier, la possession d'état couvre cette irrégularité et la fait disparaître. Si, au contraire, l'acte est irrégulier et qu'il n'y ait point de possession d'état, les époux peuvent attaquer le mariage. Mais, nous dira-t-on, votre interprétation ne peut pas être exacte. Comment supposer en effet que l'art. 196 s'occupe de l'irrégularité d'un acte qui ne peut pas être nul, puisque l'art. 76 ne dit pas : *à peine de nullité* ? Nous répondrons à cette objection qu'il faut en effet distinguer les énonciations *secondaires* des énonciations *essentiels*. Il y a des énonciations sans lesquelles un acte ne saurait exister ; si donc une de ces mentions fait défaut, l'acte n'existe pas, il est nul et pour cela il n'est pas nécessaire que la nullité en soit prononcée par le code.

Nous en tenant à notre opinion, nous dirons donc

que la nullité du mariage pour cause d'impuberté peut seule être couverte.

CAS DE BIGAMIE. — (Art. 188). L'époux, au préjudice duquel a été contracté un second mariage, peut en demander la nullité du vivant même du conjoint avec lequel il était engagé dans les liens d'une première union. Il faut, pour qu'il y ait bigamie, deux mariages valables vis-à-vis de la même personne. Il ne saurait être question, dans ce cas, de fin de non recevoir; mais il y aura une question préjudicielle (art. 189). Le premier mariage est-il valable ou non? De cette première question dépendra la solution de la deuxième.

CAS D'INCESTE. — Il n'y a ici ni fin de non recevoir, ni ratification possible; mais on peut se demander ce qu'il adviendra dans le cas des art. 164 et 165, c'est-à-dire si des dispenses ont été accordées postérieurement à la célébration du mariage? Ces dispenses en couvriront-elle la nullité? Non; car elles doivent avoir été obtenues avant la célébration du mariage dont elles sont la condition *sine qua non*. S'il en était autrement, le chef de l'État pourrait régler d'une façon déterminée l'ordre des successions, ce qui serait exorbitant.

Dans les trois cas que nous venons d'examiner, inceste, impuberté, bigamie; le ministère public peut et doit demander la nullité du mariage et faire séparer les époux. L'ordre public intéressé dans ces situations, a délégué son droit d'action au ministère

public son représentant légal. Il devra faire condamner les conjoints à se séparer ; mais cela ne veut pas dire qu'il puisse faire intervenir la force publique pour les empêcher d'avoir des relations. La loi a simplement voulu dire que le jugement, annulant leur mariage, enlèvera à leur union tout caractère légal et moral.

NULLITÉ POUR CAUSE DE CLANDESTINITÉ ET D'INCOMPÉTENCE DE L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL.— Les art. 165 et 191 s'occupent de ce cas particulier de nullité. Si l'une des règles édictées dans ces articles a été violée, l'action en nullité est ouverte à toute partie intéressée ainsi qu'au ministère public. Mais ici le ministère public *pourra* demander la nullité, tandis que dans les cas de l'art. 190, il *doit* le faire. La situation n'est pas, en effet, aussi grave, le scandale aussi flagrant que dans les cas précédemment prévus. L'art. 191 semble faire allusion au défaut de publicité au moment du mariage ; mais ne dit rien des publications qui doivent le précéder. Qu'arrivera-t-il donc s'il n'y a pas eu de publications ? Au conseil d'État on a constamment admis que le défaut de ces publications ne peut entraîner la nullité du mariage, et le projet du code contenait un article consacrant cette solution. Le tribunal prétendit qu'une telle disposition était inutile et qu'il suffisait que le code ne prononçât point la nullité. Cela explique son silence à ce sujet. Aussi le défaut des publications requises entraînera-t-il non pas la nullité du mariage, mais une pénalité pécuniaire (art. 192) contre l'officier de l'état civil et

contre les parties contractantes de ceux sous la puissance desquels elles se trouvaient. La publicité concomitante au mariage et la compétence de l'officier de l'état civil, si la contravention n'est pas suffisante pour faire prononcer la nullité, donneront lieu, par leur absence, aux peines pécuniaires établies par l'art. 192. Contrairement à notre système légal, qui fixe toujours un maximum et un minimum, la loi, dans l'art. 192, a édicté une amende arbitraire, proportionnée à la fortune du délinquant.

