

COURS DE DOCTORAT  
SUR  
L'HISTOIRE  
DU  
DROIT MATRIMONIAL FRANÇAIS

DU MÊME AUTEUR

Cours de doctorat  
sur l'Histoire du Droit matrimonial français :

- I. — Introduction générale, in-8°, 1906..... 20 fr.  
III. — Le Droit des gens mariés, in-8°, 1908..... 25 fr.  
*Appendice au tome III. — Le Droit des gens mariés aux pays  
de Droit écrit et de Normandie, in-8°, 1912. 8 fr.*

Cours de doctorat  
sur l'Histoire du Droit civil français :

- I. — L'Ancien Droit des Successions, 1<sup>re</sup> partie, in-8°, 1912. 14 fr.  
II. — L'Ancien Droit des Successions, 1<sup>re</sup> partie (suite) et 2<sup>e</sup> partie,  
in-8°, 1918..... 15 fr.  
Les fortunes anciennes au point de vue juridique, in-8°, 1912.  
Prix..... 5 fr.  
Observations sur les rentes perpétuelles dans l'ancien droit  
français (Cours de 1913-1914), in-8°, 1914..... 5 fr.

- Étude sur les lois constitutionnelles de 1875. Paris, Chevalier-  
Marescq, 1 vol. in-8° (1882)..... » fr.  
Rapport à la Faculté de droit de Paris, sur les concours du Prix  
Rossi. Paris, Delalain (1883)..... » fr.  
L'influence du christianisme dans notre droit matrimonial,  
1899, in-8°..... 3 fr.  
La Coutume française du mariage au temps de Saint-Louis.  
in-8°, 1901..... 1 fr. 20  
Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ? in-8°, 1902.. 3 fr.  
Les notions coutumières dans les transmissions et partage  
de succession, in-8°, 1917..... 5 fr.  
Le mariage et le divorce à travers l'histoire romaine, in-8°,  
1918..... 2 fr. 25  
La famille en France, dans le droit et dans les mœurs, in-8°,  
1920..... 15 fr.

COURS DE DOCTORAT

SUR

L'HISTOIRE

DU

DROIT MATRIMONIAL FRANÇAIS

PAR

CHARLES LEFEBVRE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE LIEN DE MARIAGE

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS, 5<sup>e</sup>

LÉON TENIN, Directeur

1913-1923



75/473

## NOTE LIMINAIRE

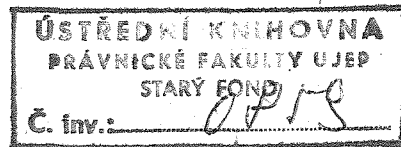
Déférant au vœu suprême exprimé par mon ancien maître, brusquement décédé le 3 avril 1922, j'achève aujourd'hui la publication du volume sur le Lien de mariage, qui, avec l'Introduction générale et le Droit des gens mariés, complète son Cours de doctorat sur l'Histoire du Droit matrimonial français.

Les cours 19 à 24 (p. 1-144) ont paru dès 1912 en fascicule séparé, selon la méthode déjà suivie pour les autres volumes. Les cours 25 à 33 (p. 145-339) ont été entièrement imprimés par ses soins : le bon à tirer en fut donné à la fin de l'année 1920. Mon intervention s'est donc limitée à l'impression des cours 34 à 38 (p. 340-422).

Elle a été faite d'après des feuilles dactylographiées sous sa dictée, à des dates diverses et parfois assez anciennes, et qu'il avait revêtues d'assez nombreuses notes. J'ai suivi scrupuleusement les indications de ces notes, en me bornant à vérifier et à retrouver, autant que possible, des textes visés parfois un peu vaguement. Il manque donc le dernier travail de remaniement et de mise au point auquel Charles Lefebvre se livrait, sur les épreuves même, avec une conscience minutieuse (1). Pour qui a connu la verve et la spontanéité de son esprit, la perte semblera irréparable. Nous ne possédons plus qu'un état un peu froid de sa pensée, avant qu'elle s'animât au contact d'un jeune auditoire ou à la veille de se présenter au public.

Il convient même de ne pas dissimuler qu'aux derniers mois de sa vie, — dont nul ne pouvait prévoir la fin si

(1) C'est ainsi qu'en tête des pages sur les effets du mariage quant aux enfants il a inscrit au crayon : bon, sauf quelques compléments.



*proche — il montrait beaucoup d'hésitation à reprendre son œuvre, pour la terminer. Il n'a pas cessé de la méditer, à sa manière habituelle, en jetant des notes sur le papier, d'une écriture nerveuse et hâtive. J'ai eu en main toutes ces notes et je leur ai emprunté le plan adopté en définitive, plutôt que de m'en tenir à celui qu'il avait annoncé sommairement, en 1913, et dont il s'est d'ailleurs plus d'une fois écarté dans les cours 25 à 33 imprimés par ses soins. Mais ces rédactions étaient trop décousues et trop fragmentaires pour être utilisées; j'ai retenu seulement, p. 362-365, celles qu'il avait substituées expressément à ses dictées anciennes sur les devoirs mutuels des époux dans la vie commune. Il est aisé de constater que ces pages n'ont pas, dans les développements et dans le style, l'ampleur qui lui était familière.*

*Ces observations devaient être faites. Mais il est heureux que Charles Lefebvre ait montré, par une suprême manifestation de volonté, que, tout pesé, il passait outre à ses hésitations et à ses scrupules. Voici enfin achevé, en sa classique ordonnance, l'édifice auquel il a consacré le meilleur de son activité intellectuelle à travers bien des épreuves. En y posant, d'une main pieuse, la dernière pierre, qu'il avait taillée mais qu'il rêvait de polir encore, j'accoplis mélancoliquement, envers la mémoire de mon ancien maître, un devoir de respect et de reconnaissance.*

Olivier MARTIN.

8 mars 1923.

## TABLE

ET

### SOMMAIRE DES COURS

	Pages
19 <sup>e</sup> COURS. — PLAN GÉNÉRAL. . . . .	1
Questions à examiner dans notre histoire canonique et française du Lien de mariage. — Division du sujet en quatre chapitres.	
CHAPITRE I. — DES RAPPORTS DE L'ÉGLISE ET DE L'ÉTAT JUSQU'EN 1789. . . . .	9
L'Église ayant acquis et possédé pendant nombre de siècles le pouvoir de statuer et de juger sur le Lien de mariage : comment s'expliquer cette longue souveraineté, jusqu'à notre sécularisation du mariage en 1791? Énoncé des thèses diverses, ecclésiastiques ou civilistes, qui doivent être examinées au point de vue de l'histoire.	
20 <sup>e</sup> COURS. — L'ÉGLISE ET LE MARIAGE DANS L'EMPIRE ROMAIN (chap. 1 suite) . . . . .	22
Notion de l'Église catholique, comme société parfaite exerçant dans sa sphère et avec ses organes propres les pouvoirs de législation et de juridiction.	
I. — Dès sa fondation, elle vise à établir entre chrétiens une loi nouvelle du mariage indissoluble procédant des <i>Livres Saints</i> , pour être développée par la doctrine des	

	Pages.
Pères de l'Église et les Canons des Conciles. Cette législation se poursuit distincte et indépendante, même sous les Empereurs chrétiens, à raison de l'insuffisance de leurs réformes dans l'institution si défectueuse du mariage romain . . . . .	25
II. — Comme <i>juridiction</i> , l'Église assure l'observance de ses Canons par le moyen de ses sanctions propres d'excommunication et de pénitences prononcées par sentences épiscopales, auxquelles s'accrochent souvent les facilités du divorce romain. — Progrès du droit Canon et de la juridiction ou des arbitrages d'Évêques, encouragés par les Empereurs chrétiens pour mieux assurer le bon ordre dans la famille et la société . . . . .	38
21 <sup>e</sup> ET 22 <sup>e</sup> COURS. — L'ÉGLISE ET LE MARIAGE EN FRANCE DU VI <sup>e</sup> AU XVI <sup>e</sup> SIÈCLE (chap. 1 <i>suite</i> ) . . . . .	53
I. — Progrès généraux de l'Église après les invasions et le triomphe des Francs. Les Canons ecclésiastiques à côté des Lois et des Capitulaires. — Quant au Lien de mariage créé par elle, l'Église tend à le gouverner seule avec l'adhésion des rois Francs qui n'édicte à ce sujet aucun règlement général, qui consacrent même au décret de Childébert (596) et au capitulaire de Leptines (743) le droit pour l'Église de prononcer et de sanctionner les prohibitions de mariage. — Nombreuses décisions de Conciles sous les deux premières races et qui sont maintes fois rappelées aux capitulaires avec adjonction du bras séculier. Le lien de mariage est ainsi reconnu comme rentrant dans le <i>canonicum ministerium</i> . . . . .	55
II. — <i>Juridiction</i> exclusive des Évêques lorsqu'il s'agit, en dehors des intérêts pécuniaires, d'enjoindre de rompre ou de reprendre la vie commune, pour se conformer aux règles canoniques d'empêchements, d'indissolubilité, de discipline conjugale. Les juges séculiers n'interviennent que pour y prêter main forte, apprécier certains moyens de preuve ou décider sur les questions pécuniaires. — Applications diverses et discussion . . . . .	70

	Pages.
III. — A partir de la fin du IX <sup>e</sup> siècle, l'Église parvient à régir exclusivement le Lien de mariage, au-dessus des princes séculiers. C'est l'effet du sentiment religieux avec donnée, désormais admise, du pacte conjugal érigé en sacrement de mariage; mais résultat mieux acquis par suite de l'affaiblissement et du morcellement des pouvoirs séculiers. A travers l'extrême diversité des seigneuries et des coutumes, l'Église conserve ainsi, pour le bien de la chrétienté, son règlement uniforme et si fortement organisé du Lien conjugal. . . . .	80
IV. — Indication sommaire des sources du droit et de la doctrine canoniques, dans cette période, et surtout à leur apogée (XII <sup>e</sup> et XIII <sup>e</sup> siècles). . . . .	89
23 <sup>e</sup> COURS. — ÉGLISE ET ETAT DU XVI <sup>e</sup> SIÈCLE A 1789 (chap. 1 <i>suite</i> ). . . . .	95
I. — A partir du XVI <sup>e</sup> siècle et de la Réforme, surgissent en France les revendications civiles, fondées moins sur les libertés de conscience et de culte que sur des raisons d'État, en vue d'affirmer les droits de notre Royauté et d'assurer le contrôle des officiers ecclésiastiques par les développements de l' <i>appel comme d'abus</i> . . . . .	96
II et III. — Le Concile de Trente au sujet du mariage; ses douze Canons dogmatiques et son décret de réformation, non reçu en France. Son œuvre est d'ailleurs jugée insuffisante. D'où, nouvelle législation royale, qui ne va pas toutefois jusqu'à s'attribuer le droit d'édicter des empêchements dirimants, mais condamne seulement certains mariages, au moyen de peines et privations diverses. — La Doctrine et la Jurisprudence poussant plus loin, formulent la distinction du Sacrement et du Contrat civil, avec la donnée du contrat civil matière du Sacrement. . . . .	101
IV. — Exposé et appréciation de cette doctrine Gallicane, principalement d'après Gerbais et Pothier. Ses progrès jusqu'en 1789. . . . .	109
V. — Les mariages, dits privés d'effets civils, suivant la Déclaration de 1639. . . . .	115

