

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE

L'EMPÊCHEMENT AU MARIAGE

RÉSULTANT DE LA COMPLICITÉ D'ADULTÈRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 20 décembre 1902, à 1 heure

PAR

Henri MUEL

Président : M. PLANIOL, professeur

Suffragants : } MM. CHAVEGRIN, professeur
SALEILLES, professeur

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE

Edouard DUCHEMIN

18, Rue Soufflot, 18

1902



I-6175
F 4045

DAR

z pozůstalosti p. prof.
JOSEFA VACKA

1320/416

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

2404 T

DE L'EMPÊCHEMENT AU MARIAGE

résultant de la complicité d'adultère

INTRODUCTION

Il est actuellement dans notre Code civil une disposition en vigueur dans la grande majorité des Etats de l'Europe et introduite en France par la loi du 27 juillet 1884, sur le divorce, disposition faiblement critiquée par les uns, fortement encouragée par les autres et résumée dans la proposition suivante qui forme l'article 298 du Code civil: « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice ».

Cette idée qui compte de nombreux partisans convaincus et qui a toujours été soutenue au nom de la morale par un grand nombre de bons esprits, loin d'être



une innovation dans notre loi, a vu le jour dans les temps les plus reculés. Il nous faut remonter jusqu'à la Bible pour acquérir la certitude que la question préoccupait déjà les esprits à une époque où le droit se résumait en quelques préceptes de morale non encore érigés à l'état de science. Plus tard, les Romains conçurent quelques textes sur la question et nos canonistes eux-mêmes eurent sur la matière certaines idées nouvelles qui ont pu paraître étranges à ceux qui les ont approfondies.

A dater du xvi^e siècle le législateur, s'inspirant de principes déjà anciens, remania les textes en vigueur, en supprima un certain nombre et confondit enfin en une seule disposition, l'article 298, l'idée essentielle qui fera l'objet de notre étude, c'est-à-dire l'empêchement de mariage que fait naître la complicité d'adultère.

Mais si cette idée est admise et soutenue depuis des siècles avec quelques simples modifications de détails, faut-il en conclure qu'elle soit exempte de toute critique ; en un mot, la prohibition de mariage entre complices d'adultère est-elle un bien, comme on ne cesse de le répéter de toutes parts ? « Ce sera tantôt un bien et tantôt un mal, nous dit M. Planiol, selon le caractère des époux et les circonstances où ils se trouveront » (1). Ce sera toujours un bien, nous répondent la plupart des auteurs. Pour nous, sans nous arrêter à un système

1. Planiol. *Droit civil*, t. III, n^o 50.

mixte qui serait déplorable, surtout en cette matière, car les lois qui intéressent particulièrement la morale ne peuvent comporter que des principes absolus, nous n'hésitons pas à déclarer que l'article 298 et l'empêchement de mariage qui en découle est un mal, un mal considérable et que son abrogation est nécessaire à tous les points de vue. Pour le démontrer, nous suivrons cette idée à travers les différentes phases de la législation ancienne que nous étudierons uniquement au point de vue de l'histoire, pour aboutir enfin à l'article 298 actuel dont nous nous efforcerons de dégager les raisons majeures qui nous portent à en réclamer l'abrogation.

Première Partie

L'EMPÊCHEMENT DE MARIAGE ENTRE COMPLICES D'ADULTÈRE DANS L'ANCIEN DROIT. ÉTUDE HISTORIQUE.

Aussi haut que nous puissions remonter dans l'histoire des peuples, nous trouvons un exemple frappant d'adultère suivi du mariage des deux complices. La Bible nous apprend qu'au XI^e siècle avant J.-C. le roi David, après avoir entraîné dans un adultère Bethsabée, épouse légitime d'un de ses officiers, Urie, fit périr l'infortuné mari dans un combat contre les Ammonites, pour pouvoir épouser la complice de son crime ; et c'est un fils né de ce mariage qui, par l'ordre de Dieu,

succéda au trône de son père. Cet exemple, connu de tous, ne nous retiendra pas.

Certes la législation primitive de cette époque était loin d'accéder aux conceptions savantes de nos législateurs modernes ; mais qu'en conclure si ce n'est que le droit naturel des peuples de l'antiquité était plus conforme au droit idéal, au droit divin, puisque c'est Dieu lui-même, nous dit la Bible, qui autorisa ce qu'aujourd'hui l'article 298 vient nous défendre.

Dans le droit mosaïque au contraire (1), l'empêchement de mariage existait entre la femme adultère et son complice : il leur était interdit de s'épouser à quelque époque que ce soit. La même interdiction frappait celui qui, sans avoir entretenu des relations coupables avec une femme mariée, avait usé d'artifices pour amener le divorce entre époux dans le but d'épouser ensuite la femme (2).

Une disposition analogue était consacrée par le droit athénien, où la femme convaincue d'adultère était notée d'infamie et comme telle privée du droit d'entrer dans les temples et de s'orner des parures réservées aux femmes honnêtes (3).

Ces réflexions n'étant données que pour mémoire, nous aborderons de suite l'histoire proprement dite de

1. Loi mosaïque, III, 2, 10.

2. Glasson. *Le Mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe.*

3. *Démosthènes contre Nééra*, 1374. Petit, VI, § 5.

l'empêchement de mariage qui nous occupe, en l'envisageant sous les divers aspects qu'il eut à Rome et dans notre ancien droit français, jusqu'à la loi du 27 juillet 1884 actuellement en vigueur.

CHAPITRE I

De la complicité d'adultère, considérée comme empêchement au mariage, en droit romain.

Nous pouvons étudier notre empêchement de mariage et le suivre en droit romain sous trois périodes distinctes : avant, pendant et après la loi Julia.

§ 1. — ÉPOQUE ANTÉRIEURE A LA LOI JULIA.

Le mariage était-il permis entre l'époux adultère devenu libre et son complice ? La législation romaine primitive supprimait facilement cette difficulté en ce qui con-

cerne la personne de la femme adultère : on prononçait contre elle la peine de mort. Lorsque le mari l'avait surprise en flagrant délit, il avait le droit de la tuer et si pour une raison quelconque il n'avait pas usé de son droit, la femme pouvait être traduite devant un tribunal de famille qui la condamnait.

En ce qui concerne le mari, la question ne se posait pas davantage : son adultère n'était jamais pris en considération et aucune incapacité ne le frappait de ce chef, il pouvait donc à loisir épouser sa complice.

Quant au complice de la femme, si le mari lui avait conservé la vie sauve, il était puni d'un châtement corporel ou se voyait traduit devant le magistrat.

§ 2. — LOI JULIA DE ADULTERIIS.

La loi Julia désignée au Digeste (1) sous la rubrique « Lex Julia de adulteriis coercendis », et au Code (2) sous le titre « Lex Julia de adulteriis et stupro » a pour but, non seulement de mettre un frein à l'adultère, mais

1. Digeste, XLVIII, 5.

2. Code, IX, 9.

encore de réprimer tous les autres délits contre les mœurs.

Sous l'empire de cette loi, notre question ne se pose encore que dans la minorité des cas, à cause du droit accordé au père de la femme coupable de tuer sa fille et le complice de celle-ci. Quant au mari, si la loi lui a retiré le droit de tuer sa femme, elle lui laisse la faculté de tuer le complice. La question se pose donc rarement pour la femme, elle ne se pose jamais pour le mari.

Réduit à ces proportions, l'empêchement dirimant de mariage entre une femme et son adultère n'en ressort pas moins clairement de la loi nouvelle. Il est vrai que la loi ne dit pas formellement que la femme condamnée pour adultère ne peut pas se remarier avec son complice ; mais c'est ce qu'on peut déduire du frag. 40, liv. XLVIII, tit. 5 du Digeste. Paul y décide que lorsqu'un mari a commencé contre un individu une poursuite en adultère qu'il a abandonnée, cette poursuite ne pourra pas mettre obstacle à un mariage que sa femme et l'individu poursuivi auraient l'intention de contracter après sa mort :

« Quæsitum est, an ea quam maritus adulterii crimine
« se accusaturum minatus est, nec quicquam egit vel
« jure mariti vel jure publico, nubere possit ei, quem in
« ea reum adulterii destinavit? Paulus respondit nihil
« impedire quominus ei quem suspectum maritus habuit,
« ea de qua quæritur, nubere possit ».

On voit donc qu'on peut tirer par induction du frag. 40 la défense pour la femme de contracter valablement mariage avec son complice d'adultère, après la mort de son mari ; mais pour que cette défense opérât, il fallait que la femme eût été poursuivie et pénalement condamnée pour adultère (1).

Jusqu'au jour de sa condamnation, la femme répudiée était libre de convoler en secondes noces, à moins toutefois que son mari ne lui en eût fait défense, en prévision précisément des poursuites qu'il se proposait d'intenter contre elle : c'est ce qui résulte du frag. 16, liv. XLVIII, tit. 5 du Digeste : « Qui uxori repudium mise-
« rit, potest ei denunciare ne Seio nuberet: et si denun-
« ciaverit, et ab ea incipere potest ». Hors de ce cas, la femme non condamnée pouvait donc se remarier, même avec son complice. Mais le dernier membre de phrase du frag. 16 apporte immédiatement une restriction : Si une poursuite judiciaire a été intentée contre lui et terminée par une condamnation, son adultère par là-même est prouvé et il lui devient alors impossible d'épouser sa complice, même si la femme n'a pas été inquiétée dans le procès ; la femme, elle, pouvait alors épouser qui bon lui semblait, sauf son complice condamné comme tel.

Si elle avait passé outre à la prohibition, le mariage

1. L. 11 § 13, *D. ad. leg. Jul.*, XLVIII, 5 ; L. 14, *D. de his quæ ut ind.*, XXXIX, 4.

était nul : « Mœvius in adulterio Semproniae damnatus, « eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem... : « quæro, an justum matrimonium fuerit... ? Respondi, « neque tale matrimonium stare... » (1). Godefroy, en ses notes sur la loi 40, tire aussi cette conséquence de ce texte, que la femme ne peut épouser son complice quand il a été convaincu d'adultère avec elle.

Saint Augustin, en son ouvrage *De nuptiis* (2), nous fournit lui aussi un nouveau témoignage de l'existence de cet empêchement : « Marito mortuo, dit-il, « cum quo verum connubium fuit, fieri verum connubium non potest, cum quo prius adulterium fuit ». Le même texte se trouve reproduit dans le décret de Gratien (3) mais sans la négation : au lieu du « fieri « verum connubium non potest » de saint Augustin, Gratien nous dit « fieri connubium potest ».

Faut-il admettre une contradiction voulue entre ces deux textes, ou ne doit-on voir dans le texte de Gratien qu'une erreur et une omission de sa part ? On voit toute l'importance qui réside dans cette simple négation : si son omission est volontaire, l'empêchement de mariage entre complices d'adultère résultant du texte de saint Augustin doit disparaître et avec lui toutes ses conséquences.

1. Dig. Liv. XXXIV, tit. 9, frag. 13.

2. *De nupt. et concub.*, lib. 1, cap. 10.

3. *Cauf.* 31, qu. 1, can. 2.

Pothier (1) nous donne la seule solution rationnelle de cette difficulté. Les correcteurs romains ont reconnu que cette négation se trouve dans le texte de saint Augustin et ils nous attestent qu'elle se trouve dans le manuscrit de ses œuvres. « En outre, ajoute-t-il, pour « que la leçon de Gratien fût bonne, il faudrait supposer que saint Augustin eût ignoré la loi romaine sur « ce point, ce qui ne se peut supposer : le sens de ce « texte de saint Augustin demande cette négation. Le « saint docteur relève dans cet endroit la force du lien « conjugal : il dit qu'il est si fort et si indissoluble qu'il « n'est pas permis par la loi de l'Évangile de répudier « sa femme, et que, même après le divorce que la loi du « siècle permet, le lien conjugal continue de subsister « tellement entre les conjoints, qu'ils demeurent toujours « véritables époux et épouse, nonobstant le mariage « que l'un d'eux aurait contracté avec une autre personne, lequel, quoique permis par la loi du siècle, « est, par la loi de l'Évangile, plutôt un adultère qu'un « mariage. Enfin, pour relever le lien conjugal, il ajoute « que le violement de ce lien par une union adultérine « qu'une femme a avec son adultère, a paru si énorme, « que le vice de cette union ne peut être purgé, ni devenir par la suite un mariage légitime, même après la « mort de son mari : « et denique marito mortuo... fieri

1. Pothier. *Contrat de Mariage*, n° 231.

« verum connubium non potest cum quo prius adulterium fuit ».

§ 3. — ÉPOQUE POSTÉRIEURE A LA LOI JULIA.

Une constitution impériale de l'an 394 déclare que lorsqu'une femme antérieurement mariée a épousé en secondes nocces celui que l'on pourrait considérer comme son complice d'adultère, ce second mariage devait être puni des « peines les plus sévères », le jour où une poursuite en adultère serait intentée contre eux : « Si « qui adulterii fuerint accusati, et obtentu proximitatis « intentata depulerint, per commemorationem necessitudinis crimini fidem derogando, dum existimatur « non debere credi, quod allegatur, vel non potuisse « committi : hi, si postmodum in nuptias, consortiumque « convenerint, facimus illud in quo fuerint accusati, « manifesta fide, atque indiciis evidentibus publicabunt. « Unde si qui ejusmodi reperti fuerint, jussimus in « eosdem severissime vindicari, et velut convictum facimus, confessumque puniri » (1). Il semble bien que la peine ici mentionnée soit la mort, car telle était la sanction depuis Constantin.

1. C. IX, 9, 34.

C'est seulement sous Justinien que l'on voit apparaître d'importantes modifications sur le mariage de la femme adultère avec son complice (1), modifications rigoureuses pour les femmes et leur adultère. Quant aux maris et à leurs complices d'adultère, une indulgence singulière leur fut accordée : pas plus en ce siècle que dans les siècles précédents la prohibition de mariage ne les frappa.

Depuis Constantin, le châtement de l'adultère étant, comme on le sait, la peine capitale pour les deux coupables, il aurait dû paraître inutile de réglementer un empêchement qui n'avait plus sa raison d'être. Néanmoins, certains textes postérieurs à Constantin continuant à en faire mention, nous croyons nécessaire de supposer pour leur intelligence que, comme dans la constitution IX au Code, les coupables ont échappé au châtement.

Justinien, dans sa nov. 134 déclare que celui qui, accusé et condamné pour adultère, a réussi à se soustraire à la rigueur de la loi et à épouser sa complice, sera livré à la torture puis à la mort ; quant à la femme, châtiée dans son corps, fustigée, la tête rasée, elle devait être enfermée dans un monastère. Leur mariage était déclaré nul : « Si quis accusatus de adulterio, per « prodicionem judicum aut alio quolibet modo, a legibus « bus pœnas effugerit, et post hoc inveniatur cum muliere

1. Nov. 117. Nov. 134, cap. 12.

« de qua accusatus est turpiter conversatus, aut in
« matrimonium accipere eam, et hoc fiat vivente marito,
« aut post ejus mortem, neque matrimonium valere
« jubemus : sed eum qui hoc delinquere præsumpserit :
« et si prius profugerit, attamen licentiam damus omni
« judici et comprehendere eum, et post tormenta ultimis
« suppliciiis subjicere : nulla alia excusatione aut pro-
« batione facienda : et mulierem castigatam, et detrusam
« monasterio immitti jubemus : et ibi manere in omne
« tempus propriæ vitæ : utriusque vero substantiam
« secundum prædictum ordinem dividi periculo (sicut
« prædiximus) tam comitis privatarum quam judicis
« loci » (1).

Notons enfin que la prohibition de mariage faite à la femme n'était pas seulement restreinte au complice, elle était générale et faisait naître un empêchement absolu de mariage : la femme condamnée pour adultère ne pouvait épouser qui que ce soit : « Ream adul-
« terii uxorem duxi : eam damnatam mox repudiavi :
« quæro, an causam dissidii præstitisse videor? Respon-
« dit : cum per legem Juliam hujusmodi uxorem retinere
« prohibearis, non videri causam te dissidii præstitisse,
« palam est : quare ita jus tractabitur, quasi culpa
« mulieris facto divortio » (2).

Bien plus, tout homme, même étranger à l'adultère,

1. Nov. 134, cap. 12.

2. D. XLVIII, 5, 11, 13.

qui avait épousé une femme coupable répudiée, mais non encore poursuivie, se voyait contraint, si la condamnation était prononcée, de la répudier à son tour s'il ne voulait être frappé lui aussi des mêmes peines (1).

1. D. XLVIII, 5, 11, 13. — C. IX, 9, 9.

CHAPITRE II

De la complicité d'adultère, considérée comme empêchement au mariage, dans l'ancien droit français.

La question du mariage entre complices d'adultère ne peut se poser sous les lois barbares où la femme coupable était punie de mort. Il nous faut donc franchir un espace assez considérable pour voir apparaître notre empêchement, et c'est dans le droit canonique, que nous abordons maintenant, que la matière a fait naître un certain nombre de difficultés.

§ 1. — DROIT CANONIQUE.

L'adultère est-il, en droit canonique, un empêchement à un mariage postérieur, et, en cas d'affirmative, entre

quelles personnes existe-t-il et quelle est sa nature ? Dans les législations qui admettent le divorce, la question peut se poser immédiatement à partir du divorce ; dans les autres, et tel est le cas de la législation canonique, c'est seulement après la mort du conjoint innocent.

Il est surprenant de voir avec quelle mansuétude l'Eglise, pourtant pleine de réprobation pour la concubine, traitait la femme adultère. Lui interdisait-elle du moins le mariage avec son complice ? C'est que ce nous allons chercher.