Au sujet des textes que nous venons de parcourir, on a soulevé quelques difficultés que nous devons examiner. L'art. 191 parle : 1° du défaut de publicité concomitante au mariage ; 2° de l'incompétence de l'officier de l'état civil. Ce texte présente-t-il le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier comme deux causes distinctes de nullité, ou ne considèrerait-il pas l'incompétence comme rentrant dans le défaut de publicité ? Dans cette deuxième opinion, il n'y aurait qu'une seule cause de nullité, le défaut de publicité ; mais les éléments de publicité seraient multiples et comprendraient : 1° la non publicité de la célébration ; 2° l'incompétence de l'officier. Il paraît résulter des textes de la loi qu'il existe deux causes bien distinctes de nullité : 1° le défaut de publicité, indépendamment de l'incompétence ; 2° l'incompétence de l'officier public indépendamment du défaut de publicité de la célébration. Cette manière de voir résulte de l'art. 165 qui contient deux règles distinctes ; et la preuve qu'il en est ainsi, c'est que l'art. 195 serait inintelligible dans sa rédaction, si

l'art 165 ne mentionnait point deux causes distinctes de nullité. Que nous dit en effet l'art. 195 ? Les peines prononcées par l'article précédent seront encourues par les personnes qui y sont désignées, pour toute contravention *aux règles prescrites* par l'art. 165. C'est donc que notre art. 165 mentionne deux causes distinctes de nullité. De plus, l'art. 191 parle distinctement des deux causes de nullité ; enfin, la tradition historique veut qu'il en soit ainsi. Nous savons, en effet, que le droit moderne s'est inspiré du droit canonique ; or, d'après ce droit, le mariage non contracté devant le *propre curé*, était nul par ce seul fait ; il était de plus nul pour clandestinité. La loi moderne n'a fait que transporter au maire les anciennes attributions du curé ; il semble donc logique de trancher vis-à-vis du maire, la question telle qu'elle était tranchée vis-à-vis du curé. Dans l'opinion contraire, il ne pourrait y avoir d'annulation pour cause d'incompétence, qu'autant que cette incompétence aurait, sinon détruit, du moins effacé en partie la publicité.

L'art. 195 se réfère à ces deux causes de nullité. Les juges ont une certaine latitude, ils doivent apprécier la gravité des omissions de formalités, et la gravité de l'incompétence de l'officier public. Même quand les contraventions ne sont pas assez graves pour que le mariage soit annulé, ils peuvent prononcer les pénalités dont il est parlé en l'art. 192. Quand il s'agit d'appliquer les règles concernant les contraventions à la publicité, (*publications préalables, célébration dans la maison commune, au moins en prin-*

cipe, porte ouverte ; admission du public, présence de quatre témoins), il ne saurait y avoir de difficulté. L'omission d'une seule de ces formalités n'entraîne pas nécessairement la clandestinité du mariage ; l'art. 192 le déclare formellement en ce qui concerne les publications et il doit en être ainsi des autres ; mais si toutes ces formalités sont omises, il est certain que la nullité du mariage doit être prononcée. Les mariages *secrets* peuvent avoir été publiquement célébrés ; ils se distinguent des mariages *clandestins* en ce que toutes les formalités de publicité sont accomplies ; mais ils ne sont pas avoués par les parties ; en fait seulement, de tels mariages sont *secrets*.

Les juges ont également un pouvoir d'appréciation quant à la compétence de l'officier public. Cela paraît d'abord étrange, car la compétence constitue, ce semble, un fait simple : l'officier de l'état civil est compétent, ou il ne l'est pas. Cependant, il y a des nuances possibles, même en matière de compétence ; car nous nous occupons ici de la compétence entre divers officiers de l'état civil. Tous les maires célèbrent des mariages en général ; mais ils ne peuvent célébrer tout mariage. Quelquefois, il y a quatre officiers publics compétents ; et, à cet égard, il peut se présenter des questions douteuses. Ainsi, un maire compétent pour célébrer un mariage, pourrait-il procéder à la célébration en dehors de sa commune ? En admettant qu'il ne le puisse pas, son incompétence est moins grande dans ce cas, et peut ne pas entraîner la nullité du mariage.

Les personnes intéressées à soutenir la validité

d'un mariage attaqué peuvent intervenir, l'art. 189 ne laisse aucun doute à cet égard ; mais il ne peut pas y avoir d'action principale intentée pour soutenir la validité d'un mariage. Toute personne intéressée peut intervenir ; les ascendants ne le peuvent point, par le seul intérêt d'affection ; il faut qu'ils aient un intérêt plus palpable. Le ministère public peut provoquer la nullité ; mais il ne peut pas soutenir la validité d'un mariage, ailleurs que dans le cours d'une instance où il est toujours libre de conclure comme il veut.