	Pages.
24 <sup>e</sup> COURS. — LE CONSENTEMENT FAMILIAL AU MARIAGE (chap. 1 <i>suite</i> ). . . . .	120
I et II. — L'Église au Moyen âge parvient à supprimer toute exigence du consentement paternel, tel qu'il était pratiqué d'après les traditions romaine et germanique dans l'intérêt de la famille même, mais sans un souci suffisant de la liberté des mariages. — Elle manque à rétablir dans son système canonique du Sacrement une règle de consentement familial, en vue de protéger contre eux-mêmes les époux trop jeunes.	
III. — Réclamations de la société civile, portées au Concile de Trente dans une pétition de Charles IX. Le Concile, ayant consacré la nécessité de la présence du prêtre, se refuse à formuler une règle dirimante de consentement paternel, trop désirée par crainte des mésalliances. . .	126
IV. — Rois de France et Parlements visent à établir cette exigence. En législation, édit de 1556, ordonnance de Blois, déclaration de 1639, édit de 1697. . . . .	131
V. — En jurisprudence, recours au procédé du rapt présumé de séduction pour aboutir à déclarer le mariage des mineurs de vingt-cinq ans « non valablement contracté » ou « abusivement célébré ». . . . .	134
VI et VII. — Résumé de ce droit au XVIII <sup>e</sup> siècle et comparaison critique avec notre Code civil. . . . .	137
APPENDICE AUX 23 <sup>e</sup> ET 24 <sup>e</sup> COURS — LETTRE DU CHANCELIER PONTCHARTRAIN (en 1712) au premier Président du Parlement de Besançon ( <i>sur les droits respectifs de l'État et de l'Église, quant au mariage</i> ). . . . .	141
25 <sup>e</sup> ET 26 <sup>e</sup> COURS. — LE SYSTÈME CANONIQUE DES EMPÊCHEMENTS (chap. 2) (1) . . . . .	145
I. — Empêchements anciens supprimés par l'Église . . .	153

(1) En rédigeant cette table, à partir du 25<sup>e</sup> cours et jusqu'à la fin du volume, je ne pouvais songer à imiter les sommaires si personnels de l'auteur (O. M.).

	Pages.
II. — Empêchements introduits par l'Église ( <i>disparitas cultus, votum, ordo</i> ) . . . . .	159
III. — Empêchements anciens développés par l'Église ( <i>cognatio, affinitas</i> ) . . . . .	172
IV. — Empêchements de droit naturel ( <i>aetas, impotentia, ligamen</i> ). . . . .	186
V. — Empêchements pour défaut ou vices de consentement; rapt de violence et de séduction. . . . .	193
27 <sup>e</sup> COURS. — LES CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE (chap. 2 <i>suite</i> ) . . . . .	202
I. — Avant le concile de Trente; fiançailles, bénédiction nuptiale; <i>verba de praesenti et verba de futuro</i> . . . . .	204
II. — Après le concile de Trente . . . . .	217
28 <sup>e</sup> COURS. — LA SANCTION DES EMPÊCHEMENTS (chap. 2, <i>suite et fin</i> ) . . . . .	224
29 <sup>e</sup> COURS. — LE LIEN INDISSOLUBLE ET LA SÉPARATION DE CORPS (chap. 3) . . . . .	244
I. — Fondements de l'indissolubilité. . . . .	245
II. — Époque à laquelle elle a prévalu. . . . .	249
III. — Conséquences de l'indissolubilité . . . . .	252
IV. — Tempérament : le <i>divortium quoad torum</i> . . . . .	255
30 <sup>e</sup> COURS. — LE MARIAGE DES PROTESTANTS . . . . .	263
30 <sup>e</sup> COURS ( <i>suite</i> ) ET 31 <sup>e</sup> COURS. — LE LIEN DU MARIAGE PENDANT LA RÉVOLUTION (chap. 4); . . . . .	271
I. — L'œuvre de la Constituante et de l'Assemblée législative : sécularisation du mariage; établissement du divorce . . . . .	271
II. — Le divorce de 1792 à 1804. . . . .	289

	Pages.
32 <sup>e</sup> ET 33 <sup>e</sup> COURS. — DEUX QUESTIONS SUR LE MARIAGE CIVIL (chap. 4, <i>suite et fin</i> ). . . . .	293
§ I. — Le mariage civil n'est-il qu'un contrat? . . . . .	295
§ II. — La question du divorce. . . . .	329
34 <sup>e</sup> A 38 <sup>e</sup> COURS. — DEUXIÈME PARTIE. LES EFFETS DU MARIAGE. . . . .	340
CHAPITRE I. — LES EFFETS DU MARIAGE QUANT AUX ÉPOUX ET QUANT AUX ENFANTS. . . . .	343
I. — Le mariage émancipe. . . . .	343
II. — La vie commune. . . . .	346
1. Mari et femme ne font qu'un. . . . .	358
2. Devoirs mutuels et égaux des époux. . . . .	362
3. Rôles et droits du mari et de la femme. . . . .	365
4. Devoirs des époux d'après le Code civil. . . . .	375
III. — L'association conjugale quant aux enfants. . . . .	384
CHAPITRE II. — LES EFFETS DU MARIAGE DANS LA FAMILLE. . . . .	389
§ I. — L'adoption. . . . .	390
§ II. — Les bâtards. . . . .	399
I. — Condition des enfants naturels. . . . .	400
1. Du bâtard dans la famille. . . . .	406
2. Légitimation . . . . .	409
3. Bâtards adultérins et incestueux. . . . .	410
II. — Preuves de la filiation des bâtards. . . . .	414
III. — Le droit intermédiaire. . . . .	415

# LIEN DE MARIAGE

## DIX-NEUVIÈME COURS

### Plan général.

D'après le plan tracé dans l'Introduction générale, c'est l'histoire même du *lien de mariage* que nous abordons en premier lieu : mais bien entendu son histoire, envisagée seulement dans notre Droit français, et non l'histoire universelle de l'institution, comme on y aurait si aisément tendance aujourd'hui sous prétexte de sociologie.

Or, il y avait, à l'origine de notre histoire propre de droit français (que nous datons de la chute de l'Empire romain et de la fondation des royaumes barbares), des données déjà traditionnelles, dont il serait oiseux de nous enquérir davantage pour faire une étude préhistorique du mariage, en prétendant remonter jusqu'aux origines de l'humanité, suivant les phases plus ou moins étranges et problématiques imaginées par certains auteurs modernes. Chez les Romains comme chez les Germains, voire même chez les Gaulois au temps de César, le mariage était déjà connu et pratiqué comme l'union durable d'un seul homme et d'une seule femme, union tenue pour légitime autour d'eux dans leur famille et impliquant un sérieux caractère de moralité.

Sur tous ces points les témoignages abondent chez les Romains à propos des *justæ nuptiæ*. Celui de Tacite est des plus explicites pour les Germains. Il en était de même chez les Hébreux, aux approches de l'ère chrétienne, d'après les données de l'Ancien Testament. Inutile donc à notre sujet de nous engager dans l'examen obscur des coutumes de mariage ou d'union sexuelle, relevées chez des peuplades inférieures, et de nous poser la question tout incertaine de savoir si nos propres ancêtres, aux temps les plus lointains, ont dû passer par de tels bas-fonds avant de s'élever à la monogamie. Ce ne sont pas là des problèmes qui se posent dans une histoire de droit français. Et nous aurons assez d'autres questions capitales à étudier dans notre histoire du mariage, comme questions vraies et précises d'histoire du droit.

Mais quelles sont ces principales questions auxquelles nous devons nous attacher ? Fidèles à la méthode que nous nous sommes dictée dès le début<sup>(1)</sup>, il suffit de regarder tout d'abord à certaines notions essentielles de notre mariage moderne, qui nous ont semblé manquer à la monogamie des Romains et des Germains, pour aller droit aux points essentiels qu'il s'agit surtout de rechercher et de dégager dans notre propre histoire, comme ayant été les créations de cette époque du Moyen âge. Or notre institution du mariage, de tradition déjà ancienne, nous apparaît :

1° Comme impliquant *un lien* qui unit, mais qui enchaîne en même temps les conjoints dans l'état d'époux, considéré en principe comme perpétuel et indissoluble. C'est bien un lien de droit<sup>(2)</sup>, mais de plus un lien voulu et sanctionné par l'autorité publique, qui ne s'en remet pas seulement à l'amour, à l'entente, ou au sens du devoir pour assurer

(1) 1<sup>er</sup> Cours, p. 12.

(2) *Vinculum* était bien dans les définitions canoniques, mais entendu en un autre sens que le *vinculum juris ex contractu*.

l'union conjugale et qui la maintient de par la loi, en dehors des cas de dissolution légalement admis.

2° Ce lien conjugal résulte en outre de nos jours d'un *acte juridique* qui a beaucoup des apparences d'un contrat passé devant un officier public et qu'on appelle assez volontiers le plus solennel et le plus important des contrats; quoique nous aurons à reprendre et à discuter plus tard cette donnée comme insuffisante, car le lien du mariage est bien autre qu'un lien contractuel<sup>(1)</sup>. Rien de tel n'existait à Rome où les *justæ nuptiæ* n'ont jamais été rangées dans les *contractus* ou dans les *pacta* et ne se formaient plus sous l'Empire en *acte juridique* déterminé.

3° Nombreuses et spéciales sont les conditions, dont il faut tenir compte pour la conclusion régulière et la validité du mariage et qui sont connues encore sous leur nom traditionnel d'*empêchements*, dirimants ou prohibitifs, comme règles de fond; sans compter les règles de forme, ce que nous appelons la *célébration*.

4° Enfin toute cette organisation vraiment juridique imposée au mariage, c'est aujourd'hui de la société même qu'elle émane comme arrêtée et dictée par elle par voie d'autorité supérieure et en vue du bien commun. Hors de là, toute union, encore que volontaire et même durable, n'est à considérer que comme union irrégulière et inférieure. Et ainsi l'union des sexes, voulue par la nature même pour la perpétuité de l'espèce humaine, ne peut prétendre au nom, à la dignité, aux attributs du mariage, qu'en acceptant le lien conjugal tel que la société et ses lois l'ont fermement réglé.

Or *le lien conjugal* comme conception du droit, voilà précisément ce qui n'apparaît pas encore établi dans les lois et coutumes séculières, ni du côté des Romains, ni du côté des Germains, vers l'époque des invasions où s'ouvre l'his-

(1) V. notre Conférence de 1902 : « *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ?* »



toire de notre droit français. La puissance publique ou ce que nous appelons l'État, n'avait pas encore pris en main tout le règlement du mariage, dont elle traçait seulement quelques conditions et consacrait surtout quelques effets d'ordre pécuniaire, en laissant aux familles le soin de pourvoir et de veiller aux unions qui les perpétuaient (1).