On sait que la grande distinction du droit canonique, qui domine la théorie des empêchements de mariage, consiste à les diviser en deux grandes catégories, les empêchements dirimants et les empêchements simplement prohibitifs, les uns entraînant la nullité du mariage, les autres laissant subsister le mariage contracté malgré la prohibition.

Que l'Eglise ait admis, du moins dans une mesure très restreinte, l'empêchement résultant des relations adultères, nul ne le conteste ; mais où les opinions des canonistes sont divisées, c'est précisément sur le point de savoir s'il faut considérer cet empêchement comme dirimant ou prohibitif. Pierre Lombard (1) et Gratien (2)

1. *Sentent. lib. IV. D. XXXV, F.*

2. Décret. C. XXXI, qu. I : « *Queritur an possit duci in conjugium quam potius polluta est per adulterium* ».

nous montrent la question comme une des plus difficiles à résoudre ; ils hésitent et finalement nous donnent des solutions qui ne concordent pas toujours. La correspondance d'Yves de Chartres nous prouve l'embarras dans lequel il se trouvait pour répondre aux questions qui lui étaient soumises à ce sujet (1) ; il les discute longuement et en fin de compte il énonce que, jusqu'à preuve du contraire, pour lui la femme adultère ne peut en principe épouser son complice, mais que si leur mariage a été célébré, il ne devra pas être dissous ; en d'autres termes, il repousse l'empêchement dirimant pour ne voir dans cette hypothèse qu'un mariage entaché d'un empêchement prohibitif. C'est ce qui résulte clairement du passage suivant : « Dico tamen sine præjudicio melioris sententiæ, quia si ante celebrationem sacramenti conjugalis cognita fuisset mulieris turpitudinis, secundum legum severitatem non esset honestanda matrimonio... Verum postquam simpliciter præcedente consensu contracta sunt fœdera nuptiarum postquam matrimonialia tabulæ datæ sunt, et cœtera, conjugii sacramenta completa sunt, vir et mulier unum corpus per carnis commixtionem facti sunt, non intelligo posse dissolvi conjugium » (2).

1. Yves de Chartres. Ep. XVI, p. 30 : « De qua re vobis respondemus quia super hoc diversas habemus sententias ».

2. Yves de Chartres. Ep. CLXXXVIII, p. 324.

Ceci posé, quels étaient donc les cas où, d'après le droit canonique, les relations adultères mettaient obstacle au mariage des complices après la mort du conjoint trompé ? Il semble bien que les canonistes érigaient, dans les premiers temps, en principe général que la femme souillée par l'adultère ou par la fornication ne pouvait être épousée, non seulement par son complice, mais par qui que ce soit. C'est en effet une règle que l'on rencontre fréquemment dans les canons et qui a fourni la rubrique d'un titre aux collections des décrétales : « Ut nullus copulet matrimonio, quam prius polluit adulterio » (1).

Mais ce principe, loin d'être fixé d'une façon absolue, comportait de nombreuses exceptions et Yves de Chartres, Pierre Lombard et Gratien (2) nous apprennent que les dispenses étaient faciles à obtenir. Dès le IX^e siècle, l'adultère n'était plus considéré que comme un empêchement prohibitif de mariage ; le principe était renversé et ce n'était que dans certains cas, lorsque l'adultère était accompagné de circonstances aggravantes, qu'il devenait un empêchement dirimant. C'est ce que nous apprend le concile de Meaux tenu en 845, sous Charles le Chauve, qui permet à la femme adultère devenue libre d'épouser son complice, à condition qu'ils se soient soumis tous deux à une pénitence publique

1. Bern. Pap. *Summa*, p. 151.

2. Gratien. C. XXXI, qu. 1.

et qu'ils ne se trouvent pas dans le cas d'une des circonstances aggravantes dont nous allons nous occuper.

Ces circonstances aggravantes, dans lesquelles l'adultère devenait un empêchement dirimant de mariage, se produisaient dans deux cas :

1° Lorsqu'un époux adultère machine la mort de son conjoint afin de se rendre libre ;

2° Lorsque l'adultère est accompagné d'une promesse de s'épouser faite pendant le mariage.

Ces deux cas étaient-ils les seuls ? Pothier (1) conclut pour la négative et il apporte à l'appui de sa thèse une décrétale d'Alexandre III (2) ainsi conçue : « Licet « in canonibus habeatur, ut nullus copulet matrimonio « quam prius polluerat adulterio, et illam *maxime* cui « fidem dederat uxore sua vivente, vel quæ machinata « est in mortem uxoris ». Le terme « MAXIME », dit-il, empêche la restriction de la règle à ces deux cas et insinue que même hors ces deux cas, l'adultère peut seul et par lui-même être un empêchement dirimant de mariage.

Quoi qu'il en soit, l'adultère fut donc, au moins dans deux cas, un empêchement dirimant de mariage : telle fut la doctrine jusqu'à la fin du XII^e siècle. Mais dans le courant du XIII^e siècle, il est indubitable qu'il cessa

1. *Contrat de Mar.*, n° 234.

2. Cap. I, ext. « de eo qui duxit ».

d'être par lui-même un empêchement, même prohibitif. Les cas où il créait un empêchement dirimant furent restreints aux deux hypothèses visées plus haut : c'est ce qui résulte formellement d'une décrétale du pape Innocent III (1) : « Significasti quod quum P. civis Spo- « letanus quamdam mulierem duxisset legitime, ea « relictâ, cuidam meretrici adhœsit ; verum quum uxor « ipsius esset viam universæ carnis ingressa, meretri- « cem cui adhœserat, desponsavit : respondemus quod « nisi alter eorum in mortem uxoris defunctæ fuerit « machinatus, vel, ea vivente, sibi fidem dederit de « matrimonio contrahendo, legitimum iudices matrimo- « nium ».

La femme adultère et son complice purent donc, sauf dans deux cas bien déterminés, contracter valablement mariage ensemble : telle est « la doctrine certaine du droit canonique » (2) qui fut suivie jusqu'à la fin du XVII^e siècle.

Voyons donc en quoi consistaient ces deux hypothèses énoncées plus haut, ces « duos casus » (3) dans lesquels les canonistes voient un empêchement dirimant et qu'ils désignent par les expressions « crimen », « criminis enormitas ».

1. « *Significasti* », 6, ext. d. tit.

2. Esmein. *Le Mar. en droit canonique*, t. I, p. 384.

3. Bern. Pap., *Summa*, p. 151 : « Sed posterior diligentia ipsam prohibitionem ad duos casus coartavit ».

1^{er} cas où l'adultère qualifié devient un empêchement dirimant. — Le premier cas est celui où l'adultère est suivi du meurtre de l'autre conjoint. Pour que l'empêchement dirimant se produise, certaines conditions devaient être réunies, mais ce ne fut qu'après des siècles qu'on parvint à en dégager les éléments constitutifs. On peut les résumer dans la proposition suivante : le concours de l'adultère et du meurtre consommés. Autrement dit, le meurtre de l'époux innocent fait sans la participation du conjoint adultère ne formerait pas l'empêchement, pas plus que ne le formerait l'adultère seul, fait sans la promesse d'épouser. De plus, une « machinatio » dirigée contre l'époux et qui n'aurait pas réellement produit son effet, une tentative manquée n'aurait pas suffi, quoique les autres conditions fussent réunies, pour produire l'empêchement dirimant : les lois pénales s'interprètent littéralement (1).

L'idée première de cet empêchement se trouve énoncée dans un chapitre du *Decretum Vermeriense* qui suppose qu'une femme avait réuni plusieurs individus pour tuer son mari et que celui-ci en se défendant avait tué l'un des assaillants. S'il arrivait que le mari pût prouver la complicité de sa femme, il avait le

1. Voyez pourtant sur ce dernier point l'opinion contraire généralement repoussée : Glose sur C. III, X, IV, 7 v^o Machinata : « Intellige cum effectu, quia verba sunt cum effectu accipienda. Quidam tamen dicunt quod sufficit conatus sine effectu. — Panormit, sur C. III, V, IV, 7, n^o 4.

droit de la répudier et d'en épouser une autre. Quant à elle, tout mariage lui devenait interdit (1).

Cette disposition contenait, comme on le voit, le germe de l'empêchement dont nous avons énuméré les éléments, mais elle ne le précisait pas. Ce fut l'œuvre du concile de Meaux, en 845 : il pose en principe que la femme adultère ne peut pas épouser son complice après la mort de son mari, mais que s'ils ont enfreint la prohibition, on pourra les soumettre à une pénitence publique, et qu'après la pénitence achevée leur union pourra être validée ; à moins toutefois que soit le complice, soit la femme ne fussent convaincus d'avoir concouru au meurtre du mari, ou qu'il n'y eût quelque autre empêchement résultant d'un crime analogue : « Is qui, vivente marito, conjugem alterius « adulterasse accusatur, et eo in proximo defuncto « eandem sumpsisse dignoscitur, in omnimodis « publicæ pœnitentiæ subigatur, de quo etiam post « pœnitentiam præfata servabitur regula, nisi forte « idem aut mulier virum qui mortuus fuerat, « occidisse notentur, aut propinquitas vel alia quœlibet « actio criminalis impediât » (2).

A la fin du XI^e siècle, Yves de Chartres nous donne une solution analogue ; d'après lui le mariage contracté par une femme avec celui qui avait tramé la mort de

1. C. VI, C. XXXI, qu. 1.

2. Can. 69. — C. V, C. XXXI, qu. 1.

son mari était nul comme contracté au mépris d'un empêchement dirimant, mais sous certaines conditions dont la réunion, d'après lui, n'était pas indispensable : il fallait que le meurtrier ait tué le mari pour épouser sa veuve, ou que la femme ait concouru au meurtre de son mari et qu'ils soient tous deux convaincus d'avoir entretenu des relations coupables du vivant du mari :
« Si mulier conscientiam suam purgare potest de morte
« mariti, vir vero, sicut dicitis, purgare se potest legi-
« time quod mulierem illam, vivente viro non adultera-
« verit, nec spe hujus conjugii virum hujus mulieris
« interfecerit... Ut nullum tale conjugium fieri inter
« hujusmodi personas permitteretur, nisi prius vir et
« mulier innocentes esse ab adulterio et homicidio dis-
« tricta examinatione probarentur ». (1)

Mais sur quel motif était fondé cet empêchement ?

Il semble bien que la raison qui inspira les canonistes était d'empêcher celui qui était pris de passion pour une femme mariée à un autre, de commettre un meurtre sur la personne du mari, dans la certitude où il se trouverait de ne jamais parvenir à contracter mariage avec la femme de sa victime. Ce n'était donc pas pour punir l'adultère, mais bien pour punir le meurtre que l'empêchement était édicté. Yves de Chartres l'admet du reste, puisque, d'après lui, l'empêchement existe même quand on n'a pas pu faire la preuve de l'adultère.

1. Ep. CLXX, p. 291.

Après bien des incertitudes sur ce point, l'opinion qui paraît avoir triomphé est celle de Johannes Andreae et de Panormitanus qui faisaient la distinction suivante : de deux choses l'une, ou bien les complices s'étaient concertés pour commettre le meurtre de l'autre époux, ou bien l'un d'eux avait seul commis le crime ayant entraîné la mort. Dans le premier cas, on admettait que la complicité du crime faisait naître une présomption de complicité d'adultère ; dans le second cas cette présomption disparaissait et on devait alors prouver les relations adultères (1) ; dans le premier cas il y avait un empêchement dirimant de mariage entre les complices, dans le second cas un empêchement simplement prohibitif (2). Si donc un époux avait tué son conjoint pour se remarier et si ce meurtre n'était accompagné ni de complicité d'attentat, ni de complicité d'adultère avec une autre personne, le nouveau mariage de l'époux meurtrier était possible et valable.

Pour conclure, disons avec Pothier que cet empêchement n'est que de droit positif, il n'est pas de droit naturel, et c'est ce qui explique dans une certaine mesure les dissidences qu'il souleva à son apparition et la lenteur avec laquelle il fut érigé en principe général. N'avons-nous pas vu, en effet, la bénédiction de Dieu s'étendre sur le mariage de David avec Bethsabée accompli dans

1. Panormit., sur C., 1, X, *De eo qui duxit*, n° 3.

2. Panormit., sur C., 1, X, III, 33, n° 8.

les mêmes conditions : « Sic enim David, de quo dicitur « nemo sanctorum David, patrato adulterio et homicidio, « postquam ei dictum est, acta pœnitentia : dimissum « est tibi peccatum tuum, uxorem Uriæ retinuit in con- « jugium » (1).

2° *Cas où l'adultère qualifié devient un empêchement dirimant.* — Le second cas est celui où l'adultère est accompagné d'une promesse de s'épouser faite durant le mariage. Il fut établi pour empêcher ceux qui entretiennent des relations adultères d'escompter la mort du conjoint dans l'espoir de s'épouser plus tard ; pour déjouer cette espérance criminelle on leur défendait de s'unir après la mort de l'époux innocent, pour quelque cause que son décès fût survenu.

Mais, pour que cet empêchement prenne naissance, on exigeait la réunion de trois conditions déterminées :

1° Un adultère ;

2° Une promesse jurée de mariage faite entre les deux complices ;

3° La mauvaise foi de la part du complice.

Cette seconde hypothèse où l'adultère crée un empêchement dirimant de mariage, fut prévue pour la première fois par le canon 4 du concile de Tribur, en Franconie, tenu l'an 895 ; il s'exprime de la façon suivante : « Relatum est... quemdam alterius uxorem stupro

1. Yves de Chartres, Ep. CLXX, p. 291.

violasse, et insuper mœchæ, vivente viro suo, juramentum dedisse, ut post legitimi mariti mortem, si supervixisset, ducet uxorem ; quod et factum est. Tale ergo connubium prohibemus, et anathematizamur » (1).

Disons quelques mots de chacune de ces conditions :

1^{re} *Condition.* — Il faut en premier lieu des relations adultères ; mais l'adultère à lui seul n'aurait pas créé un empêchement dirimant de mariage ; c'est la promesse faite durant le mariage qui, jointe à l'adultère, fait obstacle au mariage entre l'époux coupable et son complice.

2^e *Condition.* — Il faut en second lieu une promesse solennelle de mariage entre les deux coupables, « juramentum », « fides data ». Mais remarquons qu'ici aussi la promesse seule serait inefficace pour créer l'empêchement, tant qu'elle n'aurait pas été accompagnée d'un adultère consommé. La promesse pouvait du reste précéder ou suivre l'adultère, l'ordre dans lequel s'étaient accomplis ces deux événements importait peu.

Une difficulté était née sur la question de savoir s'il fallait assimiler à cette hypothèse le cas où au lieu de se contenter d'une simple promesse et d'un adultère commis secrètement, les coupables avaient poussé l'audace jusqu'à s'unir publiquement avant la dissolution du mariage de l'un d'eux. Il semble qu'il eût fallu à *fortiori* appliquer la même solution et déclarer le

1. Gratien. Can. IV. Caus. XXXI, qu. 1.

mariage nul ; mais la raison qu'on avait d'en douter, résultait d'un passage de Bernard de Pavie qui semblait vouloir maintenir le mariage contracté dans de pareilles conditions, après la mort du conjoint trompé : il basait sa solution sur une interprétation littérale des textes « fides data », « juramentum » (1). La question ne resta pas longtemps en suspens ; elle fut tranchée de bonne heure par une décrétale de Grégoire IX (2) qui établit l'assimilation complète entre ces deux cas (3).

3^e Condition. — Il faut enfin, pour créer l'empêchement dirimant, que la personne non mariée qui a fait ou à qui a été faite la promesse de mariage, n'ignore pas que la personne envers laquelle elle s'engage est déjà valablement mariée à une autre et que son mariage existe encore. La mauvaise foi est donc le complément nécessaire des deux autres conditions, elle n'est exigée du reste qu'en la personne du tiers complice de l'adultère, car le mari qui fait une semblable promesse du vivant de sa femme et la femme qui la fait du vivant de son mari sont nécessairement de mauvaise foi.

Si donc le tiers était de bonne foi et contractait le mariage ou faisait le « juramentum » sous la conviction que l'époux était libre de tout lien, l'empêchement ne

1. Bern. Pap. *Summa*, p. 151.

2. C. VIII, X, *De eo qui duxit*, IV, 7.

3. V. quelques intéressantes hypothèses signalées sur ce dernier point par Pothier. *Contrat de Mariage*, nos 237 et 238.

prenait pas naissance (1). Le mariage, une fois célébré, devenait valable et pouvait subsister après la dissolution de la première union par la mort de l'autre époux. Le pape Alexandre III nous dit même que ce mariage contracté de bonne foi par le tiers n'aurait pu être cassé que sur sa demande : « Propositum est nobis, quod vir quidam uxorem habens, sibi aliam hujusmodi rei insciam copulavit ; sed primâ mortuâ, nititur discedere a secundâ... quia non dignum est ut prædictus vir qui scienter contra canones venerat, lucrum de suo dolo reportet. Respondemus quod nisi mulier divortium petat, ad petitionem viri non sunt aliquatenus separandi » (2). Quant à la promesse faite de bonne foi, elle ne faisait pas obstacle au mariage postérieur, à condition toutefois que le tiers n'ait pas eu connaissance du réel état des choses, avant la mort du conjoint (3).

Tels sont les deux cas où, suivant la législation canonique, l'adultère créa un empêchement dirimant de mariage entre les deux complices. Voyons maintenant s'ils furent conservés dans les périodes postérieures de notre ancien droit français.

1. C. 1, X, *De eo qui duxit*, IV, 7.

2. Cap. 1. ext. de tit.

3. Panormit, sur C. 1, X, IV, 7, n° 3.

§ 2. — COUTUME MONARCHIQUE

(Du XVI^e siècle à la Révolution).