APPENDICE

Bien que nous ayons déjà signalé dans le cours de notre travail quelques unes des différences qui existent entre les mariages inexistants et les mariages annulables, nous ne croyons pas qu'il soit inutile de revenir sur un sujet si vivement débattu.

On dit en général que les mariages inexistants ne peuvent jamais être ratifiés ni tacitement, ni expressément, que toute personne peut en faire déclarer l'inexistence ; cela suffit, il est vrai, pour les distinguer des mariages annulables à raison d'une nullité relative, mais ne les distingue pas suffisamment des mariages annulables à raison d'une nullité absolue.

Voici la véritable différence, celle qui nous servira

à distinguer le mariage inexistant de celui affecté d'une nullité absolue :

Dans le cas d'un mariage annulable, à raison d'une nullité absolue, les ascendants, uniquement à raison de leur intérêt d'affection, et le ministère public comme représentant de la société, sont investis d'un droit d'action pour faire prononcer la nullité d'un semblable mariage. Dans le cas d'un mariage inexistant, il n'est pas, au contraire, possible de concevoir un pareil droit d'action de la part des ascendants ou du ministère public. En un mot, s'il s'agit d'une annulabilité absolue, le mariage vaut tant qu'un jugement n'en a pas prononcé la nullité ; s'agit-il, au contraire, d'un mariage inexistant, point n'est besoin d'un jugement ; on ne pourra pas dire qu'il y a mariage vicié, puisqu'il n'y a pas mariage, il ne peut y avoir d'action en nullité, puisqu'il n'y a rien à annuler. Est-ce à dire pour cela que la justice n'ait jamais à s'occuper d'un semblable mariage ? Non, certes, telle n'est point notre pensée ; nous avons voulu simplement dire qu'il n'y a point d'action directe en nullité. Mais il pourra bien se faire qu'un jugement en déclare l'inexistence, chaque fois qu'à l'occasion d'une contestation quelconque, il sera allégué par l'une des parties un mariage dont l'autre contestera l'existence ; ce qui suppose en jeu un intérêt pécuniaire.

Cette observation nous amène à décider que les ascendants n'ayant pas ici d'intérêt pécuniaire ne pourront pas faire prononcer l'inexistence d'un tel mariage ; il en sera de même du ministère public ;

reconnaissons toutefois que si le père agissait dans un intérêt pécuniaire, il pourrait faire prononcer l'inexistence du mariage.

En fait, il pourra arriver qu'un mariage inexistant aussi bien qu'un mariage annulable existe. En effet, si aucune des parties n'en demande la nullité, ou si l'existence n'en est contestée par personne, le mariage vaut alors comme s'il était valable. C'est absolument comme si un individu s'emparait d'une maison qui ne lui appartiendrait pas et que personne ne lui ferait la moindre observation.

CONCLUSION

Nous avons essayé d'exposer aussi clairement que possible la théorie des nullités de mariage, telle qu'elle a été établie par le législateur de 1804 ; mais nous craindrions d'être incomplets si nous n'ajoutions que cette théorie est l'objet de critiques amères et de violentes attaques. Le code civil, dit-on, est d'une difficulté extrême pour admettre les causes de nullité en matière de mariage, le plus sévère de l'Europe. Mais, poursuit-on, cette excessive sévérité avait sa raison d'être en 1804, époque à laquelle on admettait le divorce comme correctif à cette grande rigueur. Plus tard, le divorce, c'est-à-dire le correctif ayant été supprimé, sans qu'on ait songé à pallier la sévérité primitive, il est urgent de réviser le code,

il faut modifier la théorie des causes de nullité, en augmenter le nombre et en faciliter l'exercice. Cette opinion tend à s'accréditer chaque jour ; mais nous la considérons comme radicalement fausse. Est-il vrai, d'abord, que le divorce soit un correctif apporté à la sévérité avec laquelle on admet les causes de nullité du mariage ? Les art. 229 à 253 prouvent par leur simple lecture le peu de fondement d'une telle assertion ; les causes de divorce n'ont aucun rapport avec les causes de nullité du mariage. Il suit de là que la théorie du code civil est indépendante du divorce quand il s'occupe des causes de nullité du mariage.