Cela est bien visible pour la Rome antique. Jusqu'à Auguste, on n'y rencontre point de législation générale sur les mariages, faite au nom de l'État romain. C'est la coutume familiale et religieuse qui décidait de quelques points, tant la *patria potestas* dominait les *justæ nuptiæ*. Aussi en avait-elle fait, comme arrangement familial, tantôt l'union *cum manu*, ou *sine manu*, suivant qu'il convenait de faire entrer la femme dans la famille du mari, ou de la garder dans la sienne. Il est bien reconnu qu'il dépendait du *paterfamilias*, sa vie durant, de marier ou de ne pas marier ses enfants, comme de leur imposer ou interdire le divorce. Aussi est-ce dans cette puissance domestique que résidait le peu de lien conjugal qui pouvait s'imposer aux époux (2).

Lorsque à partir d'Auguste la *potestas* commence d'être ébranlée et que prévaut aussi ce mariage *sine manu*, qui juridiquement unissait si peu les époux, on ne voit pas que la législation d'État ait eu souci de mieux régler la conclusion du mariage et d'organiser un vrai lien conjugal au nom de l'intérêt public. Auguste a bien fait un crime public de l'adultère (seulement celui des femmes), mais le divorce et la répudiation étaient laissés à l'entière discrétion des époux. Après la *confarreatio* tombée en désuétude, nulle forme juridique n'était plus consacrée pour l'entrée en mariage dans ce droit romain, qui connaissait si bien pourtant les formalités publiques pour d'autres actes du *status familiaris*, comme l'adoption ou l'émancipation. Le

(1) J'ai étudié amplement tous ces points dans l'Introduction générale qu'il y aura lieu seulement de rappeler et résumer maintes fois.

(2) V. Introduction générale, 4<sup>e</sup> Cours, p. 95.

Droit n'avait conservé que certaines règles assez peu précises pour distinguer les *justæ nuptiæ* du *concubinatus* ou du *stuprum*. Il avait, par contre, quelques principes ordonnés et sanctionnés quant à divers effets rattachés au mariage, comme la dot et la prohibition des dons entre époux. Mais la conclusion même ou la rupture des mariages, comme les devoirs généraux qui en résultent, nous apparaissent vraiment dépourvus d'une organisation juridique suffisante. Il est si avéré qu'au droit romain classique avait manqué toute notion d'un lien conjugal, que, lorsque au III<sup>e</sup> siècle, pour Alexandre Sévère (1), se posera la question de savoir s'il y a lieu de permettre aux époux de renoncer à l'entière liberté du divorce, il s'y refusera en invoquant la vieille tradition romaine : *Libera esse matrimonia antiquitus placuit*, ou, autrement dit, le mariage doit rester libre, pour qu'on en puisse sortir librement.

Ainsi tout manquait au droit classique païen comme organisation d'un lien conjugal. Malgré quelques réformes du Bas-Empire devenu chrétien pour modérer, tout au moins, la *répudiation* en délimitant les cas de *repudium* justifiable, le droit romain impérial n'instituait pas encore un véritable lien d'ordre public, puisque, s'il réprimait (surtout pécuniairement) les abus, c'était sans maintenir l'union même comme *vinculum juris*.

Ce lien conjugal, réglé et maintenu au nom de la société, les *Germaines* ne le connaissaient pas davantage, eux, chez qui d'ailleurs la donnée de l'État, comme puissance et comme législation publiques, manquait bien plus qu'à Rome. Ils avaient sans doute au dire de Tacite une belle et sévère pratique du mariage, dont ils faisaient la source unique de leur parenté, et par suite le principe de leur famille, fortement constituée comme groupement solidaire des parents légitimes. Mais c'était aux familles

(1) V. Introduction générale, 7<sup>e</sup> Cours, p. 156.

mêmes de pourvoir et de présider aux unions matrimoniales qui les intéressaient si grandement. Aussi devait-il être rare qu'un jeune homme se mariât sans l'approbation et le concours de ses parents; et pour les filles, il semble bien qu'il ne pouvait y avoir d'union tenue pour légitime que si elles étaient données en mariage par leurs proches. Tacite l'avait déjà vu : *Intersunt parentes et propinqui, et munera probant*. Mais cette *desponsatio* dont parlent les textes barbares et les lois franques, n'apparaît que comme un accord familial entre le fiancé et les parents de la fiancée, sans nulle intervention d'autorité publique (1). Le mariage, ainsi formé avec le concours de la famille, demeurerait sous le contrôle et la protection de l'ensemble des parents. C'est à eux que devaient recourir les époux en cas de graves différends conjugaux, la femme, comme plus faible, ayant à compter sur l'appui de ses frères ou de ses proches. Aussi est-ce encore avec l'aide et l'assentiment de la famille que le mariage pouvait se rompre, et nous pouvons croire qu'il ne se rompait pas aisément, grâce à la force des mœurs familiales. Mais aucun principe supérieur n'en interdisait, ni n'en empêchait la rupture. D'ailleurs il apparaît clairement que la coutume primitive des Germains tolérait assez largement la répudiation par le mari, comme il se voit encore chez les Burgondes, dans la Loi Gombette, et pour les Francs, à travers les récits de Grégoire de Tours.

Les choses ainsi vues pour notre Gaule du côté de Rome et de la Germanie, il faut tenir pour certain que la notion d'un *lien conjugal* organisé et maintenu au-dessus des conjoints, par principe d'ordre public, manquait encore dans les lois et coutumes civiles du v<sup>e</sup> siècle, en deçà comme au delà du Rhin. Malgré quelque réaction, qu'on peut observer à partir du iv<sup>e</sup> siècle sous les empereurs chrétiens, à la suite

(1) V. Introduction générale, 14<sup>e</sup> Cours, p. 351.

de Constantin, la conclusion et la dissolution des mariages demeuraient surtout dans la sphère des coutumes familiales et religieuses.

D'où donc est venue en notre Occident cette notion essentielle d'un *lien conjugal* s'imposant aux époux en vertu d'une autorité supérieure, et les enchaînant dans le mariage, tenu pour indissoluble? Il n'y a pas de doute qu'elle est venue du christianisme par suite de sa conception propre d'un lien sacré dans le mariage : *Quod Deus conjunxit, homo non separet*. — Le lien conjugal a été de précepte évangélique, il fut notion fondamentale de la société chrétienne, où il a été consacré durant des siècles comme *lex divina*, avant d'être sécularisé comme principe de législation laïque et maintenu tant bien que mal au nom de l'État parmi les données essentielles du mariage civil. Or bien des traits de notre histoire du mariage ne peuvent se comprendre ou s'éclairer que par là, et notamment ce fait (universel d'ailleurs dans la chrétienté et non simplement français) que l'Église a eu pendant nombre de siècles sur le lien de mariage une souveraineté incontestée, par où elle put organiser alors une législation générale du mariage, qu'on lui a empruntée et reprise comme en la démarquant.

Notre étude ainsi comprise et circonscrite comme étude de l'organisation progressive du lien de mariage à partir du droit antique, il ne peut même s'agir ici d'entreprendre une histoire complète et minutieuse de l'institution, d'après toute la suite du droit canon et du droit civil. Ce serait, sur bien des points secondaires, une histoire fort complexe et parfois obscure, surtout dans le cours du Moyen âge. Il faut consulter sur ce point les canonistes eux-mêmes, ou ceux qui ont fait des études historiques du mariage canonique comme M. Esmein (1) il y a peu

(1) *Le mariage en droit canonique*, publié en 1891 par mon collègue et ami M. Esmein, forme une exposition d'histoire magistralement

d'années, et presque au même moment le docteur Freisen en Allemagne (1). Pour nous, et suivant notre idée première d'enseignement, nous devons rechercher surtout dans cet exposé historique ce qui peut vraiment servir à mieux comprendre et mieux apprécier le système de notre droit moderne, dans ses principes et les difficultés qu'il soulève encore. Partant de ce point de vue, j'énonce ainsi les questions générales auxquelles nous devons nous attacher :

I° Puisque l'Église catholique a acquis au Moyen âge et possédé pendant des siècles une souveraineté exclusive sur le lien même de mariage, *de sacramento et fœdere*, avant que l'État n'ait songé à réclamer contre elle, assez timidement d'abord sous l'ancien régime, plus résolument depuis la Révolution : c'est donc une première et principale question dans notre sujet que de nous l'expliquer en histoire, cette suprématie canonique, et de suivre le rôle respectif et les rapports de l'Église et de l'État dans notre histoire nationale du mariage.

II° Sous le gouvernement de l'Église s'était établi tout un ensemble de conditions de fond et de formes pour assurer la conclusion régulière des mariages. C'est le système des *empêchements*, de leur détermination et de leurs sanctions qu'il nous faudra passer en revue d'après les principaux traits de leur histoire; et de même ce qui concerne la *célébration*.

III° Viendra ensuite le grand principe d'*indissolubilité*, avec son tempérament de la *séparation de corps*, qui a été la plus considérable des innovations et conquêtes du droit canon.

IV° Et ces questions ainsi envisagées dans l'histoire de

ordonnée et documentée fortement. Il y aura lieu d'y recourir sans cesse pour le développement des théories canoniques, sauf à n'en point partager quelques conclusions.

(1) Freisen, *Geschichte des canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenlitteratur* (Tubingen, 1888).

notre ancienne France, il nous restera à les reprendre et à les suivre au cours de la Révolution jusqu'au Code civil.

Sur tous ces points d'ailleurs nous ne nous bornerons pas à une exposition purement historique. Il y aura à faire l'examen critique des systèmes qui ont pu être soutenus aux diverses époques sur la nature même comme sur les principes du lien de mariage.

## CHAPITRE I

### DES RAPPORTS DE L'ÉGLISE ET DE L'ÉTAT QUANT AU MARIAGE

Suivant la division que je viens de tracer, je m'attacherai d'abord à considérer le rôle respectif qu'ont joué les deux grandes autorités publiques de l'Église et de l'État dans notre institution du mariage jusqu'en 1789. L'histoire nous montre qu'il y a eu deux périodes principales à distinguer, avant et depuis le xvi<sup>e</sup> siècle, où l'État a commencé de revendiquer ses droits de puissance séculière, tandis que l'Église affirmait plus solennellement l'ensemble de ses principes au Concile de Trente. Cette question des droits respectifs de l'Église et de l'État a été si bien la question dominante en ce sujet, qu'elle a donné lieu par elle seule à de nombreux ouvrages dans les derniers siècles. Après les controverses agitées en France notamment par Launoy, Gerbais, Le Ridant, et sur lesquelles il nous faudra revenir, Pothier ouvrait aussi son ample *Traité du mariage*, en commençant par exposer cette question des deux *Autorités*, telle qu'il la voyait de son temps au point de vue gallican. C'est d'ailleurs un chapitre important et difficile de l'histoire générale des rapports de l'Église et de l'État (1).

Voyons donc aussi à la présenter et à l'étudier tout d'abord.