Nous avons vu que l'incapacité de mariage résultant des relations adultères entre l'époux coupable et son complice, n'avait été admise à Rome que pour la femme, et dans la législation canonique que dans certains cas déterminés. Fut-elle admise par la législation civile du XVII^e et du XVIII^e siècle, dans quels cas et dans quelle mesure? telles sont les questions que nous nous proposons d'examiner.

Un arrêt solennel du 21 juin 1684 avait posé en principe que l'époux coupable d'adultère pouvait se remarier; mais il était apporté à cette règle une restriction concernant le mariage avec le complice. Cette interdiction était pourtant loin d'être édictée en termes absolus.

Le droit canonique avait reconnu deux cas où l'adultère qualifié entraînait une incapacité absolue et perpétuelle de contracter mariage avec le complice :

1) Le cas où l'adultère était suivi du meurtre du conjoint innocent ;

2) Le cas où l'adultère était accompagné d'une promesse de mariage faite avant la mort de l'autre époux.

Notre ancienne jurisprudence les conserva tels qu'ils avaient été réglementés par les canonistes. Nous en avons la preuve dans un arrêt du Parlement de Rouen, rapporté par Basnage, dans sa discussion de l'article 235 de la coutume de Normandie ; il déclare formellement le caractère dirimant de cet empêchement. Voici dans quelles circonstances : Un sieur Rot âgé de 70 ans, après obtention d'une dispense en cour de Rome, avait épousé une femme Toutain sa servante, qui avait été sa concubine du vivant de la femme légitime dudit sieur Rot. Il fut établi au procès que cette servante ne s'était rendue aux sollicitations du vieillard « que sur la promesse qu'il l'épouserait si la femme venait à mourir » (1). Par arrêt du 14 juillet 1679, donné sur les conclusions de M. l'avocat général le Guerchois, il fut dit « mal, nullement et abusivement jugé et défenses faites aux parties de contracter mariage » (2).

A ces deux empêchements la jurisprudence ajouta deux nouvelles hypothèses :

1) Le cas où la femme a fait déclarer nul son mariage pour cause d'impuissance du mari (3) ;

2) Le cas où la femme et son complice se sont fait quelque donation du vivant du mari « parce que cette

1. Fournel. *Traité de l'adultère*, p. 417 et suiv.

2. Henri Basnage. *Commentaires sur la coutume de Normandie*, t. 1^{er}, p. 367.

3. Arrêt du 25 juin 1655, rapporté par Desmaisons.

donation emportait l'idée et le soupçon d'une promesse de mariage » (1).

En dehors de ces deux cas où l'adultère était accompagné de circonstances aggravantes et des deux cas créés par le droit canonique, la prohibition de mariage n'existait pas entre complices d'adultère. Tel fut l'état du droit jusqu'à la Révolution.

§ 3. — EPOQUE RÉVOLUTIONNAIRE (Loi du 20 sept. 1792).

La loi du 20 septembre 1792 (2) établissant le divorce et l'admettant dans un nombre de cas pour ainsi dire illimité, ne devait pas même prononcer le mot de notre empêchement. Il résulte même de l'article 1^{er} § 3 de cette loi qu'elle n'entend pas le conserver :

« Les effets du divorce par rapport à la personne
« des époux sont de rendre au mari et à la femme leur
« entière indépendance, avec la faculté de contracter
« un nouveau mariage. »

Par son silence la loi admet donc que l'époux cou-

1. Arrêt du Parlement de Toulouse de 1678, rapporté par Catelan, l. 4, ch. 23.

2. Devilleneuve. *Lois annotées*, tome 10, p. 211.

pable d'adultère, la femme aussi bien que le mari, ait le droit de se remarier avec son complice.

§ 4. — CODE CIVIL (Texte de 1803).

Les auteurs du Code, préoccupés de mettre un frein aux mauvaises mœurs que les lois de la Révolution n'avaient fait qu'accroître, avaient proposé un texte relatif au mariage de la femme adultère. Ce n'est pas sans avoir soulevé de vives critiques et fourni la matière à de longs débats que ce texte fut enfin voté et devint l'article 298 du Code civil.

Sans discuter ici les différents arguments proposés en faveur ou contre cette disposition, arguments que nous retrouverons dans le cours de la seconde partie de notre étude, cherchons uniquement pourquoi l'article 298 fut voté, dans quel sens, et comment on parvint à le rendre applicable au mari aussi bien qu'à la femme.

I. — La première question en la matière, soulevée par Tronchet dans la séance du Conseil d'État du 4 brumaire an X (26 oct. 1802) à propos de l'article 68 du projet (1) était la suivante : Le divorce obtenu pour

1. Loqué. *Législat. civ. comm. et crim.*, tome 5, V, nos 5, 6, 7.
— Fenet. *Trav. Prépar.* tome 9.

cause d'adultère, imprimera-t-il à la femme coupable l'incapacité de se remarier ? Cette incapacité sera-t-elle absolue ou restreinte au complice ?

Tronchet admettait l'affirmative sur les deux points et déclarait la femme adultère, mais elle seule, incapable de contracter jamais un nouveau mariage avec qui que ce fût ; il ne restreignait pas d'ailleurs sa proposition au seul cas d'adultère et déclarait que l'incapacité devait frapper l'épouse coupable pour quelque crime que le divorce ait été prononcé. Il semblerait en résulter que, pour lui, la prohibition s'attachait beaucoup plus au divorce qu'à l'adultère considéré en lui-même.

Portalis admettait lui aussi la défense en ce qui concerne la femme, mais voulait la borner au complice de son crime ; son opinion ne prévalut pas et, la proposition ayant été mise aux voix, le texte de Tronchet fut adopté sans difficulté : l'incapacité de se remarier dont était frappée la femme adultère et elle seule, serait absolue.

Mais dans la séance du 22 fructidor an X (9 septembre 1802) (1), Tronchet, revenant sur ses propres dispositions, se rallia à la proposition de Portalis, en alléguant que « la disposition qui condamnerait la femme « adultère à ne plus *jamais* se remarier, fournirait une « excuse au libertinage de la femme. » En conséquence,

1. Locré. *Procès-verb. du Cons. d'Etat.*, tome 5, IX, nos 19. et 20.

et soutenu par Bigot-Préameneu qui partageait cette opinion, il fit voter l'article 68 édictant une incapacité restreinte au complice de la femme.

Enfin Treilhard, dans l'exposé des motifs soutenu dans la séance du Corps législatif du 30 ventôse an XI (21 mars 1803) (1), se rallia à cette opinion ; et M. Savoye Rollin, dans son rapport fait au Tribunat le 27 ventôse an XI (18 mars 1803) (2) nous confirma définitivement cette décision que la femme adultère ne doit pas épouser son complice.

II. — Une deuxième question non moins débattue avait été celle de savoir si l'incapacité ne devait atteindre que la femme, ou si on ne devait pas, par une réciprocité fort juste, l'appliquer également au mari.

Ici encore nous retrouvons la même question incidente : la prohibition, si elle était admise, serait-elle absolue ou relative ?

Le Conseil d'État, le 4 brumaire an X, décida, sans discussion et sur la proposition du premier consul, que le mari coupable d'adultère et contre lequel le divorce aurait été prononcé pour cette cause, pourrait en principe se remarier, sauf avec sa concubine. On se souvient que dans cette même séance l'incapacité de la femme avait été déclarée absolue. Or, dans une séance ultérieure, le 16 nivôse an X (6 janv. 1802) (3), M. Bé-

1. Locré. Tome 5, XII, n° 33.

2. Locré. Tome 5, XIII, n° 17.

3. Locré. Tome 5, VIII, nos 6 et 7.

ranger s'éleva contre cette situation privilégiée faite au mari : « La profanation du mariage ne mérite-t-elle « donc pas un châtement aussi sévère chez le mari « aussi bien que chez la femme ? » A quoi M. Boulay répondit que cette différence était fondée sur une distinction déjà adoptée : il fallait attacher les mêmes effets à tout adultère opérant le divorce, or celui de la femme l'opérait dans tous les cas, celui du mari au contraire ne l'entraînait que lorsqu'il avait tenu sa concubine dans la maison commune (1). Mais nous avons vu que cette différence disparut lorsque Tronchet fit restreindre l'incapacité de la femme au complice dans la séance du 22 fructidor an X.

C'est de toutes ces discussions qu'est sorti l'article 298 ainsi conçu : « Dans le cas de divorce admis en justice « pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra « jamais se marier avec son complice. » Cet article devait être conservé intact par la loi du 27 juillet 1834 encore en vigueur aujourd'hui sur ce point.

Notons en terminant que les auteurs du Code y avaient ajouté un second paragraphe : « La femme adultère « sera condamnée par le même jugement et sur la « réquisition du ministère public, à la réclusion dans « une maison de correction pour un temps déterminé, « qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder

1. V° art. 229 et 230 modifiés par la loi du 27 juillet 1834. Tripier et la note.

« deux années » ; texte aujourd'hui abrogé avec raison par la loi de 1834 (1).

§ 5. — LOI DU 8 MAI 1816, SUR L'ABOLITION DU DIVORCE.

La loi du 8 mai 1816 ayant aboli le divorce, abrogea du même coup l'article 298 qui n'avait plus sa raison d'être. Il semble donc que de 1816 à 1834 nous n'ayons pas à nous préoccuper de l'empêchement de mariage qui en résultait : la cause ayant cessé, l'effet ne se produisait plus.

Pourtant, sous l'empire du Code Napoléon et avant la loi de 1816, un certain nombre de divorces avaient été prononcés pour cause d'adultère, et la question qui se pose est celle-ci : fallait-il laisser subsister après la loi de 1816 l'empêchement de mariage résultant d'un article du Code abrogé ?

Deux opinions diamétralement opposées ont été proposées pour résoudre cette difficulté :

I. — La loi de 1816, disent les uns, a abrogé l'article 298, or un texte abrogé n'existe plus et ne peut

1. Proc.-verb. du Cons. d'Etat, 16 niv. an X. Loaré. Tome 5, VIII, nos 6 et 7. — Observ. de la sect. de législat. du Tribunal, 5 vendém. an XI. Loaré. Tome 5, X, n° 27.

continuer à régir des faits qui se placent sous l'empire d'une loi nouvelle. Par conséquent, les époux divorcés pour cause d'adultère, qui avaient perdu sous l'empire du Code civil la faculté de se remarier avec leur complice, ont recouvré cette faculté dès la promulgation de la loi de 1816 ; d'autant plus que la loi de 1816, étant une loi concernant l'état et la capacité des personnes, a dû saisir immédiatement tous les Français et lever une incapacité qu'elle ne reconnaît plus.

II. — A cela nous répondons, avec la majorité des auteurs, que l'empêchement de l'article 298 a dû continuer à subsister même après la promulgation de la nouvelle loi (1). L'article 298 fut abrogé, nous ne le contestons pas, il fut abrogé avec le titre entier du divorce et dans l'avenir le divorce fut supprimé avec toutes ses conséquences. Mais les divorces antérieurs furent maintenus avec tous leurs effets ; la loi de 1816 ne touche pas au passé, c'est ce qui résulte par *a contrario* de l'article 2 de cette loi. Or, l'empêchement de mariage édicté par l'article 298 était considéré comme « effet du

1. En ce sens : Toullier. T. I, n° 555. Vazeille. T. I, n° 103. Duranton. T. II, n° 177. Demolombe. T. III, n° 125. Delvincourt. T. I, p. 308. Pezzani, *Empêch. de Mar.*, n° 553 et suiv. Valette sur Proudhon. T. I, p. 407. Duvergier. *Rev. de dr. fr. et étr.*, t. II, p. 24. Marcadé. T. I, n° 560. Zachariæ, Aubry et Rau. T. IV, p. 74. Paris, 14 juin 1847. *Contra* : Dalloz. T. X, p. 49.

divorce », ainsi que le prouve la rubrique du chapitre où il se trouve placé dans la matière du divorce ; donc il fut maintenu par la loi même qui abrogea le divorce pour l'avenir. Ainsi donc, l'époux coupable d'adultère et divorcé conformément aux règles du Code Napoléon, n'aurait pas pu, même depuis 1816, épouser son complice, quoique l'époux innocent fût décédé.

III. — Une troisième opinion, que nous ne pouvons passer sous silence, aboutit à la même solution, mais en se fondant sur un motif d'un ordre tout différent. Elle part de ce principe que la société doit sauvegarder les bonnes mœurs et qu'elle manquerait à son devoir en permettant à un délit de recevoir sa récompense dans le mariage et en n'empêchant pas une union scandaleuse. Reste à savoir si c'est un scandale que de permettre à celui dont l'adultère a causé le divorce, de régulariser sa situation et de réparer sa faute en épousant son complice.

C'est ce que nous allons rechercher dans notre seconde partie, en abordant l'étude proprement dite de l'empêchement de mariage entre complices d'adultère tel qu'on le conçoit de nos jours.

Deuxième Partie

L'EMPÊCHEMENT DE MARIAGE ENTRE COMPLICES D'ADULTÈRE DANS LA LOI ACTUELLE ÉTUDE CRITIQUE

Ce sera toujours une question délicate en législation que de savoir si l'on doit autoriser le mariage entre l'époux coupable d'adultère et son complice. Cette question qui, la plupart du temps, ne se pose qu'en ce qui concerne la personne de la femme coupable, peut théoriquement recevoir plusieurs solutions distinctes :

1) Ou la défense de se remarier faite à l'époux coupable est générale et absolue, et alors l'époux adultère ne peut jamais se remarier avec qui que ce soit : tel est, avons-nous vu, le cas de la législation romaine.

2) Ou la défense est relative et restreinte au mariage avec le complice : l'époux adultère peut alors se remarier avec quiconque, sauf avec son complice.

3) Ou la défense est non seulement restreinte au complice, mais encore limitée en ce qui concerne les cas où on doit l'admettre entre l'époux coupable et le complice : l'époux adultère ne peut alors épouser son complice, mais pour que l'empêchement au mariage prenne naissance, il faut que l'adultère ait été précédé ou suivi de tel ou tel événement prévu et déterminé par la loi. C'est le système canonique, c'est le système de l'article 298 actuel.

4) Ou cette défense n'existe pas et l'époux coupable d'adultère a toute liberté pour épouser qui bon lui semble, son complice aussi bien qu'un autre.

5) On peut enfin concevoir un dernier système, du reste impossible à mettre en pratique dans bien des cas, et qui forcerait dans une certaine mesure l'époux adultère et son complice à contracter une union reconvenue nécessaire.

Quel est le meilleur de ces systèmes et pour quelles raisons? C'est ce que nous allons nous efforcer de démontrer au milieu des opinions diverses et des solutions contradictoires émises à ce sujet.

Nous partons d'un texte et d'un texte unique, l'article 298 du Code civil : « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. »

Le sens de cette disposition n'est pas susceptible de recevoir deux interprétations : c'est la prohibition du mariage avec le complice, dans le seul cas où le divorce aura été prononcé pour cause d'adultère, prohibition qui s'applique au mari aussi bien qu'à la femme.

Si simple et si équitable qu'elle paraisse à première vue, il n'en est pas moins certain que cette disposition de la loi part d'un principe faux et qu'elle n'atteint pas son but. Nous ne pouvons la conserver dans nos lois et sa modification elle-même serait déplorable. Selon nous, il n'est qu'une solution possible, c'est l'abrogation pure et simple d'un texte qui n'a plus aucune raison d'être dans l'état actuel de notre législation, de notre jurisprudence et de nos mœurs.

Il faut abroger l'article 298 du Code civil : voilà ce que nous voulons prouver, en cherchant à démontrer :

1. Que les raisons sur lesquelles on le fonde, ont une autorité fort contestable en face des raisons supérieures qu'on peut arguer en sens contraire;

2. Que son application donne lieu dans la plupart des cas à des complications et à des controverses sans fin.

3. Que les tendances actuelles lui sont ouvertement hostiles.

CHAPITRE I

Réfutation des raisons sur lesquelles est fondé l'article 298.

Quelque valeur que puissent avoir les raisons que l'on allègue en faveur de l'article 298, raisons de moralité, d'équité, d'utilité sociale, il n'en est pas moins vrai qu'on peut formuler à l'encontre de cette disposition trois griefs directement inverses :

- 1° L'article 298 est immoral.
- 2° L'article 298 est injuste.
- 3° L'article 298 est inutile.

§ 1. — L'ARTICLE 298 EST IMMORAL

Les partisans de l'article 298 s'efforcent à voir en lui une mesure de haute moralité intéressant avant tout

l'ordre public. Rien de plus moral, dit-on, que l'empêchement au mariage qu'il consacre, car ce serait un scandale affligeant pour la morale publique que de voir l'époux dont l'adultère a causé le divorce, épouser son complice, et la société a un intérêt supérieur au maintien de cette prohibition, car elle empêche que la faute qui a occasionné la prononciation du divorce ne reçoive sa récompense.

Supprimer cette prohibition c'est, dit-on, donner une prime à l'inconduite et encourager la formation de relations adultères, non seulement en assurant l'impunité aux complices, mais en les récompensant de leur faute et en leur fournissant le moyen dangereux de régulariser plus tard leur situation coupable ; c'est encourager le vice, en leur donnant la tentation de se rendre libres par un crime. Supprimer cette prohibition, c'est vouloir multiplier les divorces en engageant en quelque sorte l'époux coupable à commettre sa faute au grand jour, avec la protection de la loi, c'est vouloir que les époux recherchent dans l'adultère le moyen de dissoudre les liens qui les unissent, pour se rendre libres de contracter une union scandaleuse.