D'autres auteurs, inspirés d'ailleurs par les mêmes idées humanitaires, regrettent l'abolition du divorce et font des vœux pour son rétablissement ! Que faut-il penser de cette opinion ? La question du divorce a été souvent dominée par des préoccupations religieuses. Les uns l'ont rejeté uniquement parce que l'église catholique le rejetait ; les autres le réclament parce que l'église catholique le repousse. Il est certain que l'église catholique a proclamé l'indissolubilité du mariage et repoussé le divorce. Elle a peut-être bien fait, mais si cette base est suffisante pour les catholiques qui reconnaissent l'autorité obligatoire des canons de l'église, il n'en est point ainsi de ceux qui ne reconnaissent point cette autorité. Quant à ces derniers, ils devront être convaincus par une autre argumentation.

Recherchons donc une autre base purement scientifique à l'indissolubilité du mariage. Le mariage doit être nécessairement contracté purement et simple-

ment ; c'est-à-dire qu'il est essentiellement exclusif de tout terme et de toute condition ; il en est autrement, *en général*, des autres contrats. Peut-on ou non, dans le mariage, admettre les modes de dissolution appliqués aux autres contrats ? Telle est la question. A raison de leur nature, la plupart des modes d'extinction des obligations ne sauraient s'appliquer au mariage ; mais il n'en est pas de même de la condition résolutoire. On pourrait dire que celui des conjoints qui se permet des excès, sévices ou injures graves, qui se fait condamner à une peine infâmante, manque à son obligation. Dans les contrats ordinaires, la condition résolutoire amène la résolution ; elle est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques ; mais remarquons que ce sous-entendu s'explique parce que la condition pourrait être *expresse* et formulée dans le contrat. Dans le mariage qui engendre des obligations réciproques, on ne peut insérer une condition résolutoire expresse de dissolution, puisqu'il ne peut être subordonné à aucune condition suspensive et qu'il doit être fait purement et simplement. La condition résolutoire ne pouvant être expresse, ne peut y être sous-entendue ; car il n'y a de sous-entendu possible que ce qui peut être exprimé. Le divorce a donc une autre base que la condition résolutoire, cette base est la volonté du législateur, c'est le but utilitaire. De deux choses l'une, l'action en divorce a une base juridique ou une base dépendant de l'arbitraire du législateur. Y voit-on une base juridique, on ne peut la puiser que dans l'inobservation des obligations prises par les deux parties ; c'est-à-

dire dans l'action résolutoire. Or, la condition résolutoire ne peut être insérée dans le mariage ; donc il ne reste comme base que des considérations utilitaires tirées de l'inconvénient qu'il peut y avoir à faire vivre ensemble deux personnes qui ne s'aiment plus. Le divorce pour cause déterminée n'ayant aucune base juridique doit être effacé de la loi. Quant au divorce par mutuel consentement, il a une base juridique apparente, la volonté des parties ; mais l'admettre ce serait saper par la base l'institution du mariage qui dès lors ne présenterait plus rien de sérieux. On ne peut, en effet, vouloir en même temps le pour et le contre. La volonté humaine peut-elle faire rentrer dans le domaine des actes futurs ou à accomplir, un fait déjà accompli, un fait passé ? Dans certains contrats, la vente, le louage et autres semblables, les parties peuvent à leur guise et sans inconvénient défaire ce qu'elles ont fait ; mais dans le mariage, le rétablissement du statu quo n'est point possible, parce qu'un fait s'est produit, une famille a été établie. Si l'on ne se préoccupe pas du sort de la famille, on pourra admettre le divorce, qu'il y ait ou non des enfants issus du mariage, (*de posse valet consecutio*). Admettre une solution pour le cas où il y a des enfants et une autre pour celui où il n'y en a point, serait monstrueux, car les époux s'abstiendraient de procréer des enfants pour se réserver la faculté de divorcer un jour. Il suit de là que le divorce n'ayant aucune base juridique, la loi a bien fait de le rejeter.

De plus, il faut bien se garder d'adoucir la législation française en prodiguant les causes de nullité ;

cette sévérité constitue le titre le plus sérieux de la supériorité de nos lois sur les législations voisines. Le code a eu pour but d'être libéral puisqu'il laisse intacte la responsabilité de la personne et il y est parvenu en rendant le mariage sérieux. En France, il est difficile de faire rompre un mariage; aussi y regarde-t-on à deux fois avant que de se jeter dans des liens qui doivent enchaîner à jamais; la facilité de la loi produit le résultat contraire en Prusse et aux États-Unis où il est aussi aisé de briser la chaîne conjugale que de se départir d'un marché ordinaire.