(1) C'est aussi par cette question que débute l'ouvrage de M. Esmein sur le *Mariage canonique*, mais en l'envisageant surtout jusqu'à l'époque du Concile de Trente. — Pour les derniers siècles, on consultera utilement

## § 1.

Suivant la méthode que j'ai indiquée au début de ces Cours et pour mieux faire comprendre, par comparaison même, la situation conquise au Moyen âge par l'Église en tout ce qui concerne le gouvernement du mariage avec les difficultés que cette longue tradition soulève encore, il est besoin de rappeler d'abord les traits essentiels de notre système moderne, d'autant qu'il semblerait aussi à première vue avoir été le principe romain.

Le système, d'où a procédé notre Code, c'est l'indépendance complète du mariage civil, la séparation, voulue surtout par l'État, du mariage civil et religieux. Ainsi que nous le répétons d'après la formule même de 1791 : *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil*. Par suite, l'État dans son Code formule à lui seul et de son côté toute une législation du mariage (formes et fond, preuve, dissolution, etc.); et à ses yeux, il y a mariage parfait par l'observance de ces seules conditions, comme il ne saurait exister sans elles. En outre l'État, pour mieux assurer cette indépendance du mariage civil, ne confie qu'à ses propres officiers le soin de célébrer les mariages, comme à ses tribunaux de statuer sur leur validité ou leur dissolution. Ainsi *législateur, célébrant, juge*, tout est civil.

Le reste est abandonné à la conscience des parties. Car si la loi civile a entendu, quant à elle, se placer en dehors de toute confession et intervention religieuse, elle ne méconnaît pas ou ne croit pas méconnaître en cela l'entière liberté de conscience et des cultes<sup>(1)</sup>. Elle a fondé son prin-

la thèse de M. Basdevant (1900) : *Des rapports de l'Église et de l'État dans la Législation du mariage, du Concile de Trente au Code civil*.

(1) Elle n'affirme pas que le mariage n'est en soi qu'acte civil, mais qu'elle le considère seulement ainsi. Le projet des rédacteurs du Code débutait au titre *du Mariage* par cet article : « La loi ne considère le mariage que sous ses rapports civils et politiques », qui a été écarté comme inutile, mais qui a été l'inspiration constante des travaux préparatoires.

cipe sur l'idée invoquée de mieux sauvegarder cette liberté pour tous. Elle avait déclaré même, en 1792, « qu'elle n'entendait pas nuire à la liberté qu'ont tous les citoyens de consacrer les mariages par les cérémonies du culte auquel ils sont attachés et par l'intervention des ministres de ce culte »<sup>(1)</sup>. De plus elle a voulu tenir compte, sinon en 1792, du moins à partir du Code civil, des croyances et traditions catholiques en rapprochant mieux ses conditions séculières de mariage de celles du droit canon, comme en rétablissant la séparation de corps à côté du divorce, en supprimant même tout divorce pour la plus grande partie du XIX<sup>e</sup> siècle. Mais c'est toujours l'État qui règle ainsi les choses à lui seul dans sa législation toute civile; si bien que, dans sa théorie et à l'égard des catholiques, le sacrement n'apparaît que laissé en dehors de l'accord juridique de mariage et ne semble pouvoir lui être adjoint qu'après coup, comme la bénédiction nuptiale elle-même.

Si notre droit civil s'est ainsi détaché des principes enseignés et pratiqués dans notre ancienne France pendant des siècles, on serait porté tout d'abord à croire que telle avait été déjà la donnée du droit romain, avant l'ère chrétienne et même encore sous le Haut et le Bas-Empire. Nos anciens légistes gallicans n'avaient pas manqué de rappeler et de forcer cette observation pour mieux soutenir leur thèse d'État. A Rome, on ne voit pas, avant ou après Auguste et jusqu'au temps des Empereurs chrétiens, que le mariage ait été considéré comme un acte principalement religieux et régi en droit par une autorité différente de la puissance civile. C'est elle qui en déterminait certaines conditions et certains effets, sauf faculté laissée aux époux d'y adjoindre leurs cérémonies de religion, païenne puis chrétienne<sup>(2)</sup>.

(1) V. L. 20 septembre 1792, t. VI, art. 8.

(2) Les *nuptiae*, à l'époque historique et depuis les XII Tables, n'apparaissent pas comme institution surtout religieuse, malgré la cérémonie de *confarreatio*. Et d'ailleurs la religion romaine se liait étroitement à la Cité.

Les *justæ nuptiæ* dans Gaius ou Ulpien figurent comme un accord d'ordre purement civil; et, succédant à l'ancienne coutume familiale, ce sont les lois et les Empereurs qui prononcent sur les conditions du *Connubium* comme sur la liberté et la validité des divorces. Il est vrai que cette organisation matrimoniale resta fort au-dessous de l'ensemble du droit romain classique; mais, pour insuffisante qu'elle ait été, toute cette législation demeurait alors aux mains de l'État.

Or, n'en est-il pas toujours ainsi, même au delà de l'époque classique et sous les Empereurs chrétiens! Si nous parcourons au Digeste et au Code les titres de *Ritu Nuptiarum* ou de *Nuptiis*, rien n'indique, aux constitutions du Bas-Empire, que l'union conjugale soit à considérer comme acte religieux et absorbé dans la notion d'un lien sacré. Constantin et Théodose II légifèrent directement sur le divorce pour commencer de le restreindre, sans même invoquer expressément les Livres Saints. On ne voit encore aucun effet juridique spécial rattaché à la cérémonie religieuse du mariage chrétien. L'État peut s'être montré au-dessous de sa tâche et hors du courant des idées nouvelles sur l'union conjugale; mais il ne semble pas encore avoir reconnu de souveraineté, c'est-à-dire de législation et juridiction à l'Église, qu'il laisse seulement enseigner et agir par les moyens qui lui sont propres, en dehors de lui. Jusqu'à Justinien, on ne peut signaler aucun acte ou aveu précis d'abandon des pouvoirs de l'État sur le règlement de l'union conjugale, pas même une concession spéciale et formelle de quelque juridiction sur le mariage. La grande loi Théodosienne de 449 contre le *repudium* en est un mémorable exemple dans tout l'ensemble de son texte. S'il en fut ainsi du côté de Rome, nous trouverions bien moins encore de législation publique sur le mariage parmi les Germains, qui ne semblent pas d'ailleurs avoir tenu grand compte de données religieuses dans le peu que nous connaissons de leurs antiques coutumes nuptiales.

## § 2.

Tout autre a été le système qui s'introduisit après la chute de l'Empire d'Occident et qui a prévalu, pour dominer manifestement, aux derniers siècles du Moyen âge. Nous le verrons bien déjà, vers le temps de Charlemagne, dans la suite de notre étude à travers cette époque obscure. Mais si nous poussons droit à des temps mieux éclaircis, tel le règne de Saint Louis, en consultant alors non seulement les recueils canoniques, mais les textes séculiers eux-mêmes ou tel véritable auteur civiliste comme Beaumanoir, nous voyons admis sans conteste qu'à « Sainte Église » il appartient ici de prononcer seule et directement quant au lien (1). A elle de régler les conditions et empêchements de mariage, comme les nullités ou les séparations, « les desseurements ». Ce ne sont plus les puissances séculières qui légifèrent sur le lien matrimonial, mais les Conciles et les Papes, comme on le peut suivre au livre IV des Décrétales de Grégoire IX. Cet ensemble des lois par elle ordonnées, l'Église aussi les sanctionne elle-même dans ses juridictions devenues les *Officialités*, le plus souvent avec ses moyens propres, mais sauf à faire appel s'il est besoin au bras séculier qui lui prête et doit lui prêter son concours. Telle est la doctrine reçue par les légistes les plus portés, comme Beaumanoir, à résister sur d'autres points aux empiétements d'une action excessive de l'Église. Les *Arrêts* de l'*Échiquier* normand comme les *Olim* ne contiennent pas de sentences sur la validité, la nullité ou la dissolution du mariage. Les puissances temporelles n'ont donc plus rien à dire quant au lien de mariage, *de foedere matrimonii*, c'est-à-dire quant à sa formation, sa dissolution et certains effets généraux. Tout ce qui leur appartient, c'est d'en régler les effets civils, surtout quant aux intérêts pécuniaires nés du mariage et aux

(1) Beaumanoir, chap. XI, n° 3; chap. XVIII, nos 1 et s., n° 9.

successions. — C'est bien là ce qui résulte de Beaumanoir et des auteurs des siècles suivants. Telle est aussi la doctrine formellement proclamée au Concile de Trente dans ses canons 4 et 12 : *de Sacramento matrimonii* (1), comme doctrine traditionnelle de l'Église, à l'heure où elle commence d'être fortement attaquée et où elle va chez nous s'ébranler.

### § 3.

Le fait ayant été incontestable et généralement accepté en France comme en toute l'Europe chrétienne, comment donc s'expliquer et suivre en histoire cette prépondérance acquise au cours du Moyen âge par l'Église, ses juridictions et son droit canon ?

Plusieurs explications en ont été données ; et même, pour qui ne se place qu'au point de vue de l'histoire, il en est de bien diverses qui restent en présence. Il faut au moins vous faire connaître les principales, en énonçant d'abord leurs dires, pour voir ensuite ce qu'il en faudra penser historiquement.

1<sup>o</sup>. Il y a l'explication traditionnellement donnée dans l'Église même, qui a été de nouveau rappelée et développée, en 1880 par l'Encyclique *Arcanum divinæ sapientiæ* de Léon XIII, et qui peut se résumer ainsi : si, depuis l'ère chrétienne, l'Église en est venue à gouverner souverainement le lien de mariage, c'est qu'elle a reçu directement de Jésus-Christ, son fondateur, ce pouvoir de législation et de juridiction, quand le mariage a été par lui régénéré et érigé en sacrement de la nouvelle Alliance. L'Évangile étant venu rappeler aux hommes que le mariage avait été primitivement d'institution divine et qu'il implique un lien indissoluble formé par Dieu lui-même, Jésus-Christ lui a rendu son caractère

(1) Canon 12. — *Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit.* — La Déclaration de 1639 sur les mariages, qu'elle venait priver d'effets civils, sera bien encore conçue dans ce système.

d'acte éminemment religieux, où le lien sacré se forme entre chrétiens dans la société religieuse, avant de compter quant à ses effets dans la société civile. De là sont venues comme principes fondamentaux l'unité, la perpétuité, la sainteté du lien de mariage, formulées et garanties par l'Église (1).

L'Église ajoute que ce pouvoir direct, qui lui est venu d'en Haut, elle l'a prétendu et exercé dès sa première heure, dès l'époque des Apôtres, comme pouvoir distinct et indépendant, encore que non développé dans sa plénitude sous l'Empire romain (2). Il n'a eu qu'à poursuivre en s'étendant et se fortifiant au cours du Moyen âge par l'assentiment universel des nations chrétiennes et de leurs Princes. Ainsi a-t-il joint à son titre de fondation divine, celui d'une possession bien des fois séculaire qui ne saurait être rattachée à une concession précaire de l'État, puisqu'il venait de Dieu même.