Quelque bien fondée que paraisse cette doctrine, nous ne pouvons l'admettre. Rien de plus moral, dit-on, que l'empêchement au mariage entre complices d'adultère ! Rien de plus immoral, répondons-nous. On craint que la suppression de cette disposition ne fournisse une prime à l'adultère, on craint qu'elle n'encou-

rage les relations coupables et qu'elle n'augmente le nombre des divorces ! Comment n'a-t-on pas vu que le seul effet qu'elle consacre est au contraire de perpétuer le scandale et de mettre obstacle, lorsque l'adultère a été la cause du divorce, à la seule réparation qui lui soit possible. C'est ce que nous allons discuter en passant en revue les différentes raisons de moralité qui s'opposent au maintien de l'article 298. Selon nous, la suppression de cet article rendrait hommage à la morale à un double point de vue :

- 1) En diminuant les adultères dans la mesure du possible.
- 2) En permettant la régularisation d'une situation fautive créée par l'adultère et partant immorale.

I. — *Abroger l'article 298 c'est faire œuvre morale en diminuant les adultères.* Beaucoup d'auteurs pensent le contraire. Si vous abrogez l'article 298, disent-ils, et si vous laissez aux coupables la perspective d'un mariage, vous multipliez les adultères parce que vous avez encouragé les passions coupables et les calculs les plus cupides. Des gens peu scrupuleux, mécontents de la situation qui leur a été réservée par le sort, feront en quelque sorte profession de détourner les personnes mariées de leur devoir, ils chercheront à les entraîner dans des adultères qu'ils afficheront au grand jour, et lorsqu'ils seront parvenus à mettre la démoralisation et la discorde dans les familles, et à provoquer le divorce qui doit les

enrichir, ils viendront se mettre sous la protection de la loi et réclamer de leur victime le titre ou la fortune qui sera la récompense de leur faute.

A l'inverse, quand l'un des époux trouvera que son conjoint n'a pas une fortune ou une situation mondaine suffisante pour satisfaire son ambition, il tentera de séduire une personne plus riche ou mieux placée dans le monde, l'adultère et le divorce s'en suivront presque infailliblement et l'époux coupable, épousant son complice, aura atteint le but illicite que le législateur aura encouragé.

Que répondre à de semblables allégations ?

Croit-on d'abord que l'époux doive infailliblement succomber aux sollicitations qui lui sont faites, et en admettant même des intentions coupables chez une personne mariée, faut-il décider qu'elle succombera plus facilement si la loi lui laisse la faculté d'épouser plus tard son séducteur ?

S' imagine-t-on un époux se réjouissant à l'avance de sa faute et la commettant uniquement dans le but d'épouser plus tard la personne par laquelle il se sera laissé entraîner. Que certaines gens puissent convoiter la fortune des personnes mariées, nous ne pouvons le nier, mais est-ce une raison pour en conclure que l'époux séduit doit trouver une « récompense » dans la loi qui permettra plus tard à son séducteur de l'épouser. Du reste, les séducteurs et les coureurs de dot s'attaquent-ils nécessairement aux personnes mariées ? Cha-

que jour nous apporte de nombreux exemples du contraire. Si c'est l'époux qui a recherché l'adultère, rien ne nous prouve qu'il doive choisir comme complice une personne plus riche et d'une condition plus élevée que la sienne. Et, en admettant même que sa cupidité ait été la cause de l'adultère, peut-on affirmer que le complice ne reculera pas devant le mariage ?

Non, l'adultère, surtout chez la femme, sera presque toujours le fruit d'une de ces passions violentes où l'ambition et la cupidité n'ont aucun rôle, et, au moment de commettre sa faute, l'époux s'inquiètera peu de savoir si plus tard il lui sera loisible d'épouser son complice. L'heure de la passion n'est pas celle de la réflexion, et, dans ces moments d'inconscience, quel pouvoir et quelle influence peut-on reconnaître aux textes de loi. Mais est-ce une raison, si l'époux a commis une faute, et si cette faute a entraîné le divorce, pour décider que cette faute sera à tout jamais irréparable, et, en admettant même que l'époux ait pu s'apercevoir à temps de l'irréparable de sa faute, croit-on que ce serait là une raison suffisante pour l'arrêter.

Nous n'avons pas la prétention de vouloir supprimer les adultères, mais nous sommes convaincu que la suppression de l'article 298 les diminuera dans une notable proportion. De deux choses l'une en effet : ou la personne mariée qui est sur le point de commettre un adultère agit dans un moment irraisonné, et alors nous venons de voir que la loi n'aura aucune influence sur sa

détermination ; ou bien cette même personne aura eu le temps de la réflexion, et alors, si non seulement sa conscience, mais encore le scandale et la perspective d'un divorce toujours pénible, surtout en cette matière, ne sont pas suffisants pour l'arrêter, nous sommes certain qu'elle se laissera toucher par une considération qui, pour être d'un ordre moins élevé, n'en aura pas moins une influence bienfaisante, par la responsabilité que sa faute pourra lui faire encourir. Veut-on diminuer les adultères ? Qu'on accumule les responsabilités sur la tête des coupables ; parmi ces responsabilités il en est une et non la moindre, c'est la perspective d'un mariage entre les complices : « Je suis profondément convaincu, disait M. Gatineau, à la Chambre des députés (1), que les séducteurs qui auront en perspective le mariage avec leur complice se laisseront en temps utile arrêter par un esprit de sage et prudente réserve. »

L'article 298, comme mesure préventive, ne sert donc absolument à rien ; sa suppression aurait, tout au moins à ce point de vue, le mérite de produire quelque effet.

II. — *Abroger l'article 298 c'est faire œuvre morale en permettant la régularisation d'une situation fautive.* Qu'on abroge l'article 298 ou qu'on le maintienne dans nos lois, il n'en est pas moins vrai qu'on ne suppri-

1. Séance du 8 mai 1882. Chambre *in extenso*. *Journ. off.*, t. I, 1882.

mera jamais l'adultère ; ceci étant, pourquoi vouloir s'obstiner à refuser aux coupables la seule réparation de leur faute qui leur soit possible ?

Parce qu'on ne veut pas que l'époux coupable puisse trouver dans le jugement qui le condamne « un titre et un moyen de satisfaire une passion coupable » ! (1) D'accord, si ce même jugement pouvait empêcher toute relation entre les coupables après la prononciation du divorce ; mais puisqu'il ne le fait pas et qu'il ne pourra jamais le faire, quel intérêt peut-on avoir à interdire le retour des complices à une condition régulière.

On ne veut pas que l'adultère puisse être la cause première d'une seconde union ; mais refuser ce second mariage aux complices et conserver dans nos lois la disposition de l'article 293, n'est-ce pas consacrer législativement le concubinage et lui permettre de s'exercer au grand jour ? Doit-on admettre que, puisque l'on ne peut pas supprimer l'adultère, il faille encourager les relations illégitimes hors mariage ; est-ce là ce que l'on proclame si hautement faire œuvre morale ?

Du reste, du moment où nos législateurs ont rétabli le divorce dans nos lois, pourquoi faire une restriction à la règle qui permet à l'époux divorcé de contracter une nouvelle union ? Mieux vaudrait supprimer le divorce lui-même que de supprimer ce que l'on peut considérer en quelque sorte comme sa réhabilitation.

1. Treilhard. Corps législatif. Séance du 30 ventôse an XI.

En admettant l'adultère comme cause première du divorce, la loi veut mettre fin à une situation immorale ; en prohibant le mariage subséquent des complices, elle encourage la perpétuité de cet état qu'elle a cru faire cesser. « Le divorce provoqué et prononcé pour cause d'adultère, c'est la volonté et le moyen de faire cesser un état scandaleux. Or si vous édictez d'une manière définitive que celui contre lequel le divorce a été prononcé pour adultère, ne pourra épouser son complice, c'est comme si vous écriviez dans la loi que le scandale ne peut cesser, qu'il doit se perpétuer » (1).

§ 2. — L'ARTICLE 298 EST INJUSTE

Au bout d'un délai plus ou moins long après la dissolution du mariage, quelle va être la situation des époux divorcés pour adultère ? L'époux en faveur duquel le divorce aura été prononcé se sera remarié et aura fondé une nouvelle famille ; son premier conjoint lui deviendra complètement étranger.

Quant à l'époux coupable, de deux choses l'une, ou il aura cessé toute relation avec son complice d'adultère

1. Discours de M. Jolibois. Séance du 8 mai 1882. Chambre, *in extenso*, Journ. off., t. I, 1882.

et la disposition qui lui interdit le mariage restera lettre morte, ou il s'unira ouvertement à son complice et la loi lui interdira à tout jamais de régulariser sa situation.

Que deviendront les enfants issus de ce commerce que la loi favorise ? Ils ne pourront pas être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, ils ne le pourront jamais, même pas après le décès du conjoint trompé. Et pourtant ces enfants qui ont peut-être été conçus et sont nés plus de 300 jours après la transcription du jugement de divorce, nul ne peut les qualifier d'adultérins et en conséquence ils devraient pouvoir être légitimés comme tous les enfants naturels simples.

Et c'est cette loi inhumaine qui a cru faire œuvre de justice et qui va faire supporter une fois de plus à des innocents le poids de la faute de leur père ; c'est cette loi inique qui a cru faire œuvre morale et qui crée volontairement une nouvelle catégorie d'enfants naturels dont le front portera à tout jamais le « stigmate indélébile de la bâtardise ».

Cette conséquence inévitable de l'article 298 suffirait à elle seule pour rendre odieuse une disposition qui n'a par elle-même aucune influence bienfaisante. A une époque où l'on s'inquiète si justement d'améliorer progressivement la condition des enfants naturels, est-il rationnel de conserver dans nos lois un article qui édicte contre eux une incapacité dont ils ne pourront jamais se relever. Non, l'abrogation de l'article 298 est

nécessaire ; il est injuste, cela suffit pour le rendre odieux.

§ 3. — L'ARTICLE 298 EST INUTILE.

Passons en revue les quelques raisons que l'on pourrait nous objecter en faveur de l'utilité de l'article 298.

Cette disposition a-t-elle quelque efficacité pour empêcher la faute ? Nous avons vu que, bien au contraire, l'absence totale de responsabilité qui en découle, contribuera dans une large mesure à l'augmentation du nombre des adultères. Efface-t-elle la faute lorsqu'elle est commise ? Non, pas plus, il est vrai, que ne l'effacerait l'abrogation de l'article 298. Mais ce que l'article 298 ne fera jamais disparaître et ce que son abrogation aura pour résultat d'effacer, ce sont les conséquences mêmes de cette faute, lorsqu'on admettra qu'elle sera réparable.

A qui profite cette prohibition ? A la société ? Nous avons tenté de montrer qu'elle a un intérêt manifeste à sa disparition. A l'époux outragé ? On l'a affirmé, et M. Demolombe lui-même ne craint pas de dire : « La loi n'a pas voulu qu'à l'outrage résultant de l'adultère, on pût, après le divorce, ajouter l'outrage résultant d'un

mariage qui serait en quelque sorte le prix de l'infidélité et qui semblerait lui donner la conséquence de la légitimité » (1). Mais qu'importe donc à l'époux outragé, dès l'instant où la loi reconnaît à son ancien conjoint la faculté de se remarier, que lui importe que ce soit avec son complice plutôt qu'avec tout autre. La prohibition a du reste été si peu créée à son profit, que la jurisprudence ne lui accorde même pas le droit de faire opposition à ce mariage, si les coupables avaient l'intention de le faire célébrer au mépris de la loi (2). L'époux innocent n'en conservera-t-il pas moins l'outrage qui lui a été fait par l'adultère ? Que lui importe donc que son ex-conjoint vive au grand jour en état de concubinage avec son complice, ou cherche dans le silence à réparer sa faute par un mariage légitime.

Si l'on veut à tout prix reconnaître une utilité quelconque à l'article 298, nous serions tenté de croire qu'il ne profite réellement qu'aux personnes contre lesquelles la loi a cru prononcer un châtement, c'est-à-dire aux complices. Comment n'a-t-on pas vu en effet que défendre le mariage au complice d'adultère de la femme, c'est la plupart du temps lui assurer l'impunité (3). Mais de ce qu'il considérera souvent le mariage avec l'épouse adultère comme une peine, doit-il en résulter qu'on doive le lui défendre ?

1. Demolombe. C. C. IV *bis*, n° 332.

2. *Cf. infra*. Ch. II, § 3.

3. Marcadé. T. I, p. 678 et 679.

Du reste, en admettant le bien fondé de cette défense, est-on certain qu'elle fasse réellement obstacle au mariage qu'elle veut empêcher ? Il est de toute évidence que si les complices n'ont jamais eu l'intention de s'épouser, l'article 298 ne sert à rien ; si au contraire ils veulent régulariser plus tard leur situation par un mariage, nous verrons qu'il leur est loisible d'éluder les dispositions de la loi à ce sujet et que les tribunaux leur fourniront les moyens de contracter une union légitime : ici encore l'article 298 sera inutile.

Quel sera enfin le résultat de l'abrogation de l'article 298 ? Verra-t-on entre complices d'adultère une augmentation sensible d'unions légitimes ? Nous ne le croyons pas ; mais même en admettant avec les partisans de cet empêchement, que sa suppression entraîne une augmentation notable des mariages, serait-ce un grand mal à une époque où l'on constate un si grand nombre d'unions irrégulières et où l'on parle avec tant d'effroi de dépopulation.

CHAPITRE II

Complications auxquelles donne lieu l'application de l'article 298.

L'empêchement de mariage résultant de l'article 298 est-il d'une application aussi simple que paraissent le faire supposer les termes de l'article ? Nous allons voir qu'en droit comme en fait, les complications sont nombreuses et nous trouverons ici une nouvelle raison de conclure à son abrogation. Nous rechercherons :

1° Quels sont les cas où, d'après le texte actuel, l'adultère fera naître un empêchement à un mariage postérieur ;

2° En nous plaçant dans l'hypothèse exacte prévue

par la loi, nous examinerons les difficultés que soulève la recherche du complice, et, le complice étant connu, nous nous demanderons comment on pourra empêcher son mariage avec l'époux adultère : ce sera pour nous l'occasion de montrer la défaveur que l'article 298 a trouvée auprès de nos tribunaux ;

3° La question de savoir qui peut faire opposition au mariage projeté entre les deux complices crée une nouvelle source de difficultés ;

4° Enfin, lorsque le mariage aura été célébré au mépris de la prohibition, quel sera son sort : devra-t-on le maintenir ou l'annuler ? En d'autres termes, l'empêchement de l'article 298 est-il dirimant ou prohibitif.

§ 1. — DANS QUELS CAS L'ADULTÈRE FERA-T-IL NAÎTRE UN EMPÊCHEMENT AU MARIAGE.

A première vue, l'article 298 semble édicter une prohibition de mariage aussi générale que possible entre les personnes coupables d'adultère. C'est du reste une erreur que l'on commet fréquemment dans le monde, que de croire que l'adultère est toujours un empêchement de mariage.

Etant donnés les motifs qui ont donné naissance à

l'article 293 et les raisons qui nous en sont fournies par les travaux préparatoires, il y aurait lieu de croire en effet à une disposition aussi large que possible. Et c'est à bon droit que l'on peut s'étonner de voir surgir un nombre considérable de restrictions dans un texte qu'on n'a pas craint de qualifier d'« ordre public ». Puisque le législateur avait des raisons suffisantes pour créer la disposition de l'article 293 et pour défendre le mariage entre complices d'adultère, il eût été tout au moins rationnel de le leur défendre dans tous les cas.

Quoi qu'il en soit, telle n'a pas été l'opinion de la loi, qui se contente de décider, nous ne savons trop pour quelle raison : l'époux coupable d'adultère ne pourra jamais épouser son complice « dans le cas où le divorce aura été admis en justice pour cause d'adultère ». Autrement dit, loin d'être générale, la prohibition est restreinte à un seul cas, quand l'adultère aura été la « cause légale » du divorce.

Quelles hypothèses a en vue cette disposition et que faut-il entendre ici par « cause légale » de divorce ?

Cette cause légale est celle qui résulte des articles 229 et 230 du Code civil : « Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme. — La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari. »

Il faut, pour que l'adultère soit considéré comme « cause légale » du divorce et par suite empêche le mariage entre les complices, que le tribunal ait pro-

noncé le divorce pour adultère et non pour telle ou telle cause admise par la loi. Solution rationnelle d'ailleurs, mais dont l'application stricte entraînera parfois à des résultats contraires au but que le législateur s'est proposé d'atteindre.

Supposons que le tribunal, tout en se basant sur un ensemble de circonstances impliquant l'adultère, prononce le divorce pour injures graves, qu'advient-il de la prohibition ? Elle ne sera pas applicable, car la cause légale du divorce n'aura pas été l'adultère. Cette hypothèse pouvait se rencontrer fréquemment sous l'empire du Code Napoléon, avant que la loi de 1884 ne soit venue établir, au point de vue du divorce, l'assimilation complète entre l'adultère du mari et celui de la femme. On sait en effet qu'à cette époque l'article 230 ne faisait point de l'adultère du mari une cause de divorce, lorsqu'il n'avait pas tenu sa concubine dans la maison commune ; mais on n'ignore pas que la jurisprudence le considérait comme une injure grave (1). En ce sens fut notamment prononcé à la cour de cassation (2), le 24 mai 1892, un réquisitoire tendant à prouver que l'adultère, lorsqu'il est considéré comme injure grave, ne fait pas naître l'empêchement de l'article 293.