POSITIONS

DROIT CIVIL

1. Deux individus, après avoir commis un inceste obtiennent une dispense et se marient. En cette hypothèse, les enfants déjà nés, et par la suite nés, seront légitimés par mariage subséquent.

2. Un étranger, légalement divorcé dans son pays peut venir en France contracter avec une Française une nouvelle union valable.

3. Une femme séparée de corps peut se faire naturaliser en pays étranger, sans le consentement de son mari.

4. Une femme peut être désignée comme arbitre.

5. Introduire dans notre législation la liberté de

POSITIONS



DROIT CIVIL

1° Deux individus, après avoir commis un inceste obtiennent une dispense et se marient. En cette hypothèse, les enfants déjà nés, et, par le fait, incestueux, seront légitimés par mariage subséquent.

2° Un étranger légalement divorcé dans son pays peut venir en France contracter avec une Française une nouvelle union valable.

3° Une femme séparée de corps peut se faire naturaliser en pays étranger, sans le consentement de son mari.

4° Une femme peut être désignée comme arbitre.

5° Introduire dans notre législation la liberté de

tester, en supprimant la réserve, c'est vouloir modifier profondément l'organisation de la famille et briser la cohésion qui existe entre ses divers membres.

DROIT ROMAIN

1° Les Romains n'ont jamais songé à formuler la règle : *res perit domino*.

2° Une telle clause étant donnée : « *Post mortem meam dare spondes? Spondeo:* » la question était de savoir si la formule devait être considérée comme impliquant chez les parties l'intention de retarder l'exécution ou bien la naissance même du droit. Suivant que l'on penchait pour l'une ou l'autre interprétation, la solution devait être différente; mais c'est se tromper que de croire un seul instant qu'à l'époque classique les juriconsultes aient été en désaccord même sur le principe.

3° La fille de famille peut s'obliger.

4° L'action hypothécaire survivait à la créance principale éteinte par prescription parce que le débiteur qui avait prescrit ne pouvait point prouver que le créancier eût été désintéressé, eût reçu satisfaction.

DROIT COMMERCIAL

1° Le porteur d'une lettre de change n'est point privilégié sur les autres créanciers du failli ; il viendra au marc le franc en concours avec eux.

2° Le tiré est lié à partir du moment où il a apposé sa signature.

3° Le porteur de bonne foi d'une traite égarée qui se présente quatre ans après pour être payé n'a de recours que contre celui qui a perçu indûment le montant de la traite.

DROIT ADMINISTRATIF

1° Le pouvoir judiciaire peut amener la réforme d'un décret réglementaire émané du chef du Pouvoir Exécutif.

2° Un règlement du conseil municipal n'aurait point le droit de défendre aux revendeurs d'aller sur les routes au-devant des paysans.

3° Le chemin rural fait partie du domaine privé de la commune.

4° Les cours d'eau non navigables, ni flottables appartiennent aux propriétaires riverains sauf la pente des cours d'eau, la force motrice.

DROIT COUTUMIER

1° La saisine héréditaire vient du droit Germanique.

2° La nature simplement déclarative du partage, en droit français, doit être rattachée à la saisine in solidum dont jouit chacun des cohéritiers.

DROIT DES GENS

1° Le principe: « Le pavillon couvre la marchandise » est le seul conforme aux vrais principes du droit et à la raison.

2° L'abolition de la course serait une faute énorme en politique.

DROIT CRIMINEL

1° L'ivresse complète et absolue est une démence

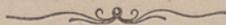
momentanée et comme telle elle est exclusive de toute application d'une pénalité.

2° L'homme qui accepte d'un tiers la mission de le tuer commet un meurtre et doit subir les peines du meurtre.

PROCÉDURE CIVILE

1° Un créancier a poursuivi tous ses débiteurs solidaires et a obtenu contre eux un jugement par défaut faute de comparaître. Dans cette situation, il n'est point nécessaire que le créancier exécute le jugement à l'égard de tous; il évitera la péremption en exécutant le jugement à l'égard d'un seul.

2° Le débiteur peut dans une convention renoncer valablement au délai de grâce.



Vu par le Président de la Thèse,

T. HUC.

Vu par le Doyen de la Faculté,

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur,

C. DREYSS.



La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions
personnelles au candidat.



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