C'est grâce à cette autorité souveraine que l'Église a pu réorganiser le mariage et la famille, quand il lui a appartenu (ce qui devrait, dit-elle, lui appartenir encore), de gouverner entre chrétiens le lien conjugal, comme se réglant d'après son droit canon, se formant devant ses prêtres et se discutant, s'il y a lieu, devant ses juges. Quant aux pouvoirs séculiers, d'après elle, ils ne devaient plus avoir, entre chrétiens, qu'à reconnaître ce lien sacré et indissoluble, pour en régir les effets civils ou temporels

(1) V. à cet égard la doctrine de Saint Thomas d'Aquin, reprise dans l'Encyclique *Arcanum* et les Conférences du P. Monsabré, de 1887.

(2) V. Encyclique publiée chez Poussielgue, traduction autorisée, p. 8. « Le Christ, ayant donc ainsi avec tant de perfection, renouvelé et relevé le mariage, en remit et confia à l'Église toute la discipline. Et ce pouvoir sur les mariages des chrétiens. L'Église l'a exercé en tous temps et en tous lieux, et elle l'a fait de façon à montrer que ce pouvoir lui appartenait en propre et qu'il ne tirait point son origine d'une concession des hommes, mais qu'il lui avait été divinement accordé par la volonté de son Fondateur ».

au point de vue de la famille et des biens (1). C'est là ce qu'avaient consacré les coutumes du Moyen âge comme droit issu de la régénération chrétienne, en s'inspirant des données générales du lien sacré pour concevoir et ordonner plus heureusement ces effets civils eux-mêmes.

2° Historiquement, une thèse tout opposée s'est élevée depuis plusieurs siècles à l'encontre de l'Église, thèse exclusivement civiliste, qui s'est d'ailleurs traduite en des termes assez différents suivant les époques ou le degré de foi de ses partisans (2). La voici, surtout chez nombre d'auteurs modernes. Partant de cette idée, posée en axiome, que le mariage est par essence à considérer comme un acte et un engagement d'ordre temporel, qui doit être gouverné par la société civile, ils en infèrent que la souveraineté exclusive, exercée durant des siècles par l'Église, n'a pu être qu'empiètement sur les droits de l'État : entreprise à peine commencée dans l'Empire romain, même au Bas-Empire, qui n'a pu réussir et s'achever au Moyen âge que par suite d'une longue et regrettable défaillance des puissances séculières; usurpation contre laquelle il a été aussi juste qu'utile de réagir au nom de la société civile. Et, tout imbus de cette idée première, voici en quelques propositions ce qu'ils articulent au point de vue de l'histoire :

C'est d'abord que l'Église, en ses premiers siècles et du temps des Empereurs païens, n'aurait encore prétendu nulle autorité publique de législation et de juridiction sur le mariage, se bornant à quelque action, dite purement disciplinaire et tout indirecte, dans les associations chrétiennes pour une observance plus sévère de l'union conjugale. Même après l'avènement des Empereurs chrétiens, l'Église aurait seulement demandé ou inspiré quelques mesures

(1) L'Encyclique de Léon XIII le redit encore.

(2) Elle a commencé chez nous avec la Réforme. Elle se voit déjà dans Launoy au grand scandale de Gerbais, pour se développer lentement au XVIII<sup>e</sup> siècle, et se formuler à la Révolution.

de législation civile au sujet des divorces suivis de nouvelles noces, mais sans prétendre encore à une puissance directe et exclusive sur le lien du mariage, bien au contraire, en reconnaissant par là même le pouvoir supérieur de l'État. — Il en aurait été encore ainsi, comme principe, au lendemain des invasions barbares et jusqu'au temps de Charlemagne, sauf influence et inspiration chrétienne de plus en plus sensibles dans la législation civile des deux premières races, mais toujours sans nulle souveraineté directe de l'Église. Enfin, ce serait seulement dans la grande confusion alors survenue et qui a produit aussi le régime féodal, que l'Église aurait décidément attiré à elle et accaparé la plénitude de juridiction et de législation sur le lien de mariage. Grâce à la faiblesse des Rois devant la Papauté grandissante, les prérogatives traditionnelles et légitimes de l'État auraient ainsi « glissé aux mains de l'Église », comme tant d'autres ont pu être usurpées par les seigneurs en droit public et civil. — Voilà donc quand et comment l'Église aurait conquis pour longtemps la place de l'État, en se servant du rôle et de la part qu'on avait pu lui reconnaître comme autorité religieuse, pour tout amener à elle sous le couvert du sacrement. D'où l'on conclut à la mesure nécessaire et légitime d'une revendication complète au nom de l'État.

Telle est dans son apparence générale la thèse historique des civilistes; mais il y a bien des nuances à observer parmi ceux qui l'ont soutenue aux diverses époques, soit dans l'Ancien régime, soit de nos jours. Tandis que la plupart de nos anciens Gallicans, fermes croyants pleins de respect et de ménagements pour l'Église, visaient seulement, quand ils contestaient son pouvoir exclusif, à rétablir certains droits de l'État jusque sur le lien conjugal et ne concluaient guère qu'à l'entente des deux autorités, spirituelle et temporelle, sur le mariage considéré à la fois comme contrat civil et sacrement (1); nombre d'histo-

(1) Ce qui sera expliqué plus loin au 23<sup>e</sup> Cours....

riens ou théoriciens modernes, à partir de la Révolution, n'ont plus voulu reconnaître d'autorité publique, comme législation et juridiction, qu'à l'État seul. Répugnant à toute idée de chercher une entente, ils ont été amenés à ne voir qu'usurpation ou intolérance dans la longue possession de l'Église. Et il va de soi, que chez ceux qui sont étrangers, réfractaires ou hostiles à toute idée de religion, la longue et durable souveraineté de l'Église sur le mariage leur apparaît, bien plus encore comme un abus ou une aberration attribués aux désordres et aux ténèbres du Moyen âge. Cela fut dit en 1792, lorsqu'on préparait les deux lois d'État civil et de Divorce (1).

3° Il y a, dans ces deux explications, des points de vue systématiques, soit de théologie, — soit d'étatisme ou d'anticléricisme, auxquels nous ne pouvons nous attacher comme convenant à une recherche impartiale d'histoire.

Ainsi pour la thèse de l'Église (et tout en laissant à chacun l'entière liberté de sa croyance), il nous est impossible de n'envisager historiquement la longue souveraineté de l'Église sur le mariage que comme un article de foi ou de catéchisme, de l'exposer uniquement comme s'étant établie dès l'origine du christianisme par l'intervention directe de Dieu lui-même, qui l'aurait réservée à l'autorité religieuse en commandant de la lui maintenir. Autrement dit, nous ne pouvons nous borner à des considérations sur-naturelles, pour expliquer cette conquête et longue possession de l'Église, qui a été par elle-même un grand fait d'histoire générale, à expliquer humainement.

Mais je ne saurais davantage, en niant ou omettant par idée préconçue le caractère religieux du mariage que tant de générations ont admis et reconnaissent encore, partir de ce principe que l'union conjugale n'aurait jamais dû être qu'affaire temporelle et n'a pu échapper si longtemps à la souveraineté de l'État que par empiètement ou défaillance.

(1) On le peut lire au rapport de Murairé sous la Législative.

L'autorité exclusive de l'Église sur le lien conjugal a été un fait général et de longue durée, comme la croyance à un lien sacré dans le mariage qui l'a préparée et soutenue. Cette autorité exclusive a été fondée au cours des siècles sur l'assentiment universel; elle fut acceptée des rois eux-mêmes qui n'ont point semblé se plaindre, ni se douter d'une usurpation. Il faut donc nous l'expliquer en histoire comme un fait légitime et régulier autant que réfléchi, en cherchant surtout à l'envisager et à le suivre humainement d'après les données seules de l'observation et de la raison.

Or voici quelles conclusions j'aurai à vous proposer comme résultant de faits que nous aurons à voir se dérouler en les discutant. Tout d'abord il nous apparaîtra que l'Église aux premiers siècles, n'ayant pu s'organiser et se développer que lentement en société parfaite et universelle, n'a prétendu et obtenu que peu à peu, mais non d'emblée, ces pouvoirs exclusifs de législation et de juridiction matrimoniales qu'elle n'a possédés pleinement qu'au Moyen âge. Tant qu'a duré l'Empire romain, elle n'a pu régir le mariage qu'à côté de lui, comme autorité distincte dans sa sphère, mais non sur le même plan ni par les mêmes moyens. — Encore après les invasions et jusqu'au ix<sup>e</sup> siècle, elle ne fera qu'étendre fortement son action législative et juridictionnelle sur le mariage avec le concert et l'appui des rois francs, tout disposés à reconnaître ici son ministère canonique, mais sans y paraître encore unique souveraine, à leur exclusion. Ce n'est vraiment qu'à partir du ix<sup>e</sup> siècle que l'Église deviendra seule maîtresse de gouverner tout le lien de mariage. Mais cette souveraineté, dès lors incontestée et qui se préparait depuis longtemps, n'aura pas en histoire le caractère d'une entreprise politique poursuivie à l'encontre de l'État. L'Église ne l'avait prétendue et acquise que comme répondant à sa notion de pouvoir spirituel, chargé de dégager et d'appliquer les lois divines. Si elle y a réussi, à travers cette époque si profondément



pénétrée de sens religieux, cela fut dû principalement aux causes suivantes qui n'ont guère à voir avec le morcellement féodal du pouvoir temporel :

a) A la conviction par elle imprimée dans la chrétienté que le mariage consiste en un lien d'essence religieuse et compte parmi les sacrements. Là était l'idée nouvelle et fondamentale que le christianisme avait apportée comme un dogme contraire à nos axiomes civilistes. C'est bien par cette idée que l'Église a conquis et justifié sa souveraineté sur le lien conjugal entre les chrétiens, pour ne laisser au pouvoir temporel que le soin des effets civils auxquels elle n'a jamais généralement prétendu, ni en théorie, ni en fait, comme n'étant plus de son domaine.

b) Outre ce changement profond dans la direction des esprits sur les données essentielles du lien de mariage, le pouvoir de l'Église se développa aussi grâce à la régénération morale provoquée et dirigée par le christianisme dans cette institution matrimoniale, si mal conçue et réglée dans l'antiquité païenne et surtout dans le monde romain (1). Par sa notion du lien indissoluble et par ses conceptions nouvelles de l'association conjugale, l'Église a fait du mariage chrétien la fondation morale et juridique de la famille. Ce qui fut un grand bienfait, dont la souveraineté sur le lien du mariage a été l'une des récompenses.

c) A quoi s'ajoute encore la considération de toutes les théories et constructions nouvelles que l'Église établit sur le mariage, dans son droit propre ou droit canon. L'indissolubilité formulée et sanctionnée avec le tempérament de la séparation de corps, le système des empêchements avec action en nullité pour les dirimants, la légitimation par mariage subséquent, le mariage putatif, autant de règles inconnues au droit antérieur et que l'Église réussit à dégager et à édifier par ses moyens propres. L'organisation,

(1) Sans compter qu'elle élargit la sphère du mariage sacrement jusqu'à le faire admettre et protéger aussi bien pour la multitude des esclaves et des serfs.

comme la notion du lien conjugal ayant été son œuvre, l'œuvre de ses docteurs, de ses conciles et de ses papes, elle l'a conquis pour l'avoir créé, là où l'État n'avait su le faire par lui-même. C'est à mes yeux l'une des raisons qui expliquent et justifient le mieux sa pleine et longue suprématie.

d) Et je ne méconnaîtrai pas sans doute que l'Église, après avoir répandu ces données toutes nouvelles au sujet du mariage, a d'autant mieux conquis cette position sans partage que la notion et l'action de l'État s'étaient affaiblies au Moyen âge, dès la monarchie franque et surtout aux temps féodaux. Il reste vrai de dire que *les institutions de l'Église ont alors sur bien des points suppléé celles de l'État* (1). Mais pour ce qui est du mariage, elle avait commencé d'y suppléer dès l'Empire romain et bien avant l'époque féodale, par suite de ses nouvelles conceptions du lien conjugal inconnues de l'antiquité. — Il nous semblera donc que la souveraineté, c'est-à-dire la législation et la juridiction reconnue de l'Église, a eu d'autres causes que la défaillance générale de la royauté vers la fin de la seconde race. Elle a eu des causes profondes tirées de la nature même du mariage et qui militent encore pour l'Église en bien des consciences chrétiennes. Ce serait se méprendre de ne voir là qu'un phénomène analogue à ceux de la féodalité démembrant et dépouillant passagèrement la royauté de ses légitimes prérogatives d'État. Si bien que le problème entre l'Église et l'État resta et demeure encore discuté, quant au mariage, bien après que la féodalité a disparu.