L'hypothèse était la suivante : Un jugement du tribunal

1. Lyon, 3 juin 1890 ; Sirey, 91, 2, 246. — Bruxelles, 23 janv. 1882.

2. Cass. req, 24 mai 1892 ; Sirey, 92, 1, 299.

de Lyon, du 14 août 1886, avait converti en divorce une séparation de corps prononcée le 1^{er} février 1883, entre les époux Folliet pour cause d'injures graves de la part du mari ; et un arrêt de la cour d'appel de Lyon, du 3 juin 1890, avait déclaré valable le mariage contracté entre l'époux divorcé et sa concubine, alors qu'il était manifeste que le divorce, bien que prononcé pour injures graves, eût pour cause l'adultère du mari avec la même femme :

... Attendu, disait l'arrêt, que le divorce des époux « Folliet a été admis pour cause d'injures graves de la part du mari ; — Que dès lors, il n'est point juridiquement établi que le divorce ait été admis en justice pour cause d'adultère ; — Que sans cette condition essentielle, il est impossible d'invoquer l'application de l'article 298 susvisé... etc. ». Dans ces conditions le mariage fut maintenu entre les deux complices.

La plaignante s'étant pourvue en cassation, alléguant la violation de l'article 298, la Cour la débouta de sa demande : « Attendu que, si ces deux jugements visent des relations ostensiblement entretenues par le mari avec une concubine hors de la maison commune, la cause légale de la séparation de corps et du divorce qui l'a suivie n'était, d'après les termes exprès de l'un et l'autre jugements et n'avait pu être, vu l'époque où les faits s'étaient produits (antérieurement à la loi du 27 juillet 1884), que l'injure grave. D'où il suit qu'en

« décidant que l'article 298 C. C. ne pouvait être invoqué dans la cause, l'arrêt attaqué, loin de violer cet article, en a fait une exacte application.... »

Juridiquement parlant, et en s'en tenant aux termes stricts de la loi, il est manifeste qu'on ne peut invoquer à l'encontre de ces deux arrêts, une fausse interprétation de l'article 298. Lorsqu'un divorce est prononcé pour injures graves, il est de toute évidence que, même dans notre hypothèse, la base « légale » du divorce ne peut être que l'injure grave et que par conséquent l'application de l'article 298 devient impossible en droit.

Mais n'en est-il pas moins vrai, qu'en fait, les deux arrêts mentionnés sont directement en opposition avec l'esprit de la loi, puisque l'article 298 a été écrit pour empêcher un résultat qu'ils consacrent. Si, en droit, l'adultère n'est pas ici « cause légale » du divorce, n'en est-il pas moins la « cause de fait » : « Attendu, dit l'arrêt, que ces deux jugements visent des relations ostensiblement entretenues par le mari avec une concubine hors de la maison commune... »

On voit à quels résultats inattendus nous conduit cette jurisprudence. Quand, antérieurement à la loi de 1884, le mari avait tenu sa concubine dans la maison conjugale, le divorce était prononcé contre lui pour cause d'adultère et il ne pouvait plus tard épouser sa complice ; s'il avait au contraire entretenu ses relations adultères hors du toit conjugal, le divorce était prononcé contre lui pour injures graves et il pouvait épou-

ser sa concubine, bien que l'adultère ait été commis et prouvé, et ceci malgré l'article 293. Nous voilà donc réduits à voir l'application d'une disposition qualifiée d'ordre public à la merci d'une question vraiment peu digne d'être prise en considération.

Aujourd'hui la solution serait exactement la même si le tribunal, ayant constaté dans la conduite de l'époux défendeur en divorce certains indices de nature à rendre très vraisemblable l'adultère, ne les avait considérés que comme des injures graves.

Il est probable que le législateur n'a pas songé à ces différents cas, mais la jurisprudence ne doit-elle pas, autant que faire se peut, combler les lacunes de la loi et suppléer à son insuffisance ?

Nous voilà donc amené à décider que, pour faire naître l'empêchement au mariage de l'article 298, trois éléments essentiels sont indispensables : 1° un adultère ; 2° un divorce ; 3° une corrélation étroite entre ces deux éléments dont l'un aura été la cause légale de l'autre.

En dehors de l'hypothèse signalée plus haut, nous allons voir que ces trois conditions rendent presque impossible en fait l'application de l'article 298. L'adultère aura bien été constaté, officiellement reconnu, les complices seront publiquement désignés soit dans le jugement correctionnel, soit dans le jugement civil prononçant le divorce, mais la prohibition de mariage ne les atteindra pas, faute d'existence de cause légale.

I. — Et d'abord l'empêchement ne s'appliquera pas au cas où le mariage aura été dissous par la mort de l'époux trompé. La prohibition de l'article 298 n'a en effet été édictée qu'en prévision du divorce.

Nous comprenons dans une certaine mesure cette distinction, quand l'époux innocent est décédé avant d'avoir introduit une demande en divorce.

Mais quand l'époux outragé a demandé le divorce, nous retombons sous la prohibition de l'article 298 et l'empêchement de mariage devrait subsister dans tous les cas, même après sa mort. Or, rien n'est moins certain. Voilà par exemple un conjoint qui intente une action en divorce pour adultère ; le délit est prouvé, le complice connu et le jugement prononce le divorce conformément aux conclusions du demandeur. L'article 298 va s'appliquer, dira-t-on, et la prohibition subsistera après la mort de l'époux innocent. On pourrait le croire. Pourtant, supposons que cet époux vienne à mourir après que le jugement ou arrêt de divorce ait été rendu, mais avant sa transcription sur les registres de l'état civil. Nous savons que, conformément à l'article 244 alinéa 3, ce jugement sera non avenu ; il en résultera la conséquence suivante : l'adultère quoique prouvé, le divorce quoique prononcé pour adultère ne mettront pas obstacle au mariage des complices, car la cause légale de la dissolution du mariage n'aura pas été l'adultère. Voilà donc notre prohibition qui s'appliquera ou non suivant l'époque de la mort du conjoint outragé : on la subor-

donnera à une question de jours, à une question d'heures.

Mais, nous répondra-t-on, quoi de plus naturel, puisque l'époux est mort le mariage durant encore, puisque c'est de la transcription et non pas du jugement que résulte définitivement le divorce. D'accord, mais l'adultère n'en a-t-il pas moins été prouvé, les complices n'en sont-ils pas moins connus et la morale n'en a-t-elle pas moins été atteinte? Et du moment que l'article 298 est une disposition de « haute moralité », doit-on en subordonner l'application à tel ou tel événement fortuit et imprévu?

Quoi qu'il en soit, le principe est certain, les complices d'adultère peuvent contracter mariage ensemble lorsque la première union se dissout par la mort de l'époux innocent. C'est là ce qui ressort clairement du texte de l'article. Est-ce conforme aux intentions du législateur? Nous n'oserions pas l'affirmer. Pourquoi deux résultats différents pour une même cause?

II. — L'empêchement ne s'appliquera pas quand une *condamnation aura été prononcée contre les complices*, si le divorce n'a pas été demandé pour adultère. Ainsi, l'un des époux et son complice ont été poursuivis et condamnés pour adultère devant les tribunaux correctionnels. Si après cette condamnation le mariage se dissout par la mort de l'époux innocent, l'empêchement ne s'appliquera pas, car il n'aura jamais pris naissance.

Bien plus, si un certain temps après cette condamnation pour adultère, l'époux outragé intente contre son conjoint une action en divorce fondée sur une autre cause que cet adultère, pour excès, sévices, injures graves par exemple, pour un autre adultère même, l'empêchement n'existera pas davantage parce que l'adultère n'aura pas été la cause légale du divorce. Et pourtant, dans ces deux hypothèses, on ne pourra pas nier que les complices aient été ouvertement désignés et le scandale publiquement connu par les débats correctionnels.

III. — L'empêchement ne s'appliquera pas au *cas de séparation de corps*. La défense de se remarier avec le complice est-elle applicable au cas de séparation de corps prononcée pour cause d'adultère? Nous touchons ici à une question vivement controversée en doctrine; néanmoins la plupart des auteurs optent pour la négative (1).

Non, dit-on, l'empêchement ne doit pas s'appliquer à la séparation de corps, car les empêchements sont de

1. Marcadé. T. I, n° 560. T. II, p. 45. — Aubry et Rau, § 463, texte et note 9. — Duranton. T. II, n° 179. — Toullier. T. I, n° 555. — Dalloz. V° *Mariage*, n° 251. — Cpr. Laurent. T. II, n° 167. — Arrêt de Toulouse, 10 juin 1852. Dalloz. *Recueil périodique*, 1852, 2, 169. Cpr. Demolombe. T. III, p. 172, n° 126. — *Contra*: Delvincourt. T. I, 309. — Pezzani, nos 548 et suiv. — Cpr. Vazeille, n° 103. — Zachariæ, § 468, n° 9.

droit strict et on ne peut étendre une prohibition sans un texte formel. En second lieu, les motifs de décider ne sont pas les mêmes dans les deux cas. Quelles sont en effet les raisons justificatives de l'article 298 ? Motifs de décence, de moralité, de répression ; on veut empêcher que l'époux adultère ne se rende libre par une faute et ne reçoive en elle sa récompense : or, ce danger n'est pas à craindre en cas de séparation de corps puisqu'elle ne rompt pas le lien conjugal. Effectivement ; mais si le conjoint séparé vient à mourir, son conjoint devenu libre pourra-t-il épouser son complice ? Pas davantage, répondrons-nous, dans l'état actuel des textes, car ici encore l'adultère n'aura pas été la cause légale d'un divorce, mais bien d'une séparation de corps. Faute de texte, on ne peut étendre la prohibition.

Et pourtant, les raisons de décider ne sont-elles pas identiquement les mêmes dans les deux cas ? L'adultère a été prouvé, il a été admis comme « cause légale » de la séparation des époux, le mariage entre les complices devrait logiquement être impossible. Pourquoi la séparation de corps a-t-elle été prononcée plutôt que le divorce ? Parce que l'époux offensé a introduit sa demande en ce sens. Ce fait empêche-t-il l'époux coupable d'avoir commis la faute qu'on lui reproche ? Et cette faute devient-elle moins grave sous prétexte que les convictions religieuses de l'époux innocent lui interdisaient de recourir au divorce ? L'injure faite à l'époux et le scandale public qui en résulte ont-ils donc une

portée moins grande parce que la séparation de corps aura été prononcée au lieu et place du divorce ! L'illogisme et l'inconséquence de la loi sont flagrants.

IV. — L'empêchement s'appliquera au contraire dans le cas de conversion de la séparation de corps en divorce. Nous savons que l'article 310 du Code civil dispose dans son paragraphe 1 : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux. » Si donc nous supposons que la séparation de corps ait été prononcée pour cause d'adultère et que, trois ans plus tard, elle soit convertie en divorce sur la demande de l'un ou de l'autre des conjoints, quel effet l'article 298 produira-t-il sur ce jugement ? Deviendra-t-il applicable ? La grande majorité des auteurs l'affirme (1) en se basant sur cette considération que le jugement de séparation ne peut être converti en jugement de divorce que pour les faits anciens qui ont primitivement motivé la séparation : or, la cause de séparation ayant été l'adultère, le même adultère devient, par le moyen de la conversion, cause légale du divorce et l'on retombe dans l'hypothèse prévue par l'article 298.

Evidemment cette solution paraît des plus rationnelles ; mais est-elle absolument conforme à l'esprit de la loi ? Nous retombons dans le cas prévu par l'article 298,

1. Dalloz. *Rép. Suppl.* T. I, 1887, p. 326.

fort bien, et les tribunaux devront en faire l'application en empêchant le mariage entre les complices.

Mais pourquoi alors le législateur de 1884 a-t-il accordé la faculté de demander la conversion, même à l'époux coupable ? N'est-ce pas précisément pour chercher à l'empêcher de vivre en concubinage (1) ? Pourquoi dès lors l'article 298 vient-il lui retirer une faculté que lui donne l'article 310 ?

En définitive, l'article 298 trouvera son application beaucoup plus rarement qu'on ne pourrait le croire à première vue ; il ne s'appliquera que dans un cas, lorsque « le divorce » aura été prononcé « pour adultère ». Et dans ce cas unique, il subsistera même après la mort de l'époux outragé car, dit-on, c'est une mesure qui n'est pas prise uniquement dans l'intérêt de celui-ci, mais dans l'intérêt de la société tout entière. Etrange protection du reste que celle qui n'intervient que dans une seule hypothèse : du moment que l'on considère la perspective du mariage entre complices d'adultère comme un mal social et sa prohibition comme un châtement, pourquoi ne pas l'appliquer rigoureusement dans toutes les circonstances où cela serait possible.

Même ainsi atténuée, la prohibition de la loi paraît encore trop étendue, et nous allons voir que les tribunaux trouvent encore moyen de la restreindre.

1. Planiol, t. III, n^{os} 745 et 748.

§ 2. — COMMENT CONNAITRA-T-ON LE COMPLICE ? LES TRIBUNAUX APPLIQUENT-ILS RÉGULIÈREMENT L'ARTICLE 298.

Nous avons vu qu'il est nécessaire, pour que la prohibition de l'article 298 puisse se produire, que la cause légale du divorce prononcé par le tribunal civil soit l'adultère.

Admettons que nous nous trouvions dans l'hypothèse exacte de la loi : le divorce a été prononcé en justice « pour cause d'adultère ».

L'époux coupable va-t-il nécessairement tomber sous le coup de l'article 298 ? Nécessairement, non ; car en outre de la « cause légale » telle que nous l'avons définie, il faut, pour que l'empêchement prenne naissance, que l'on puisse établir d'une façon certaine que l'adultère a été « commis avec la personne que l'époux coupable se propose d'épouser. »

Comment l'officier de l'état civil requis de procéder à la célébration du mariage, saura-t-il que les futurs époux se trouvent dans le cas prévu par l'article 298 ? Comment, en d'autres termes, pourra-t-il connaître le complice ?

Disons de suite qu'il le pourra de deux façons principales, soit en se référant au jugement de divorce, soit en se reportant à un jugement correctionnel antérieur.

Ces deux cas doivent être examinés séparément, le premier surtout faisant naître quelques difficultés de principe.

I. — Nous disons d'abord que l'officier civil pourra se reporter au *jugement qui a prononcé le divorce*. Sa première mission en effet, lorsqu'il est requis de procéder aux publications et à la célébration d'un mariage, est de s'assurer qu'il n'existe aucun empêchement légal à cette célébration. On doit lui reconnaître notamment le droit de surseoir aux publications, s'il a de justes motifs de soupçonner chez les futurs époux une contravention aux prescriptions prohibitives de l'article 298. A cet effet il aurait donc la faculté de se faire représenter le dispositif du jugement de divorce transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le premier mariage a été célébré, conformément à l'article 251 du Code civil. Nous allons plus loin et nous croyons qu'on doit même lui reconnaître le droit de prendre connaissance de l'expédition entière du jugement de divorce avec ses motifs, car il est incontestable que l'officier de l'état civil doit avoir pleins pouvoirs pour s'assurer de la régularité d'une union qu'on lui demande de célébrer. Ainsi fut jugé par le Tribunal de la Seine, par arrêt du

20 mai 1896 (1) que le maire du XIX^e arrondissement de Paris avait eu raison de refuser de procéder au mariage d'un époux divorcé pour adultère avec sa complice, en se basant sur la disposition de l'article 298 et sur les termes d'un jugement du 1^{er} mai 1894 qui constatait que le divorce n'avait été prononcé d'entre les époux X.. qu'à raison du concubinage du mari et de la demoiselle Z... : « ... Attendu que X... soutient que le refus « du maire est illégal ; que l'officier de l'état civil n'a « pas qualité pour former opposition au mariage auquel « il est requis de procéder ; qu'il n'est, d'autre part, « intervenu aucune condamnation correctionnelle pour « adultère et qu'il ne peut être par suite, question de « complicité ; enfin que le jugement du 1^{er} mai 1894 « n'a prononcé le divorce que pour cause d'injure grave, « et non pour cause d'adultère, et que dès lors l'arti- « cle 298 est inapplicable ; — Mais attendu, en premier « lieu, que l'officier de l'état civil requis de procéder « aux publications et à la célébration d'un mariage, a « pour premier devoir de s'assurer de la régularité de « l'union qu'on lui demande de célébrer, et de refuser « son ministère dès qu'il se trouve en présence d'un « empêchement légal, celui-ci fût-il simplement prohi- « bitif comme dans le cas de l'article 298 du Code civil ; « — Que X... objecte vainement que l'article 251 du Code

1. Dalloz, 1899.2.50.

« civil n'ordonnant de transcrire sur les registres de
« l'état civil du lieu où le mariage a été célébré que le
« dispositif du jugement de divorce, le maire n'a pas à
« consulter les motifs de cette décision qu'il ne doit
« pas légalement connaître ; — Que l'officier de l'état
« civil au contraire a le devoir de rechercher, par tous
« les moyens en son pouvoir, si les futurs époux réu-
« nissent toutes les conditions légales pour se marier,
« et de se faire représenter toutes les pièces qu'il juge
« de nature à l'éclairer complètement ; — Qu'il a donc
« toujours le droit d'exiger la production, non seule-
« ment de la mention transcrite sur les registres de
« l'état civil, en exécution du jugement de divorce,
« mais encore de l'expédition entière du jugement lui-
« même, dont les énonciations peuvent seules parfois
« l'édifier sur les conditions dans lesquelles le divorce
« a été prononcé et sur les effets qu'il doit produire ; —
« Attendu d'autre part... que le maire du XIX^e arrondis-
« sement a donc eu raison de refuser de procéder aux
« publications et à la célébration du mariage de X... et
« la demoiselle Z... ; — Par ces motifs déclare le
« sieur X... mal fondé dans sa demande... »

L'officier de l'état civil a donc le droit, pour se conformer aux prescriptions de l'article 298, de prendre entièrement connaissance du jugement qui a prononcé le divorce. Il semble du reste que ce soit là pour lui la façon normale et régulière de connaître le complice : la désignation des deux coupables dans ce jugement paraît

en effet indispensable et l'article 298 le laisse supposer.

Mais quel texte de loi impose aux tribunaux civils de mentionner dans leurs jugements en divorce le nom des complices de l'adultère ? A notre connaissance il n'en existe pas. Dès lors la naissance de l'empêchement va être laissée à l'appréciation des tribunaux. Qu'ils nomment le complice et l'empêchement deviendra applicable ; qu'ils omettent de le désigner et l'empêchement ne prendra pas naissance : ce sera rendre vaine la disposition prohibitive de la loi. Il y a là évidemment une lacune, car on ne peut nier qu'il soit dangereux d'abandonner l'effet d'une telle disposition au pouvoir arbitraire d'un tribunal.

Le demandeur pourrait-il tout au moins conclure à ce qu'il fût fait expressément défense à son conjoint d'épouser plus tard son complice ? La question ne devrait pas pouvoir se poser ; néanmoins nous estimons avec M. Demolombe qu'il ne le pourrait pas : « une telle défense serait prématurée ; ce serait statuer *ad futurum* sur un cas qui ne se présentera peut-être jamais » (1).

Du reste, quelle utilité pourrait-il trouver à cette défense puisqu'il suffit que le nom du complice soit désigné dans le jugement pour que l'empêchement

1. Demolombe. C. C., t. IV *bis*, n° 334.

prenne naissance. Il lui suffira donc de demander au tribunal cette simple désignation du complice. Mais cette faculté doit-elle lui être reconnue et le tribunal est-il obligé d'y faire droit ? La raison d'en douter est celle-ci : le complice d'adultère est un tiers dans la poursuite en divorce, or on ne peut pas forcer un tiers, en thèse générale, à intervenir dans une instance où s'agit une question principale qui ne le concerne pas. Il semble contraire aux principes qu'il puisse être frappé dans son nom et dans sa personne sans avoir eu la possibilité de produire sa défense.

Néanmoins, si aucun texte ne contraint les tribunaux à déclarer dans leurs jugements le nom du complice, aucun texte ne leur impose l'obligation de ne mentionner que le nom des parties en cause ; nous estimons donc que rien ne les empêcherait de satisfaire aux conclusions du demandeur tendant à cette désignation. Et que le complice ne se plaigne pas de voir son nom figurer dans un jugement dans lequel il n'aura pas été mis en cause ; c'est une conséquence fatale de la situation dans laquelle il s'est placé par sa faute. L'incapacité de se marier qui en résultera pour lui ne l'atteindra du reste pas directement, c'est contre l'époux adultère qu'elle est prononcée et il n'en sera atteint que par voie de conséquence.

Nous estimons donc que l'époux outragé aura le droit de conclure à la désignation du complice d'adultère de son conjoint, et que le tribunal conservera dans la plus

large mesure le droit d'accepter ou de repousser cette demande (1).

En fait, les tribunaux, qui se sont toujours montrés hostiles à la disposition de l'article 298, ont toujours évité, soit dans les jugements de divorce, soit dans les jugements de séparation de corps basées sur l'adultère, de mentionner le nom du complice. Même lorsqu'ils y font allusion, ils ont soin ne le désigner que par les initiales de son nom, de telle sorte que la preuve de complicité devient plus tard pour ainsi dire impossible. Et nous ne pouvons que les approuver de cette réserve qui, si elle venait à disparaître, entraînerait aux plus fâcheuses conséquences.

Mais il n'en est pas moins vrai qu'il y a là un défaut dans la loi et que l'article 298 contient une lacune évidente. Puisqu'on veut lui reconnaître une valeur morale efficace, il semble qu'il serait tout au moins nécessaire d'en assurer l'application. L'époux adultère ne pourra « jamais » épouser son complice, dit la loi : cela n'implique-t-il pas qu'il soit indispensable que l'on connaisse « toujours » ce complice ? Et rien ne serait plus facile, il

1. Voyez pourtant un intéressant arrêt de la cour de Bruxelles, du 12 frimaire an XIV, Sirey 1816. 2. 70, qui semblerait impliquer non seulement que le demandeur pourrait assigner le complice comme partie jointe à l'instance, mais encore que le tribunal serait obligé d'insérer dans son dispositif la prohibition de l'art. 298.

suffirait d'un texte imposant au tribunal la nomination du complice dans le jugement qui prononce le divorce pour adultère.

Mais ce texte fait défaut et nous n'espérons pas en voir jamais la promulgation ? Qu'en résulte-t-il ? C'est qu'il dépend actuellement du juge de faire naître ou d'étouffer l'empêchement en nommant ou en ne nommant pas le complice.

II. — Nous avons dit que si le jugement prononçant le divorce n'a pas nommé ou tout au moins suffisamment désigné le complice, soit dans ses motifs, soit dans son dispositif, la seule ressource laissée à l'officier de l'état civil serait de se référer à un *jugement correctionnel* ayant précédé ou suivi l'instance en divorce. Quand en effet l'époux outragé aura poursuivi les complices devant un tribunal répressif, le jugement prononçant une condamnation contre les deux coupables fournira à l'officier civil des indications suffisantes pour qu'il se voie contraint de faire l'application de l'article 298 (1).

C'est ici, nous semble-t-il, le seul cas certain où l'empêchement de mariage doit prendre naissance. Le complice a été partie au procès et quand l'officier civil viendra lui opposer le jugement qui l'a condamné pour adultère, il ne pourra pas se retrancher derrière la règle

1. Liège, 17 fév. 1894 ; Sirey, 1895, 4, 8. Frémont, n° 865. Carpentier, n° 323. Vraye et Gode, t. II, n° 267. Baudry-Lacantinerie, p. 62, n° 108.

res inter alios judicata (1). La prohibition de mariage si tant est qu'elle soit une peine, viendra donc tout naturellement s'ajouter comme accessoire des pénalités prévues par les articles 337, 338 et 339 du Code pénal. Mais remarquons que ce ne serait pas là un complément de peine indispensable à la condamnation correctionnelle : elle n'aurait pas lieu, en effet, si le divorce n'était pas demandé et obtenu pour le même adultère et si le mariage venait à se dissoudre par le décès de l'époux trompé.

Certains arrêts vont même jusqu'à admettre que le jugement prononçant une condamnation contre l'époux adultère, doit être opposable au complice, même lorsqu'il n'a pas été partie à l'instance et qu'il n'a pas été compris dans les poursuites intentées contre le conjoint, à condition toutefois que son identité ait été déterminée d'une façon « certaine et incontestable » pendant le cours des débats.

Dans l'espèce, une femme avait été condamnée correctionnellement pour adultère et de ce fait le divorce avait été prononcé contre elle pour cette cause ; mais le complice n'avait pas été poursuivi. L'officier de l'état civil requis de procéder à la célébration du mariage entre les deux coupables, avait refusé son ministère

1. Marcadé, t. I^{er}, p. 679, pense qu'on ne doit pouvoir appliquer l'art. 298 que s'il y a eu condamnation dans un jugement correctionnel.

pour cette raison que, ayant été cité comme témoin au cours du procès, le complice avait reconnu avoir été surpris en flagrant délit d'adultère.

Un arrêt du tribunal de Melun, du 25 février 1887 (1), confirmé par arrêt de la Cour de Paris du 2 août 1887 (2), approuvèrent le refus de célébration opposé par l'officier civil, en déclarant que, dans l'hypothèse, l'article 298 devenait applicable : « Attendu, dit l'arrêt,.. qu'il « importe de rechercher ce que le législateur a voulu « dire par le mot complice ; — Attendu, tout d'abord, « que le mot ne saurait évidemment s'entendre, dans « un sens restreint, de la personne qui a été reconnue « et punie comme complice ; qu'autrement et, dans un « grand nombre de cas, notamment dans le cas où, « devant l'adultère de son conjoint, le conjoint outragé « recule à saisir la juridiction répressive, et se borne à « invoquer les effets de la loi civile, il faudrait décider « que l'article 298 du Code civil n'est point applicable ; « que le législateur, sous peine de manquer le but moral « qu'il s'est proposé, et qui consiste à enlever aux per- « sonnes qui ont commis ensemble un adultère la pos- « sibilité de s'unir par les liens du mariage, n'a pu vou- « loir consacrer un semblable résultat ; que le texte de « l'article 298 s'oppose, d'ailleurs, à une pareille interpré- « tation ; que l'expression de « complice », générale et

1. Sirey. 1887. 2. 92.

2. Sirey. 1887. 2. 160.

« absolue, doit s'entendre de toute personne qui a aidé à
« commettre l'adultère ; qu'il suffit, pour l'application
« de l'article 298, que, de l'ensemble des faits et circons-
« tances de l'affaire, et sans qu'il soit besoin d'une
« constatation purement judiciaire, le nom du complice
« apparaisse d'une façon « certaine et incontestable »...
« Par ces motifs... etc... ».

Notons que cette poursuite en adultère devant la juridiction répressive, soit contre les deux complices, soit contre l'un d'eux, n'aura pas toujours lieu. En fait, elle sera beaucoup moins fréquente que les instances civiles en divorce fondées sur la même cause. Comment alors pourra-t-on connaître l'identité du complice si les coupables n'ont pas été poursuivis et si le jugement de divorce ne les nomme pas.

III. — On estime généralement que l'officier de l'état civil doit pouvoir prendre connaissance soit du *procès-verbal de flagrant délit* qui a servi de base à l'introduction de la demande en divorce, soit des *procès-verbaux d'enquête* faits pendant l'instance. Mais ils n'existent pas nécessairement.

Dès lors, si d'une part les pièces de la procédure n'indiquent pas le nom du complice, si d'autre part aucune poursuite n'a été intentée contre lui, si enfin la sentence de divorce ne le nomme pas, comment va pouvoir naître cette seconde condition indispensable à l'application de l'article 298 ? Il n'entre ni dans les attributions, ni dans

les droits de l'officier civil de se livrer sur le passé des fiancés à une sorte d'enquête privée. Il en résultera nécessairement pour lui une impossibilité absolue d'appliquer la loi, et quelque convaincu qu'il soit de la complicité d'adultère des deux futurs, il ne pourra pas, de sa propre autorité, refuser la célébration du mariage. Encore une fois la disposition de l'article 298 restera vaine et son application sinon impossible, du moins très difficile et très rare.

Non, ce n'est pas le nom du complice qui importe dans les cas de divorce pour cause d'adultère, c'est l'adultère lui-même considéré comme délit, considéré comme un fait pouvant motiver la dissolution du mariage. Qu'on réprime l'adultère, qu'on prononce le divorce ! mais qu'on s'en tienne là et qu'on n'aille pas poser en principe absolu que l'époux divorcé pour cause d'adultère ne pourra jamais épouser son complice.

§ 3. — QUI PEUT FAIRE OPPOSITION AU MARIAGE.

Nous supposons maintenant que l'adultère a été commis et le divorce prononcé pour cette cause ; le nom du complice est connu, non pas seulement d'une manière

incertaine par la rumeur publique ou le scandale causé par l'adultère, mais par sa désignation dans les motifs du jugement civil ou correctionnel. Cette mention va-t-elle pouvoir servir de base à une opposition valable devant l'officier de l'état civil ?

On ne peut certainement contester ce droit aux personnes désignées dans les articles 173 et suivants du Code civil lorsqu'elles se trouveront dans les cas strictement déterminés par la loi.

I. — Les père et mère et autres *ascendants*, à qui la loi réserve cette faculté dans tous les cas, pourront certainement, en raison de la généralité des termes de l'article 173 du Code civil, s'opposer au mariage de leur descendant divorcé pour adultère avec son complice.

II. — Quant aux frères, sœurs et autres *collatéraux*, on doit leur refuser la faculté de faire opposition dans le cas qui nous occupe, car l'empêchement de l'article 298 n'est pas mentionné dans les deux hypothèses prévues par l'article 174. La raison de décider paraît la même pour le tuteur et le curateur. Nous ne faisons que suivre en cela le droit commun.

III. — En ce qui concerne le *ministère public*, il faut faire une distinction suivant la solution qu'on adopte sur la question de principe. On sait que le Code civil, muet en ce qui le concerne, ne lui confère pas le droit

de faire opposition au mariage. Mais une jurisprudence constante le lui concède, en basant sa solution sur l'une des deux considérations suivantes : ou bien on doit accorder au ministère public le droit de faire opposition en se fondant sur la loi du 20 avril 1810, ou bien on le lui accordera comme corrélatif du droit que le Code civil lui reconnaît d'agir en nullité (1).

Dans le premier cas, le droit du ministère public sera singulièrement étendu ; que dit en effet l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 ? « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi, il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements ; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ». Il est incontestable que cet article s'applique aux empêchements de mariage ; il faudra donc reconnaître au ministère public la faculté de faire opposition dans tous les cas où une loi quelconque édictera un empêchement de mariage et en particulier dans le cas prévu par l'article 298. Nous croyons cette opinion préférable à la seconde.

Dans la seconde hypothèse en effet, si le droit d'opposition reconnu au ministère public ne lui est accordé que dans les cas où la loi lui confère le pouvoir d'ouvrir une action en nullité, il faudra en conclure qu'il

1. Cass. 21 mai 1856, Dalloz, 1856, 1, 208 ; Sirey, 1857, 1, 111. — Cass. 28 nov. 1877, Dalloz, 1878, 1, 209 ; Sirey, 1878, 1, 337. — Grenoble, 14 janv. 1889 ; Dalloz, 1890, 2, 193.

ne pourra faire opposition que dans les cas prévus par l'article 184, c'est-à-dire dans les cas des articles 144, 147, 161, 162 et 163 du Code civil, car ce sont là les seuls cas où il puisse faire casser un mariage nul. Or, aucun de ces textes ne renvoyant à l'article 298 du Code civil, il en résulterait que le ministère public n'aurait pas d'action en nullité : en conséquence on devrait lui refuser le droit de faire opposition au mariage projeté entre complices d'adultère (1).

IV. — Quant à *l'époux* en faveur de qui le divorce a été prononcé pour adultère, a-t-il qualité pour prouver que la personne que son ex-conjoint se propose d'épouser est celle-là même dont le nom figure dans le jugement ; a-t-il le droit de former opposition à leur mariage ? On serait tenté de le croire. L'article 172 du Code civil mentionne en effet d'une façon absolue le conjoint du futur époux parmi les personnes ayant le droit de soulever l'empêchement de mariage : « Le droit de former opposition à la célébration du mariage, appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes ». Mais qu'on ne s'abuse pas sur les mots : dans notre hypothèse le conjoint outragé a perdu la qualité de conjoint ; sa situation a changé

1. Demolombe, t. III, p. 240, n° 151. — Bruxelles, 15 juin 1864. — Anvers, 29 avril 1864, B. J. 1864, 556. — Bruxelles, 14 mars 1865, Cas. 1865, 2, 103.

depuis le divorce, le mariage n'existe plus et l'époux divorcé n'a plus le titre d'époux. Il faut donc lui refuser le droit de faire opposition que l'article 172 n'accorde qu'aux personnes mariées. Cette solution est admise par un grand nombre d'auteurs (1) et consacrée par plusieurs arrêts.

Non, nous dit un arrêt du Tribunal de Lyon du 27 décembre 1888 (2), l'époux n'a pas qualité pour faire opposition au mariage dans notre hypothèse «...Attendu qu'il est inexact de dire que l'interdiction contenue à l'article 298 a été édictée en faveur de l'époux au profit de qui le divorce a été prononcé ; que cet article ne dit rien de semblable ; que si le législateur a prohibé le mariage entre l'époux divorcé et son complice d'adultère, ce ne peut être dans l'intérêt d'une personne avec qui tous liens ont cessé d'exister, mais dans un intérêt de moralité et d'ordre public, et pour éloigner d'une faute qui cesserait d'être punie par cela même qu'elle aurait été constatée ; que le droit d'opposition dans ce cas n'appartient donc pas plus à l'époux divorcé qu'à tout autre étranger, et que ni l'un ni l'autre ne peuvent pas plus demander l'annulation du mariage pour défaut de publications qu'ils ne peuvent l'empêcher avant sa célébration ;... Attendu que l'époux divorcé ne peut prétendre avoir un intérêt à empêcher le mariage de son

1. Planiol. T. III, n° 124. — Carpentier, n° 165.

2. Dalloz, 1890, 2.365 ; Sirey, 1891, 2.246.

ancien conjoint avec telle personne qu'il lui plait choisir, celle-ci se fût-elle rendue complice de l'injure qu'il a subie pendant le mariage ; que la disparition de tout lien entre les époux divorcés fait cesser tout intérêt au sujet des actes accomplis par l'autre. . »

Néanmoins, cette solution a trouvé des adversaires convaincus, notamment M. Demolombe (1) et un arrêt du Tribunal de Dieppe du 26 juin 1890 (2). Ils s'accordent à reconnaître à l'époux divorcé pour cause d'adultère le droit de faire opposition au mariage que son ancien époux se proposerait de contracter avec son complice.