(1) V. cette formule même et son développement dans les Prolégomènes du *Polyptique d'Irminon* par Benjamin Guérard.

## VINGTIÈME COURS

## L'Église et le Mariage dans l'Empire Romain.

C'est à l'histoire, observée sans parti pris depuis l'ère chrétienne et à travers le Moyen âge, qu'il faut demander de nous fixer sur l'explication la plus juste. Mais il est encore une remarque préalable qui s'impose au sujet de la notion même de l'Église, afin de mieux entendre la suite de ses rapports avec l'État.

Pour s'expliquer le rôle conquis par l'Église en ce domaine du mariage, et pour comprendre d'ailleurs l'enfantement de son Droit canon fonctionnant comme droit distinct des lois séculières, il importe d'avoir présente la donnée fondamentale de l'Église catholique, conçue et organisée en société universelle des chrétiens, vivant comme telle en dehors des sociétés civiles<sup>(1)</sup>. Pour la catholique, c'est une vérité élémentaire qu'il fait partie à la fois des deux sociétés, d'ordre spirituel et d'ordre temporel, soumis aux lois et aux pouvoirs consacrés dans chacune et qui sont aussi bien pour lui des autorités

(1) En outre de nos livres généraux d'*Histoire du Droit* qui sont à consulter sur cette grande question, il faut signaler surtout les six Conférences où M. Chénon a donné un résumé si méthodique et substantiel des *Rapports de l'Église et de l'État du 1<sup>er</sup> au 20<sup>e</sup> siècle*. — V. aussi, l'ouvrage d'Émile Ollivier, *Sur l'Église et l'État au Concile du Vatican*, surtout dans son chapitre II.

publiques et souveraines pouvant légiférer et juger dans leur sphère respective. Il y a seulement cette différence, que l'Église, avec son caractère de société spirituelle et universelle, n'est attachée à aucun territoire. Mais elle forme bien aussi une société complète, avec ses pouvoirs hiérarchisés : pouvoirs supérieurs reconnus aux Papes et aux Conciles œcuméniques, pouvoirs ordinaires attribués au corps sacerdotal des Évêques et des Prêtres. Aussi, dans cette organisation générale, a-t-elle sa législation propre, formant le Droit canon tel qu'il a été recueilli dans le *Corpus juris Canonici* et les additions ultérieures. Elle a de même sa juridiction, celle des Évêques. Elle a aussi ses moyens de sanction, dont les principaux sont la Pénitence et l'Excommunication comme peines d'ordre spirituel et la nullité des actes faits en violation de ses lois<sup>(4)</sup>.

Ainsi s'est-elle édifiée, avec le temps sans doute, car toute cette constitution de l'Église universelle n'a pas été l'œuvre d'un siècle : mais elle y a tendu dès les premiers temps sous une direction précise, qui l'a conduite sûrement vers cette organisation catholique<sup>(2)</sup>. Et cette société s'est donnée comme ayant reçu mission, pour le bien des âmes et leur destinée future, de dégager, de formuler, de faire appliquer les lois divines restaurées par son fondateur en proclamant et en accomplissant la grande parole évangé-

(1) V. dans Vacandard, *Études de critique et d'histoire religieuse*, 2<sup>e</sup> série, les discussions engagées sur la *nature du pouvoir coercitif de l'Église*, quant à la question de savoir si l'Église pourrait dépasser l'application des peines spirituelles contre les violeurs de ses lois.

(2) Parmi les textes anciens où cette idée a été la mieux exprimée, on peut citer ce fragment rattaché aux lettres du pape Innocent I<sup>er</sup> : *Catholicorum episcoporum unam confessionem esse debere apostolica disciplina composuit. Si ergo una fides est, manere debet et una traditio. Si una traditio est, una debet disciplina per omnes ecclesias custodiri. Diversis in regionibus quidem ecclesiae sunt conditae, sed per omnem mundum unitate fidei catholicae una est appellata*. — V. Mansi, t. III, p. 1136, où ce texte est donné comme n<sup>o</sup> 6 des *Canones Synodi Romanorum ad Gallos Episcopos*.

lique qu'il faut rendre à César ce qui est à César, mais à Dieu ce qui est à Dieu.

Or, l'union conjugale intéresse aussi bien ces deux sociétés, puisqu'elle a pour but de perpétuer l'une et l'autre et d'entretenir dans l'Église les générations de fidèles, comme dans l'État, celles des citoyens. Il leur importe à toutes deux que cette union naturelle et nécessaire, de l'homme et de la femme soit organisée et maintenue comme institution du mariage pour le bon ordre de la famille et le bien de l'humanité (1). C'est pourquoi, en présence des défauts et des désordres de l'institution païenne ou même hébraïque, le fondateur de l'Église et ses Apôtres ont voulu restaurer le mariage. Ils sont venus rappeler, suivant la Genèse, que l'union de l'homme et de la femme ayant été réglée par Dieu même dans le plan de sa création, mais s'étant corrompue à travers les âges, devait être réformée et proclamée indissoluble : jusqu'à devoir imiter ou figurer l'union de Jésus-Christ et de son Église, comme l'ajoutera Saint Paul en déclarant qu'il voyait là un grand acte ou mystère parmi les Chrétiens : *Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia.*

Ainsi s'est formée dans cette société nouvelle la notion du mariage érigé en sacrement qui, vu dans l'ordre de la grâce, sanctifie l'union conjugale, et qui, observé par son côté juridique, est le lien indissoluble noué et maintenu par Dieu lui-même. Par là aussi, en portant le mariage à son plus haut degré de moralité et de perfection, c'était en faire un acte éminemment religieux quant au lien sacré qu'il doit produire ; d'où l'idée fondamentale du mariage entre chrétiens, relevant quant au lien et sacrement de la société religieuse dans laquelle il se forme, pour être soumis d'ailleurs, quant à ses effets temporels,

(1) Tel est le raisonnement que nous verrons tiré de prémisses posées par Saint Thomas d'Aquin et que nombre d'auteurs anciens, notamment Gerbais, invoquaient comme principe de décision et de conciliation sur les rapports de l'Église et de l'État en notre matière.

aux lois et autorités de la société civile qui en a justement souci, et sur lesquels l'Église, d'après ses fins mêmes, n'a rien à prétendre.

Tel devait être le fond de la doctrine traditionnelle de l'Église encore rappelée dans l'Encyclique *Arcaenum* de Léon XIII. Et qu'on veuille ou non la tenir comme règle de croyance, toujours est-il que cette tradition a été et qu'elle est encore par elle-même un grand fait historique, puisqu'elle a régné durant tant de siècles sur les esprits et les consciences, et sur combien encore aujourd'hui !

S'il en a été ainsi, si l'Église s'est bien organisée en société distincte et parfaite, si le lien conjugal a été considéré dans la conscience chrétienne comme restauré et consacré par loi divine, comment contester que l'Église ait voulu de tout temps et dès la première heure le régir par autorité directe, au moyen de sa législation et de sa juridiction propres ! Comment s'étonner aussi qu'elle ait pu y réussir, jusqu'à suppléer et évincer l'autorité de l'État, si lui-même a pendant de longs siècles failli à sa tâche de régler et de sauvegarder cette institution du mariage, nécessaire au bien des sociétés humaines, même temporelles ? Là est le nœud de la question sur les rapports de ces deux pouvoirs distincts de l'État et de l'Église, qu'il nous faut maintenant observer dans l'histoire de tant de siècles, en notre sujet.

## I

La religion du Christ et son Église n'ont commencé de surgir dans l'Empire romain que bien après la formation de l'État, qui avait la direction séculaire de la législation et de la justice. Et l'on sait d'une manière générale combien, à Rome, l'État était constitué fortement. A première vue l'État nous semble donc, avant l'avènement du christianisme, avoir été dans le monde romain en possession de régir le mariage à lui seul. Telle est bien l'apparence, et ce qu'il faut rechercher, c'est quand et comment l'Église

est venue à conquérir, sur la formation et la dissolution du mariage, un pouvoir dont l'État semble ainsi avoir été dépouillé.

J'ai dit comment une certaine opinion l'expliquait, en soutenant que l'Église n'aurait conquis sur le mariage une véritable autorité de pouvoir public qu'après la chute de l'Empire romain. Jusque-là l'État l'aurait gardée toujours et pour lui seul, sans subir ni reconnaître de concurrence légitime ou de partage; si bien qu'on réduit, dans cette période de cinq siècles, le rôle de l'Église à celui d'action dite purement disciplinaire, ignorée ou tolérée au-dessous de l'État, mais cherchant parfois à provoquer ou implorer des lois impériales<sup>(1)</sup>. La principale raison qu'on

(1) « *Réglementation disciplinaire, juridiction disciplinaire* », redit constamment M. Esmein pour qualifier l'action de l'Église durant les neuf premiers siècles; et c'est à cette donnée qu'il rattache toute son explication historique des progrès canoniques dans l'Empire Romain, et même dans l'Empire Franc jusqu'à l'époque féodale, où une poussée vague et confuse de la coutume aurait élevé la souveraineté de l'Église par-dessus les princes séculiers (p. 26). C'est aussi par des voies et moyens disciplinaires qu'il voit débiter et s'organiser la plupart des théories juridiques du droit matrimonial canonique. Mais le terme *disciplinaire* est un mot dont le sens à travers tous ces développements n'a pas été posé avec une précision suffisante. Il ne saurait s'agir, bien entendu, d'un pouvoir disciplinaire analogue à celui que nous voyons encore consacré, sous ce nom même, d'après nos lois pour atteindre au delà du droit commun les manquements professionnels ou certains genres de fautes commises en des corps civils ou militaires. Quant à comparer l'action de l'Église aux procédés dits parfois de discipline que peuvent employer encore de nos jours, pour assurer l'observance de leurs statuts ou de leurs coutumes, les associations et les syndicats, c'est rabaisser l'organisation de l'Église et son droit Canon jusqu'à les défigurer. Car il faudrait alors qualifier le droit Canon tout entier de pur règlement disciplinaire et ramener l'Église à la notion d'une association ordinaire ou d'une collection d'associations disséminées dans toute la chrétienté. Au fond de cette doctrine il y a une négation de ce grand caractère de société universelle et parfaite, qui est reconnu dans l'Église catholique depuis tant de siècles, et que Léon XIII a magistralement rappelé et développé dans l'Encyclique *Immortale Dei*, pour condamner l'opinion de ceux qui « traitent l'Église comme si elle n'avait ni le caractère,

en donne c'est qu'il ne devait pas appartenir à l'Église de dicter des lois susceptibles de s'appliquer comme telles dans l'Empire romain.