En effet, nous dit M. Demolombe, l'article 172 est inapplicable à notre hypothèse et ce n'est pas dans sa disposition qu'il faut chercher le droit d'opposition du conjoint divorcé. Le législateur en l'édictant n'a même pas dû songer au cas prévu par l'article 298 ; mais il n'en faut pas moins admettre cet époux outragé au nombre des personnes pouvant former opposition, car le droit que l'article 172 ne lui accorde pas, il le tient directement de l'article 298 : « ... La prohibition a été établie aussi en faveur de l'époux victime des infidélités de son époux... Comment alors lui refuser le droit d'en assurer le respect et l'obliger à tolérer, au mépris d'une disposition formelle de la loi, cette dernière et nouvelle injure. »

1. Demolombe, C. C. IV *bis*, n° 332.

2. Sirey, 1890.2.200 ; Dalloz, 1892.2.213. — Cfr. Bruxelles 19 juin 1861, Cas., 1862.2.250.

On a vu ce que nous pensons de cette « faveur » accordée à l'époux trompé. Elle a pourtant, comme nous le disions, trouvé grâce devant les juges du tribunal de Dieppe qui, dans l'arrêt précité, adoptent une solution diamétralement opposée à celle des magistrats de la cour de Lyon. Dans l'espèce c'est l'ex-mari qui avait fait opposition au mariage que l'épouse divorcée se proposait de contracter avec son complice d'adultère ; les juges repoussèrent la demande en mainlevée de cette opposition formée par l'épouse : « ...Attendu que la « question sur laquelle le tribunal est appelé à se prononcer est celle de savoir si le mari, qui a obtenu le « divorce, est autorisé à assurer l'exécution de la loi et « a qualité pour s'opposer à la célébration du mariage ; « — Attendu que dénier ce droit au mari, ce serait rendre illusores les dispositions de l'article 298, l'intérêt du mari aussi bien que celui de la société s'unissant pour ne pas obliger le mari, en lui refusant le « droit de faire opposition au mariage de la femme « divorcée avec son complice, à voir légitimer, pour « ainsi dire malgré lui, une union que le législateur, « par égard pour le mari trompé et par respect pour le « mariage actuellement dissous, a jugée immorale, et ce « au mépris de sa dignité et de son honneur compromis « par la femme coupable, et à rester après le mariage, « lui que le législateur avait investi, pendant son existence, du droit de provoquer ou d'arrêter à son gré la « répression, impuissant et désarmé devant un scan-

« dale qui va, s'il ne s'y oppose, se perpétuer devant « lui ; — Attendu que, par cela même que la prohibition est née du mariage, il serait singulier que le « mari, le plus intéressé à en user, fût dans l'impossibilité de s'opposer à un mariage que le législateur, en « réalité, n'a prohibé qu'à cause de lui et pour sauvegarder sa dignité de mari outragé ; que, par les motifs « qui précèdent et les lois étant faites pour être appliquées, le tribunal se refuse à invalider l'opposition formée par le mari, la prohibition de l'article 293, par « cela même qu'elle a été édictée par le législateur, « n'ayant sa raison d'être qu'autant qu'elle sera considérée comme conférant implicitement à la partie intéressée, c'est-à-dire au mari, le droit d'en poursuivre « l'exécution ; — Par ces motifs, dit que M... était « fondé à s'opposer au mariage de la femme T... etc. ».

L'intérêt du mari, la dignité du mari, l'égard dû au mari, voilà tout ce que l'arrêt peut invoquer à l'appui de sa thèse ; il nous semble qu'il paraît ignorer que le mari n'a plus cette qualité. Du reste, sans invoquer cette raison, nous pourrions nous prévaloir à l'encontre de cette jurisprudence, de la considération suivante : Les rédacteurs du Code ont pris soin de grouper dans un chapitre spécial (art. 172-179, C. C.) les questions concernant les oppositions de mariage et les travaux préparatoires nous en donnent le motif. Le législateur, confirmant sur ce point la loi du 20 septembre 1792, a voulu restreindre dans la mesure du possible le nombre

des personnes pouvant faire opposition aux mariages et les causes d'opposition admises sans limitation aucune avant la Révolution. Or, aucun article de ce chapitre ne mentionne l'époux divorcé pour adultère parmi les personnes pourvues de ce droit. D'autre part, l'article 298 édictant un empêchement de mariage résultant d'un divorce a trouvé tout naturellement sa place dans un chapitre consacré aux « Effets du divorce » où il n'est nullement question d'« oppositions ».

En définitive, l'article 172 consacre un principe dont la loi a posé et prévu les conséquences ; l'article 298 pose une règle que le législateur n'a pas suffisamment approfondie.

Mais, dira-t-on, à quoi bon l'article 298 si l'époux lui-même n'a pas qualité pour en assurer l'application ? Assurément c'est diminuer singulièrement la portée d'un texte que d'en restreindre la sanction : mais quel est ici le mal !

Du reste, en pratique, bien peu d'officiers de l'état civil consentiraient à marier l'époux adultère avec son complice, s'ils avaient été avertis par l'époux outragé de l'existence de l'empêchement. Et si l'on ne doit pas reconnaître à cet époux le droit de former une opposition régulière et valable, la désignation du complice faite par lui n'en servira pas moins de fondement à une opposition officieuse, à un simple avis dont l'officier civil tiendra généralement compte pour vérifier la complicité d'adultère des deux futurs conjoints.

§ 4. — L'EMPÊCHEMENT AU MARIAGE EST-IL DIRIMANT
OU PROHIBITIF.

Nous abordons maintenant un ordre d'idées différent et l'hypothèse est la suivante : le divorce a été admis en justice pour cause d'adultère, mais l'officier de l'état civil, par erreur, par fraude, ou pour toute autre cause a célébré le mariage entre l'époux coupable et son complice au mépris de la prohibition de l'article 298.

Quel sera le sort de ce mariage ? Faudra-t-il le maintenir et décider que l'empêchement n'est que prohibitif ? Faudra-t-il l'annuler et conclure que l'article 298 crée un empêchement dirimant de mariage ?

La question est vivement controversée, mais la plupart des auteurs et la jurisprudence optent pour la première solution (1).

1. Sont pour le caractère prohibitif de l'empêchement : Merlin, Rép. v^o *Emp. de Mar.* § 4, art. 9. — Toullier, I, 651. — Duranton, II, 178. — Vazeille, I, 103. — Demolombe, III, n^o 339, IV *bis*, n^o 335. — Zachariæ, § 468, texte et note 10. — Aubry et Rau, V., p. 83. — Laurent, III, 290. — Goirand, p. 87. — Frémont, n^o 867. — Carpentier, n^o 323 et 325. — Vraye et Gode, II, n^o 627. — Curet, n^o 279. — Bruxelles, 14 mars 1865. — Trib. de la Seine, 20 mai 1896, D. 99.2.50. — Paris, 3 mars 1897, D.97.2.489.

Le mariage contracté dans de pareilles conditions ne saurait, dit-on, être argué de nullité, car il est de toute évidence qu'en matière de mariage les nullités sont de droit strict et ne se suppléent pas. Le législateur, en consacrant un chapitre spécial (ch. IV, t. V, C. C.) aux « Demandes en nullité de mariage », a voulu organiser un système complet qu'il ne peut être permis de modifier en y ajoutant, et on ne doit pas se laisser entraîner à appliquer une nullité, si elle ne se trouve expressément prescrite. Le juge, comme le jurisconsulte, qui peuvent sans doute interpréter largement la loi, ne peuvent aller jusqu'à l'inventer. L'empêchement au mariage résultant de l'article 298 est donc simplement prohibitif puisqu'il n'y a pas dans le chapitre IV, titre 5, de texte prononçant la nullité dans ce cas : si donc la célébration a eu lieu pour une cause ou pour une autre, le mariage restera pleinement valable avec toutes ses conséquences.

C'est en ce sens que fut rendu le 27 décembre 1888 un arrêt du tribunal de Lyon (1) déclarant valable un mariage contracté contrairement à la prohibition contenue dans l'article 298, entre un époux divorcé pour cause d'adultère et sa concubine : ... « Attendu que « l'art. 298 qui, en cas de divorce prononcé pour cause « d'adultère, a interdit à l'époux contre qui le divorce « est prononcé de se marier avec son complice, ne

1. Sirey, 1890, 2, 199. Dalloz, 1890, 2, 365.

« contient aucune disposition déclarant nul le mariage
« contracté contrairement à la prohibition qu'il édicte ; —
« Attendu que les différents cas de nullité de mariage
« sont indiqués par les articles 180 et suivants du Code
« civil notamment par l'article 184, qui se réfère à diffé-
« rents articles indiquant les causes d'empêchements au
« mariage ; — Attendu que ledit article ne vise pas
« l'article 298 Code civil ; — Attendu que, quelque
« absolus et énergiques que soient les termes employés
« dans l'article 298 pour interdire le mariage entre per-
« sonnes coupables du délit qu'il prévoit, ils ne suffisent
« pas pour suppléer à l'absence de dispositions déclara-
« rant nul le mariage contracté en contravention à ces
« dispositions ; qu'il n'appartient pas aux tribunaux de
« suppléer des nullités qui ne sont pas formellement
« énoncées par la loi ; qu'on doit en conséquence et
« conformément à l'opinion de presque tous les auteurs
« qui ont écrit sur cette matière, décider que l'article
« 298 ne contient qu'une disposition prohibitive, et n'a
« pas créé d'empêchement dirimant... »

Les termes précis de l'arrêt ne permettent pas d'en donner deux interprétations : c'est le rejet absolu de tout empêchement dirimant en notre matière. Nous ne pouvons nous ranger à cet avis ; selon nous, l'empêchement créé par l'article 298 doit être considéré comme un empêchement dirimant de mariage, et l'union une fois célébrée doit être considérée comme nulle.

D'abord, est-il absolument certain que l'énumération des cas de nullité prévus au chapitre IV, titre 5, soit limitative? Nous ne le croyons pas. La simple lecture des travaux préparatoires (1) nous prouve que le but du législateur en votant le chapitre IV a été non pas de grouper, en les déterminant limitativement, les cas de nullité, mais bien plutôt de spécifier les personnes qui auront le droit d'opposer la nullité d'un mariage dans les cas où le mariage ne devra pas être maintenu. De plus, il est hors de doute qu'un certain nombre de textes placés hors du chapitre IV (2) et notamment l'article 298 édictent des nullités.

Si l'on veut du reste s'en tenir aux termes mêmes de la loi, on verra que l'intitulé du chapitre IV porte des « Demandes en nullité » et non pas des « Causes en nullité » de mariage; quant à l'article 298 il s'exprime en ces termes : « l'époux coupable ne pourra JAMAIS épouser son complice », ce qui semble bien impliquer que si le mariage est célébré entre l'époux coupable et son complice, il faudra *toujours* le considérer comme nul.

Du reste, pourquoi déroger au droit commun, en matière de mariage : quand la loi défend quelque chose, ce qui est fait en violation de cette défense n'est-il pas nul en principe ? Ne pouvons-nous pas invoquer ici

1. Fenet. T. IX, p. 40 56.

2 Art. 170, 182, 295, 348, 298 C. C.

l'ancienne règle romaine : « Ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur; licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est (1) ».

Revenons à notre article 298. Nous avons vu qu'on le fonde sur une idée de morale et d'ordre public. Or, quel est le but des empêchements dirimants? N'est-il pas de garantir le respect de certains principes de morale universelle, d'assurer le maintien du bon ordre dans la famille et dans la société. Pourquoi dès lors vouloir faire de l'article 298 un empêchement simplement prohibitif » (2), (3).

Pour conclure : puisque l'on croit nécessaire de con-

1. Code, liv. I, tit. 14, loi 5, *de legib.*

2. Optent pour le caractère dirimant de l'empêchement : Planiol, t. III, nos 327 à 330, n° 336. — Delvincourt, t. I, p. 67 et 75. — Valette sur Proudhon, t. I, p. 407, note. — Pothier : *Contrat de Mariage*, n° 120 : « Nous appelons, empêchements dirimants « relatifs, ceux qui empêchent deux personnes, en qui ils se « rencontrent, de pouvoir se marier valablement ensemble, quoi-
« qu'elles puissent se marier à d'autres. Nous en trouvons
« neuf espèces... 7° celui qui est entre l'un des conjoints par ma-
« riage et son adultère ».

3. Laurent estimant qu'il y a lieu de conserver la prohibition qui défend à l'époux divorcé pour adultère d'épouser son complice, lui consacre, dans son avant-projet, un article 147 ainsi conçu : « En cas de divorce, l'époux coupable d'adultère ne pourra jamais se marier avec son complice ». Mais au lieu de placer cette disposition dans le chapitre consacré aux effets du

server dans nos lois l'article 298, il n'y a aucune raison plausible pour ne pas l'appliquer dans toute sa rigueur: le texte, les principes et le bon sens l'exigent. Le mariage étant impossible entre complices d'adultère et cette impossibilité résultant d'un texte formel, l'on devrait annuler tout mariage célébré au mépris de la prohibition légale et ceci en vertu même de l'article 298.

Mais pour nous, c'est à tous égards une solution nécessaire que l'article 298 soit rayé de notre législation: il augmente la série encore trop nombreuse des empêchements, il fait naître une controverse et des difficultés inutiles, il force enfin nos tribunaux à en faire une application arbitraire.

divorce, ils estiment qu'il est plus logique de la renfermer dans le ch. I du tit. V, puisque d'après lui elle établit « une des conditions requises pour pouvoir contracter mariage ». Il en fait un empêchement prohibitif. (*Av. Projet* t. I, p. 352, article 146. n° 1. *Dr. civ. intern.*, t. V, n° 138).

CHAPITRE III

Tendances actuelles contraires à l'article 298.

Nous ne reviendrons pas ici sur les divers arguments que nous avons tenté de faire prévaloir à l'encontre de la disposition de l'article 298. Nous nous efforcerons seulement de montrer qu'à l'heure actuelle l'abrogation de cet article est nécessaire. Depuis longtemps déjà, l'état des esprits est tel qu'on ne peut concevoir qu'une pareille disposition soit encore en vigueur. Nous en avons une preuve indéniable : 1° dans l'esprit d'hostilité qui accueillit l'article 298 à la Chambre des députés, lors de la discussion de la loi de 1884, et dans la façon étrange dont cet article fut voté ; 2° dans une proposition de loi toute récente de M. Périllier, député, portant abrogation de l'article 298 du Code civil.

§ I. — DISCUSSION DE LA LOI DU 27 JUILLET 1884
(ART. 3 DU PROJET).

Voyons par quelles différentes phases passa l'article 298 avant d'être définitivement voté dans l'ensemble de la loi du 27 juillet 1884 (1).

Nous savons quelles difficultés eut à surmonter M. Alfred Naquet, l'auteur de la proposition de loi rétablissant le divorce, pour en faire accepter le principe par nos Chambres. Ce n'est qu'après cinq ans et après avoir soumis trois projets de loi sur le même sujet qu'il parvint à en obtenir la discussion.

La première proposition présentée le 6 juin 1876 (2) avait pour objet le rétablissement de la loi du 20 septembre 1792: elle n'obtint aucun succès. Le 21 mai 1878, seconde proposition de loi du même auteur, tendant non plus au rétablissement de la législation révolutionnaire sur le divorce, mais au rétablissement du système du Code légèrement modifié, par l'abrogation

1. Dalloz. *Jurispr. gén.* 1884. 4. 97. *Lois annotées.* 1884. 665.

2. Cf. l'exposé des motifs du projet au journ. officiel, des 22, 23, 25, 26 et 28 juin 1876.

pure et simple de la loi du 8 mai 1816. Enfin, troisième proposition dans le même sens présentée le 11 novembre 1881 et dont M. de Marcère fut nommé rapporteur.

Sans vouloir faire l'historique complet des délibérations des Chambres sur le projet, bornons-nous aux discussions soulevées par l'article 298 qui figurait dans l'article 3 de la proposition de M. Naquet et dans le projet de la commission (1).

I. — Il en fut question pour la première fois dans la séance de la Chambre du 8 mai 1882 (2).

Il suffit de lire dans le compte rendu des débats les exclamations soulevées dans cette séance par la première lecture de l'article, pour se convaincre du peu de faveur qu'il trouvait auprès de nos députés. Les spirituels discours de M. Jolibois et de M. Gatineau, tous deux hostiles au maintien de l'article, rallièrent les suffrages de la majorité de l'assemblée, et un amendement de M. Henry Maret demandant l'abrogation de l'article 298 et auquel se rallièrent MM. Lockroy, Jullien et Granet qui avaient proposé un amendement dans le même sens, fut adopté par la commission. La Chambre consultée ordonna l'abrogation de l'article 298.

II. — Dans la séance du 15 juin 1882, nouvelle déli-

1. 1^{re} délibération de la Chambre les 6 et 8 mai 1882. 2^o délibération les 12, 13, 15, 17 et 19 juin 1882.

2. *Journ. off.* Chambre *in-extenso.* T. 1^{er}, 1882.

bération à la Chambre sur le principe posé par l'article 298. M. Carette blâme la commission d'avoir entièrement abrogé une disposition qu'il considère comme « extrêmement sage » ; il est aussitôt suivi à la tribune par M. Naquet qui, dans une réplique vivement applaudie, tente à prouver que supprimer l'article 298, c'est supprimer l'adultère autant qu'il est possible de le faire.

III. — Quatre jours plus tard, le 19 juin, une demande de scrutin ayant été déposée sur l'abrogation de l'article 298, nous voyons la Chambre adopter la suppression de l'article 298 à une majorité considérable, par 260 voix contre 120.

Tel fut le résultat des délibérations de la Chambre sur cette mesure qualifiée « d'ordre public » !

IV. — Si l'article 298 fut repoussé à la Chambre, il n'en fut pas de même au Sénat (1) et voici pourquoi. Ici pas de discussion, pas de contestation, pas un mot soit pour, soit contre l'article 298 ; et, sous prétexte que la commission du Sénat avait rétabli l'article 298 dans l'article 3 du projet, nous voyons nos sénateurs adopter cette disposition sans même se donner la peine de la

1. Première délibér. du Sénat les 26, 27, 30, 31 mai, 5, 7 juin 1884. Deuxième délibér. les 19, 20, 21, 23, 24 juin.

discuter, et cela à deux reprises différentes, dans les séances du 7 et du 23 juin 1884.

V. — Le 30 juin de la même année, le projet amendé par le Sénat fait retour à la Chambre et, dans la séance du 19 juillet, nos législateurs s'apercevant tout à coup de la nécessité de déclarer l'urgence pour un projet resté en souffrance pendant huit années, adoptent définitivement la loi tendant à rétablir le divorce. Pressés d'en finir, ils ne s'aperçoivent même pas qu'ils viennent de voter l'article 298 qu'ils avaient combattu avec tant d'acharnement et qu'ils avaient supprimé à une si forte majorité. Peu importaient les griefs accumulés sur l'article 298, du moment que la loi de divorce était votée !

Qu'en conclure, si ce n'est que l'empêchement de mariage entre complices d'adultère n'existe actuellement dans nos lois que par une inadvertance de notre législateur et contre sa volonté.

§ 2. — PROPOSITION DE LOI DE M. PÉRIILLIER.

Aujourd'hui nous croyons pouvoir dire, sans trop de présomption, que cette disposition est sur le point de dis-

paraître. Une proposition de loi présentée par M. Périllier, député, a été soumise à l'examen de la Chambre.

L'exposé des motifs de cette proposition « portant abrogation de l'article 298 et modification de l'article 308 du Code civil » a été porté à la connaissance de la Chambre dans la séance du 22 mai 1900 (1) et renvoyé à l'examen de la Commission de Réforme judiciaire et de Législation civile. Elle fit l'objet d'un rapport lu en séance publique le 7 juin 1900 (2) par M. Odilon-Barrot.

Nous ne chercherons à discuter l'opportunité de la proposition de loi de M. Périllier en ce qui concerne la modification de l'article 308. Cet article ayant été abrogé en même temps que le § 2 de l'article 298 par la loi du 27 juillet 1884, nous ne concevons pas la modification d'un article actuellement rayé du Code.

Par contre, nous ne ferons pas le même reproche à la disposition capitale de la proposition, ayant pour objet l'abrogation de l'article 298 actuel. On sait notre opinion à ce sujet. M. Périllier et après lui le rapporteur, tendent à la même solution pour des raisons identiques et le texte de loi qu'ils ont l'intention de soumettre au vote des Chambres et ainsi conçu: « L'article 298 du Code civil est abrogé », en dit plus long dans sa

1. *Journ. off.* 23 mai 1900.

2. *Journ. off.* 8 juin 1900.

brièveté que ne pourraient le faire tous les commentaires.

Pourquoi conserverait-on du reste une prohibition qui s'accorde si peu avec l'état de nos mœurs actuelles. Il ne faut pas craindre de le dire, ce ne sont pas les lois qui réforment les mœurs, ce sont les mœurs d'un peuple qui portent ses représentants à modifier les lois et à les abroger lorsque cela paraît nécessaire. Or, comme ne craint pas de l'affirmer hautement le rapporteur, « nous sommes aujourd'hui portés à la mansuétude et au pardon envers l'épouse coupable » et à plus forte raison envers le mari coupable. Si donc l'article 298 édicte une peine, comme on s'accorde à le dire, contre cet époux, quel grand mal y aurait-il à le laisser seul juge de ce châtement au maintien duquel la société n'a aucun intérêt.

Ne sommes-nous pas en outre enclins aujourd'hui à un sentiment de pitié pour les enfants naturels ? Les nouvelles faveurs qui leur sont accordées depuis plusieurs années par des lois plus justes et plus humaines, vont peu à peu en s'élargissant et un jour viendra où ils seront assimilés en tous points aux enfants légitimes. Qu'on songe donc que, tant que sera maintenu l'article 298, il existera une catégorie d'enfants naturels qui ne pourront jamais espérer les bienfaits de la légitimation.

Est-il enfin nécessaire de répéter avec M. Périllier que « l'expérience a démontré que cette disposition,

inspirée par un sentiment de moralité publique, allait contre le but que le législateur s'était proposé. »

En résumé et pour conclure, l'article 298 ne peut pas rester dans nos lois tel qu'il est aujourd'hui et sa réforme s'impose; nous ne pouvons conserver intacte une disposition aussi vivement et aussi justement critiquée: sa moralité est sujette à caution, son utilité douteuse, son injustice flagrante, son application souvent impossible.

Peut-être nous objectera-t-on que « l'abrogation pure et simple d'un texte admis dans la plupart des législations est une mesure qu'on ne peut prendre à la légère. » Voyons donc les différentes modifications qui pourraient y être apportées.

Veut-on tout au moins le rédiger de façon à le rendre plus conforme au but que le législateur s'est proposé d'atteindre et substituer dans la loi aux mots « dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère », la proposition suivante « dans tous les cas où l'adultère aura été commis ou constaté ». En fait, cette solution serait d'une application souvent impossible, l'adultère n'étant pas toujours suivi de la rupture du mariage; et les griefs que nous avons formulés contre le texte actuel n'en subsisteraient pas moins pour la plupart.

Voudrait-on alors défendre à l'époux coupable de se remarier jamais avec qui que ce soit, comme cela était

admis à Rome pour la femme adultère? Cela serait impossible aujourd'hui et ne manquerait pas d'entraîner à des conséquences morales désastreuses dont il est inutile de signaler l'importance (1).

Veut-on forcer les complices à s'épouser et en faire soit une obligation légale, soit une obligation purement morale comme celle qui existe aujourd'hui dans la législation anglaise? Evidemment cette solution serait à beaucoup d'égards préférable à celle qui interdit le mariage entre complices d'adultère, car il est hors de doute que, dans la grande majorité des cas, la perspective d'un mariage arrêterait à temps bon nombre de séducteurs. Mais c'est malheureusement là une hypothèse irréalisable. Qu'advierait-il en effet de cette obligation lorsque les complices d'adultère seraient tous deux mariés et que la dissolution du mariage ne se produirait que dans la personne de l'un d'eux? L'autre se verrait fatalement placé entre deux alternatives aussi peu louables l'une que l'autre, ou continuer à entretenir ses relations

1. Cf. Discours de M. Béranger. Séance du Conseil d'État du 16 niv. an X: « Condamner à un célibat éternel celle qui a violé les lois de la pudeur et du mariage, ce serait la condamner à persévérer dans ses dérèglements. »

Discours de M. Tronchet. Séance du Conseil d'État du 22 fructidor an X: « La loi qui condamnerait la femme adultère à ne plus se remarier, pourrait avoir une influence dangereuse sur les mœurs, en fournissant une excuse au libertinage de cette femme. »

adultères, ou devenir bigame sous la protection de la loi.

Non, le mariage toujours forcé entre complices d'adultère est impossible ; d'un autre côté le mariage qu'on n'imposerait que dans des cas déterminés entraînerait à des complications sans fin. Dès lors, quelle solution admettre ? Modifier l'article 298 en réglant séparément la solution des difficultés que nous avons étudiées dans notre deuxième chapitre, de façon à ce qu'aucun doute ne puisse plus résulter de ce texte ? Mais ce serait peut-être encombrer la loi sans grand profit pour personne.

Il ne reste donc qu'une seule issue possible, abroger purement et simplement l'article 298 et laisser aux complices d'adultère la même faculté de s'épouser que celle qu'on a toujours reconnue aux concubins ordinaires et qu'on n'a jamais eu l'idée de leur contester.

Troisième Partie

L'EMPÊCHEMENT DE MARIAGE ENTRE COMPLICES D'ADULTÈRE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. ÉTUDE PARTICULIÈRE DE LA LOI ANGLAISE.

Connaissant les différents aspects sous lesquels peut être envisagée la situation des complices d'adultère au point de vue du mariage subséquent qu'ils se proposeraient de contracter après la dissolution du mariage de l'époux coupable ; ayant étudié la question successivement dans l'ancien droit et dans la loi actuelle, il nous reste à rechercher si, dans les législations étrangères, il n'existe pas de textes en contradiction avec la loi française et pouvant, par là même, donner naissance à des conflits de droit international.

La question ne nous retiendra pas, faute de textes.

Nous trouvons en effet dans presque toutes les législations qui admettent le divorce, une disposition analogue à celle de notre article 298 : la Suisse, la Belgique, la Russie, la Roumanie, la Suède et la Norvège interdisent, après le divorce, le mariage entre complices d'adultère. En Allemagne, la loi du 6 février 1875 contient un article 33 édictant pour l'époux coupable d'adultère la prohibition d'épouser son complice. La même règle est consacrée par le code autrichien.

Nous ne reviendrons pas sur les effets que peut produire cet empêchement au mariage, soit en France, soit dans les diverses législations qui le consacrent ; les causes qui l'ont vu naître sont les mêmes, les effets identiques et partant les conflits de lois impossibles.

Mais il est une législation qui présente à cet égard une particularité fort curieuse en contradiction manifeste avec les autres États de l'Europe : la Grande-Bretagne contient en effet dans sa loi civile (1) un article 179 ainsi conçu : « Lorsque le divorce est prononcé par le Parlement pour cause d'adultère, le conjoint coupable peut épouser son complice ; on est même réputé manquer à l'honneur, lorsqu'après avoir séduit une femme mariée, on ne répare pas sa faute en l'épousant » (2).

1. C. C., t. VI (du divorce), ch. IV (des effets du divorce).

2. Anthoine de Saint-Joseph. *Concordance entre les C. C. étrangers et le C. Napoléon*, t. II.
Glasson. *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et*

Nous sommes loin, comme on le voit, de l'empêchement de mariage de notre article 298. Non seulement les complices d'adultère peuvent en Angleterre contracter mariage ensemble, mais la loi leur en fait même, sinon une obligation légale qu'il eût été impossible de mettre en pratique, du moins un devoir moral.

Des conflits de lois sont donc à craindre entre la loi française et la loi anglaise ; pour les résoudre nous envisagerons successivement la situation du Français en Angleterre et celle de l'Anglais en France.

§ 1. — DU FRANÇAIS EN ANGLETERRE

La question qui se pose est la suivante : deux Français complices d'adultère et tombant en France sous le coup de la prohibition de l'article 298, peuvent-ils contracter en Angleterre un mariage valable, et en cas d'affirmative, cette union produira-t-elle en France quelque effet légitime ?

Aucune hésitation n'est possible : l'empêchement au mariage de l'article 298 suivra le Français en Angleterre, car cet article est de statut personnel en vertu de l'article 3 § 3 du Code civil.

dans les principales législations modernes de l'Europe. 2^e édition, p. 320.

En principe le Français dans la situation qui nous occupe ne devrait donc pas pouvoir épouser sa complice, même sur le territoire de la Grande-Bretagne.

Mais en fait, il arrivera que le mariage ait été célébré en Angleterre au mépris de la loi française et conformément à la loi anglaise, ce qui du reste sera entièrement conforme aux principes de droit international, car il est certain que la prohibition de l'article 298 est contraire en Angleterre à ce qu'on est convenu d'appeler l'ordre public absolu. Le mariage ainsi célébré, valable sans contredit aux yeux de la loi anglaise, le sera-t-il à l'égard de la France et y produira-t-il quelque effet? Nous ne le croyons pas : l'article 3 § 3 s'y oppose. Néanmoins la question peut être sujette à controverse et l'on pourrait soutenir l'affirmative : tout dépend de la solution que l'on admet sur la question de savoir si l'empêchement de l'article 298 est dirimant ou prohibitif.

Nous ne reviendrons pas sur cette question déjà étudiée; pour nous, l'empêchement est dirimant; or les empêchements de mariage conservent à nos nationaux lorsqu'ils sont en pays étranger le caractère que leur donne leur statut personnel.

Le mariage ainsi contracté sera donc toujours nul à l'égard de la loi française, même si les futurs époux n'ont pas fait célébrer leur mariage en Angleterre dans la seule intention de frauder leur loi nationale et de se soustraire à ses obligations.

Quant aux tribunaux étrangers qui seraient appelés à

statuer sur la matière, ils sont libres d'appliquer aux Français toute autre loi que leur loi nationale, car les paragraphes 1 et 3 de l'article 3 du Code civil, auxquels notre question est intimement liée en matière de conflits de lois, ne sont faits que pour les tribunaux français; mais il n'est pas admissible qu'ils prononcent leur sentence contrairement aux lois d'ordre public international: or parmi ces lois il en est une, fondée avant tout sur la morale, et concernant l'ordre public absolu, c'est l'article 298 du Code civil.

§ 2. — DE L'ANGLAIS EN FRANCE.

Supposons à l'inverse que deux Anglais invoquent en France l'article 179 de leur loi civile qui leur permet le mariage et même les y contraint moralement. La question, avons-nous dit, est de statut personnel et l'on devrait en conclure que l'officier de l'état civil requis de procéder à la célébration du mariage ne pourrait pas s'y refuser en objectant l'article 298 du Code civil français. Or, telle n'est certainement pas la solution: les empêchements au mariage sont d'ordre public et comme tels sont obligatoires, même pour les étrangers.

L'article 293 actuel fondé, à tort ou à raison, sur des

motifs intéressant au plus haut point la moralité publique s'oppose à ce que deux étrangers, de quelque nationalité qu'ils dépendent, fussent-ils de nationalité anglaise, puissent contracter un mariage valable lorsqu'ils se trouvent dans la situation prévue par l'article 298. Les lois françaises concernant le divorce et la séparation de corps sont d'ordre public absolu.

Et pourtant ne semble-t-il pas que la morale soit ici chose toute relative? La loi française considère le mariage entre complices d'adultère comme profondément immoral; la loi anglaise l'ordonne dans l'intérêt des bonnes mœurs. L'Anglais résidant en France sera donc considéré, en cherchant à épouser sa complice d'adultère, comme faisant à la fois une œuvre profondément immorale et essentiellement morale! On voit comme il est vrai de dire avec Laurent : « qu'aucune nation ne doit avoir la prétention d'avoir le monopole de la morale (1). »

Certes, la législation anglaise, dans sa conception plus élevée du principe au point de vue de la morale et de l'honneur, laisse bien loin derrière elle tous les textes plus ou moins défectueux élaborés sur la matière. Devons-nous en conclure qu'il faille souhaiter en France une réforme assimilant au point de vue du mariage les époux adultères des deux nationalités?

1. Laurent. *Dr. civ. intern.* t. V, n^{os} 138 et 139.

Assurément non : la loi anglaise, quelque préférable qu'elle soit, n'en laisse pas moins d'être encore loin de nous satisfaire. Pourquoi vouloir réglementer à tout prix, soit dans le sens de la prohibition, soit dans le sens d'une obligation quelle qu'elle soit, une situation qui ne comporte pas de réglementation. Pourquoi ne pas laisser à l'époux adultère divorcé la situation réservée à tout individu dégagé des liens du mariage. Pourquoi enfin vouloir encombrer nos lois d'un texte inutile?

L'abrogation pure et simple de l'article 298, telle est encore une fois la seule conclusion possible et rationnelle de notre étude, abrogation qui s'impose à une époque où le législateur prétend faire des lois plus larges, plus libérales et plus humaines.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
PREMIÈRE PARTIE. — L'Empêchement de mariage entre complices d'adultère dans l'ancien droit : Etude historique.	9
CHAPITRE I. — <i>De la complicité d'adultère, considérée comme empêchement au mariage en droit romain.</i>	12
§ 1. — Epoque antérieure à la loi Julia.	12
§ 2. — Loi Julia de adulteriis.	13
§ 3. — Epoque postérieure à la loi Julia	18
CHAPITRE II. — <i>De la complicité d'adultère, considérée comme empêchement au mariage, dans l'ancien droit français</i>	22
§ 1. — Droit canonique.	22
1) 1 ^{er} cas où l'adultère qualifié devient un empêchement dirimant	28
2) 2 ^e cas où l'adultère qualifié devient un empêchement dirimant.	32
§ 2. — Coutume monarchique (du xvi ^e siècle à la Révolution)	36
§ 3. — Epoque révolutionnaire (Loi du 20 sept. 1792)	38
§ 4. — Code civil (Texte de 1803)	39
§ 5. — Loi du 8 mai 1816, sur l'abolition du divorce	43

DEUXIÈME PARTIE. — L'Empêchement de Mariage entre complices d'adultère dans la loi actuelle : Etude critique.	
Considérations générales :	47
CHAPITRE I. — <i>Réfutation des raisons sur lesquelles est fondé l'article 298.</i>	50
§ 1. — L'article 298 est immoral.	50
§ 2. — L'article 298 est injuste	57
§ 3. — L'article 298 est inutile	59
CHAPITRE II. — <i>Complications auxquelles donne lieu l'application de l'article 298.</i>	62
§ 1. — Dans quels cas l'adultère fera-t-il naître un empêchement au mariage?	63
Généralités.	69
1) Cas de dissolution du mariage par décès.	70
2) Cas de condamnation correctionnelle	71
3) Cas de séparation de corps	71
4) Cas de conversion de la séparation de corps en divorce	73
§ 2. — Comment connaîtra-t-on le complice? Les tribunaux appliquent-ils régulièrement l'article 298?	75
1) Jugement de divorce	76
2) Jugement correctionnel	82
3) Procès-verbaux	85
§ 3. — Qui peut faire opposition au mariage entre complices d'adultère	86
1) Ascendants	87
2) Collatéraux	87
3) Ministère public.	87
4) Conjoint	89
§ 4. — L'empêchement est-il dirimant ou prohibitif?	95
CHAPITRE III — <i>Tendances actuelles contraires à l'article 298</i>	101

§ 1. — Discussion de la loi du 27 juillet 1884 (art. 3 du projet)	102
§ 2. — Proposition de loi de M. Périllier.	
Conclusion	105

TROISIÈME PARTIE. — L'empêchement de mariage entre complices d'adultère en droit international privé : Etude particulière de la loi anglaise.

Considérations générales	111
§ 1. — Situation du Français en Angleterre	113
§ 2. — Situation de l'Anglais en France	115
Conclusion	116

Vu le Président de thèse
PLANIOL

Vu le Doyen
GLASSON

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.
L. LIARD