Mais les prémisses de ce raisonnement sont-elles justes? Parler ainsi de l'État romain comme ayant toujours gardé par devers lui cette autorité exclusive sur le mariage, est-ce bien présenter les choses sous leur vrai jour? Est-ce aussi, dès cette époque, reconnaître son vrai caractère à cette action de l'Église, que l'on constate comme déjà bien efficace tout en la qualifiant de purement disciplinaire et secondaire?

N'oublions pas que la question n'est point posée sur tout l'ensemble du droit matrimonial, dont une grande partie fut toujours gardée par l'Empire comme matière civile. Il s'agit seulement de suivre à partir de cette époque l'organisation juridique *du lien conjugal indissoluble*, puisque c'est là seulement ce que l'Église a réclamé, sans prétendre à tout gouverner dans le mariage et ses effets. Or, s'il est vrai que notre donnée chrétienne et civile du lien conjugal n'existait pas à Rome et ne s'y est pas traduite dans les lois séculières du Haut et du Bas-Empire, tandis qu'elle s'organisait déjà en règle canonique dans la société des chrétiens, est-ce une vision exacte de considérer l'État romain comme ayant continué d'exercer seul tout pouvoir dans notre matière, lui qui n'avait pas cette notion juridique d'un lien supérieur dans le mariage et qui n'a pas su l'y établir? Et n'est-ce pas réduire systématiquement le rôle de l'Église dans l'Empire même, que de n'envisager son œuvre d'alors qu'à titre d'enseignement moral et d'action purement disciplinaire, au lieu d'y reconnaître une législation et une juridiction véritables, qui se dressent concurremment et avec autonomie dans la société religieuse?

ni les droits d'une société parfaite et qu'elle fût simplement une association semblable aux autres qui existent dans l'État, et qui pour tout ce qu'elle a de droits et de puissance légitime d'action, la font dépendre de la concession et de la faveur des gouvernements ».

C'est aux faits de répondre, à partir de l'ère chrétienne, en les envisageant successivement à ces deux points de vue de la législation et de la juridiction, pour voir s'il en résulte ou non la donnée historique d'un pouvoir propre et indépendant, comme prétendu et exercé déjà dans l'Église.

#### § 1.

Envisageons d'abord le point de vue d'*action législative*. Il est avéré qu'au temps même d'Auguste et de Tibère, Rome n'avait dans son mariage *sine manu*, qui prévalait dès lors, qu'une institution bien imparfaite et une pratique fort relâchée de l'union conjugale. Vous n'auriez qu'à vous reporter aux exposés qui sont faits dans les traités classiques de Droit romain, pour observer combien le mariage en tant qu'union des personnes était peu réglé par des lois ou des coutumes précises. En droit, nul lien établi par autorité publique au-dessus de leurs têtes, n'enchaînait les époux, puisqu'ils pouvaient user à volonté du divorce mutuel ou du *repudium* <sup>(1)</sup>. En fait, la pratique était déplorable comme l'attestent de nombreux et sûrs témoignages empruntés aux Romains eux-mêmes. Il suffit de rappeler la *Laudatio Turix*, qui nous donne l'exemple d'une belle union romaine, pour y lire combien le divorce était alors usuel et comment des époux vraiment unis avaient besoin de réagir contre un tel système de mariage, n'impliquant ni lien, ni communauté entre eux <sup>(2)</sup>. Il n'existait d'ailleurs jusqu'à Auguste aucune législation publique sur l'ensemble du mariage *sine manu* <sup>(3)</sup>, laissé aux coutumes familiales quant à sa formation et à sa dis-

(1) V. Introd. générale, au VI<sup>e</sup> Cours.

(2) *Rara tam diuturna matrimonia, morte non divortio interrupta.*

(3) N'en pourrait-on dire autant du mariage *cum manu*, puisqu'on n'a pu, sur son organisation, relever de dispositions précises dans les XII Tables et qu'il n'existait guère qu'un souvenir légendaire des prétendues lois de Romulus.

solution. Dire que l'État réglait à lui seul et souverainement le mariage n'est donc qu'une affirmation théorique, puisqu'il n'usait pas de sa puissance pour l'organiser en institution.

Auguste il est vrai, s'était préoccupé de cet état du mariage dans la société romaine. Il a pris quelques mesures en vue de rendre les unions plus décentes, surtout plus fréquentes et moins stériles. Mais qu'on analyse ses lois, on n'y verra apparaître, ni plus de lien conjugal, puisque au lieu de restreindre le divorce il l'a plutôt stimulé comme divorce pour stérilité, ni plus d'association juridique entre époux puisqu'il a poussé à une séparation plus grande des intérêts par une première défense d'intercéder *pro marito* <sup>(1)</sup>. Quant aux questions de vie commune, il a sans doute réprimé sévèrement l'adultère, mais rien que celui de la femme, et, chose singulière, comme poursuivable par action publique, même dans le silence du mari, conception étrange où manquait en outre le sens de l'égalité des devoirs, qui allait devenir le principe du mariage chrétien. Aussi, et je ne saurais trop insister sur ce point, lorsqu'on cherche, comme *organisation juridique du mariage*, quel règlement légal et notamment quelles actions spéciales y répondaient dans ce droit romain qui, pour tant de rapports de droit, avait des actions propres et dénommées, que trouvons-nous au temps même d'Auguste : deux actions seules nettement dessinées : 1<sup>o</sup> une action criminelle contre la femme coupable, *crimen adulteri*; 2<sup>o</sup> l'action *rei uxoriæ* en restitution de dot sur laquelle pouvaient s'agiter en outre les questions de *retentiones ob liberos, ob mores*, etc., sanctions bien indirectes des abus de conduite en mariage ou en divorce. On peut y joindre encore comme règle de droit la formalité du *libellus repudi* imaginée par Auguste. Mais, d'action répondant à une notion juridique de lien conjugal, nulle trace dans cette union appelée

(1) V. Introd. générale, V<sup>e</sup> Cours, p. 128.

pourtant *justæ nuptiæ*. Point d'action, ni du mari, ni de la femme, pour exiger l'un de l'autre la vie commune, pas d'action pour faire prononcer le divorce ou la séparation en des cas déterminés; pas même d'action spéciale en nullité pour faire constater que le mariage n'a pas été régulièrement conclu, à raison de quelque empêchement (1). Toutes ces notions qui sont aujourd'hui si nettement construites manquaient au droit romain, où les questions de formation et de dissolution de *justæ nuptiæ* ne pouvaient venir qu'incidemment et indirectement sur quelque autre action civile ou criminelle.

Il se voit donc qu'au début de l'ère chrétienne, il n'y avait point, quant au mariage, une institution vraiment organisée par l'État, et dont il fut ensuite dépossédé, comme on a dépossédé en 1789 l'Église d'une institution vraiment construite par elle. Aussi la question qui se pose en histoire, est-elle plutôt de savoir comment, sur ce terrain presque délaissé par l'État, l'Église est parvenue dans son droit canon, à forger et à conquérir le lien de mariage comme son œuvre propre (2).

Observons ensuite que les Empereurs païens, successeurs d'Auguste, n'ont pas remédié à ce défaut d'organisation juridique du mariage, tandis qu'ils continuaient de restreindre la *patria potestas* comme pouvoir domestique dominant sur les époux. Si, après le siècle des Césars, les mœurs conjugales ont pu sembler s'améliorer dans la société païenne au temps des Antonins et des Sévères (3),

(1) V. sur tous les points, l'*Introduction générale*, d'où est ressortie cette conclusion qu'en affaiblissant la *patria potestas*, base et ressort de sa famille civile, le droit Romain n'a pas fait du mariage une institution bien ordonnée pour réorganiser la famille par lui, au point de vue des époux, des enfants et de la parenté.

(2) Car on pourrait bien dire que cette conquête de l'Église a ressemblé plus encore à l'occupation d'une *res nullius* qu'à quelque occupation ou usucapion du bien d'autrui.

(3) *Introd. générale*, VI<sup>e</sup> Cours.

si l'usage du *repudium* y est peut-être devenu moins scandaleux, il n'en reste pas moins vrai que rien ne montre les *justæ nuptiæ* traitées en acte juridique réglé par l'État, et qu'on chercherait vainement une législation et une juridiction chargées d'assurer quelque lien conjugal imposé au nom de la société civile. *Libera esse matrimonia antiquitus placuit*, c'est la donnée d'union libre encore rappelée et proclamée par Alexandre Sévère, comme principe du droit romain.

C'est alors que débute l'action chrétienne, dans ce coin éloigné de l'Empire, où déjà les Hébreux connaissaient une meilleure notion du mariage et avaient pour tradition de recevoir leurs lois, comme parole de Dieu. Le christianisme n'apportait pas seulement au monde ses croyances nouvelles sur les origines et la destinée future de l'homme. Il provoquait en même temps une révolution profonde dans la morale antique. Pour ce qui concerne l'union conjugale, il n'est pas contestable que par ses trois grandes idées : 1) du mariage institué par Dieu; 2) avec lien indissoluble; 3) avec devoirs égaux entre époux, il a transformé l'antique donnée des *justæ nuptiæ*, comme il a sapé la *patria potestas* par cette autre donnée de chaque union devant former une société distincte avec le mari pour chef (1); toutes idées que nous retrouverons comme devenues principes de droit moderne. Or, son action commence avec l'Évangile et on la voit aussitôt tournée contre le désordre des mœurs, contre la licence des mariages et l'abus des divorces (2). Ce qui est déjà marqué par le Christ avec le principe d'indissolubilité est fortement rappelé et développé par Saint Paul, comme règles du lien et des

(1) V. *Introd. Générale*, XVIII<sup>e</sup> Cours, p. 464.

(2) On le suit bien dans Saint Paul, comme un siècle après dans le Pasteur d'Herma. Les premiers apologistes, Saint Justin, Tertullien ne manquent pas de produire, en première ligne, cette amélioration des mœurs parmi les chrétiens.

devoirs conjugaux. Alors va commencer de s'organiser, tout d'abord sous forme d'associations locales, mais unies dans la pensée de recevoir et suivre une direction unique, cette société religieuse et universelle des chrétiens, où va être formulé et sanctionné un règlement nouveau du mariage, sorti de l'Évangile.

Est-ce bien là une loi distincte et indépendante qui surgit, c'est-à-dire une règle édictée publiquement par autorité reconnue comme autorité souveraine? Eh oui! et comment présentée? à titre de *lex divina, lex Christi, lex Evangelii*. Ce sont les expressions consacrées dès les plus anciens témoignages, par opposition aux lois civiles et impériales: *lex sæculi* ou *mundana*. C'est aux apôtres, aux docteurs et Pères de l'Église, aux premiers Conciles, de traduire et développer comme impératifs les préceptes de cette *lex Dei*. Notamment sur le point capital de l'indissolubilité du mariage, que le Christ avait rappelée et énoncée comme l'ordre de Dieu, on entendra presque aussitôt redire par Saint Paul à l'encontre du divorce: *His qui matrimonio juncti sunt præcipio, non ego sed Dominus, uxorem viro non discedere* (1). Voilà bien la règle qui se manifeste, proclamée et transmise. Car ce n'est pas là simple conseil ou avertissement de moralistes, comme en aurait pu donner Cicéron ou Sénèque. Il y a plus qu'une simple prédication dissuadant du divorce quand il est dit impérativement: Qui renvoie sa femme pour en prendre une autre commet un adultère (2), en violation de la loi de Dieu.

Ainsi une loi distincte et formelle s'est établie dans cette société religieuse, qui se forme et s'organise à travers l'Empire comme une cité nouvelle, *Civitas Dei*. Elle a,

(1) I<sup>re</sup> *Ad Corinthios*, chap. VII, n<sup>os</sup> 10 et 11; tandis que sur d'autres points, comme pour recommander le célibat, Saint Paul observera lui-même qu'il formule un conseil mais non un précepte.

(2) *Machatur*, Saint Mathieu, XIX, n<sup>o</sup> 9. Or *Machia* dans le langage hébraïque désignait bien tout délit contre les mœurs, entraînant répression.

pour résultat d'amener une observance plus austère du mariage qui se manifeste notamment par l'engagement de renoncer au divorce et plus encore aux mariages successifs après divorce (1). Nous verrons ensuite comment la société religieuse organisait la sanction de ses lois dans ses juridictions propres. Mais pour ce qui est de l'action législative, on ne saurait méconnaître qu'il se formait ainsi à travers l'Empire, une loi nouvelle et indépendante sur le lien de mariage, une loi donnée par autorité publique supérieure et la plus haute de toutes, *Lex Dei*, et loi universelle pour tous les chrétiens. Cette législation naissante, les Empereurs pouvaient l'ignorer, la dédaigner, ou la persécuter, mais il est bien clair qu'elle ne devait rien à leur concours et se formait distincte et indépendante de leur pouvoir.

Suivons encore cette idée d'une législation nouvelle de l'Église jusqu'à la chute de l'Empire romain d'Occident. Le Christianisme a grandi, si bien qu'au IV<sup>e</sup> siècle il est devenu la religion des Empereurs et bientôt de la population presque entière. On pourrait croire que dès lors les Empereurs chrétiens, comme chefs temporels, vont poursuivre au nom de l'État une réforme législative du mariage, répondant aux aspirations nouvelles et traduisant suffisamment en lois de l'Empire les principes de la loi évangélique: par exemple quant au divorce, quant à la répression plus égale de l'adultère, quant à l'extension d'empêchements nouveaux, quant à un règlement de discipline conjugale impliquant mieux l'association des époux sous la direction du mari; si bien que désormais il y aurait eu moins de place au développement d'une législation distincte et indépendante de l'Église. — Et tout d'abord voici quelques apparences en ce sens.

(1) C'est un païen, Pline le Jeune, qui témoigne lui-même que les chrétiens s'engageaient solennellement *neadulteria committerentur*. Dans le langage chrétien, *adulterium* avait le sens large de toute violation des lois canoniques du mariage.

La société religieuse n'était pas encore tout organisée en Église universelle avec cette unité et cette hiérarchie, qui en feront un pouvoir public spirituel aussi bien constitué que l'État et prétendant gouverner dans sa sphère à côté ou même au-dessus de lui. Les chefs religieux, les Évêques, n'avaient encore aucune objection de principe, ni de tradition, contre une action directe de l'Empire réformant le mariage dans le sens de la direction chrétienne<sup>(1)</sup>. Bien au contraire, ils semblent rechercher cette intervention des Empereurs, vis-à-vis desquels leur attitude et leur langage demeurent tous empreints de subordination respectueuse. Car à quoi visaient-ils? A réaliser efficacement la loi évangélique et par-dessus tout l'indissolubilité, avec quelques empêchements nouveaux. Il était bien naturel de songer, comme au moyen le plus sûr d'atteindre pleinement leur but, à stimuler l'action directe des Empereurs. Telle sera l'attitude de Saint Ambroise, conseiller politique du grand Théodose et de ses fils, en même temps qu'évêque de Milan et Père de l'Église, qui leur demanda expressément et obtint l'extension de l'empêchement de parenté jusqu'au degré de cousin germain<sup>(2)</sup>. On a pu voir aussi cette attitude dans une décision souvent rappelée d'un des conciles de l'Église d'Afrique tenu au temps de Saint Augustin, celui de Carthage (vers 406). Ce texte<sup>(3)</sup>, où se retrouve formulée, comme précepte canonique, la prohibition du divorce avec menace de pénitence comme sanction, se termine ainsi : *In qua causa legem imperialem petendum est promulgari.*

(1) Ce n'était pas alors comme au sortir du Moyen âge, quand l'Église contestera aux pouvoirs séculiers leur droit de reprises civiles sur le mariage conquis et gouverné par elle.

(2) V. au VIII<sup>e</sup> Cours, p. 190.

(3) *Placuit ut secundum evangelicam et apostolicam disciplinam neque dimissus ab uxore neque dimissa a marito alteri conjungatur, sed ita maneat aut sibimet reconcilientur; quod si contempserint, ad pœnitentiam redigantur, in qua causa legem imperialem petendum est promulgari.*

On a fort discuté sur la portée de ce texte pour soutenir qu'il impliquait une reconnaissance formelle par l'Église du droit exclusif de l'État de statuer en législateur du mariage. Eh ! non, ce n'était qu'un désir manifeste de faire concorder les deux lois, divine et humaine, pour aboutir à des résultats mieux assurés ! Mais du moins ne saurait-il être douteux que l'Église entendait ainsi solliciter un concours actif de l'État pour arriver ensemble et plus sûrement à supprimer le divorce. Aussi serais-je porté à croire que si l'État romain était entré franchement dans cette voie et avait alors consacré dans l'Empire, à la demande de l'Église, un lien de mariage fortement organisé en son droit civil, de manière à transmettre cette tradition d'État aux royaumes barbares, il est possible et même vraisemblable que l'Église n'eût pas attiré et gardé tout le pouvoir, à elle seule, pour en venir ensuite à le contester aux princes séculiers. Il se serait formé dès lors une entente ou concordat tacite pour organiser ensemble le lien du mariage. Mais les Empereurs chrétiens ne suivirent l'Église que de loin, retenus sans doute par diverses raisons d'État, par le besoin de ménager l'ensemble de leurs sujets, où comptaient encore tant de païens, comme aussi par les traditions séculaires du droit romain difficiles à renier entièrement<sup>(1)</sup>. Leur peu d'action législative ne répondit pas aux vœux de cette société chrétienne, qui toujours fixait les yeux sur l'idéal évangélique d'un lien indissoluble et fortement ordonné.

D'ailleurs sur combien de points n'est-il pas visible que les Empereurs demeurent en arrière ? Quant au point principal, c'est-à-dire quant au divorce défendu depuis longtemps entre chrétiens d'après la *lex divina*, Constantin avait bien et le premier tenté de mettre quelque frein aux répudiations capricieuses ou téméraires, non pas en les déclarant nulles mais en les frappant de peines sévères.

(1) V. Introd. générale, VIII<sup>e</sup> Cours.



Sa loi nous a été conservée au Code Théodosien et au Bréviaire d'Alaric. Mais il reste encore bien loin de la règle d'indissolubilité, puisqu'il ne gêne en rien le divorce par consentement mutuel. Et même il ne va pas jusqu'à organiser un vrai lien de droit, puisque la répudiation non justifiée est plutôt punie qu'annulée, sans empêcher juridiquement un nouveau mariage. Au v<sup>e</sup> siècle, Théodose et Valentinien dans leur grande loi de 449 ne feront pas davantage. Ils se borneront à déterminer, d'après l'état des mœurs, les causes multiples de répudiation légitime, en punissant surtout par des privations pécuniaires (au sujet de la *dos* et de la *donatio ante nuptias*) les répudiations faites sans juste motif. Mais s'ils posent bien comme maxime et mesure d'État que le mariage ne doit pas être aussi aisément rompu qu'à conclure (*favor imperat liberorum*), il n'est rien écrit comme principe d'indissolubilité (1). Ainsi donc l'idée d'imposer par le moyen des lois séculières un lien conjugal, même purement civil, c'est-à-dire un lien qui retient les époux dans l'état de mariage et les empêche d'en sortir à leur seul gré pour contracter leur vie durant une autre union légale, cette idée, devenue fondamentale depuis comme principe juridique du mariage, n'a pas été connue et appliquée par les Empereurs chrétiens malgré le précepte de l'Évangile. Elle n'a été formulée et réalisée que par l'Église, comme son œuvre propre de législation. — Sur d'autres points, même inaction du pouvoir impérial, comme nous le reverrons dans l'historique de certains empêchements. De même encore, nulle idée d'exiger la formation publique et solennelle des mariages, nulle idée de formuler en droit l'égalité des devoirs entre époux. Constantin modifia l'ancienne législation d'Auguste sur l'adultère de la femme en supprimant l'accusation publique comme

(1) V. au VIII<sup>e</sup> Cours, p. 203 et s. D'ailleurs, il importe d'observer qu'aucun mot dans cette loi ne fait allusion à des préceptes ou textes religieux, pour marquer du côté de l'Empire quelque pensée de concours législatif entre État et Église.

scandaleuse, pour attribuer l'action principalement au mari, mais il n'alla point jusqu'à proclamer coupable en droit positif l'adultère du mari, tandis que les docteurs chrétiens de son temps, ne cessaient d'opposer la loi divine à la loi humaine : *Apud nos quod non licet feminæ, nec licet viro* (1).

Il suit de là que, malgré le bon vouloir réciproque à partir du iv<sup>e</sup> siècle, les deux lois du mariage, celles de la société civile et de la société religieuse, ne marchent pas de concert et demeurent pour les hommes d'alors deux lois bien distinctes. Ils le répètent plus hardiment à partir des Empereurs chrétiens. Lactance l'écrivait au temps de Constantin. Les Pères de l'Église latine à la fin du iv<sup>e</sup> siècle, comme aussi bien ceux de l'Église grecque, le redisent maintes fois en opposant sans cesse *Lex humana et divina*. Et c'est précisément au sujet du mariage que Saint Jérôme a donné la formule la plus saisissante de cette dualité et de cette opposition : *Aliæ leges Cæsaris, aliæ Christi; Aliud Papinianus, aliud Paulus noster rescripsit*. Or remarquons bien les mêmes termes techniques, *Lex, Rescriptum*, employés aussi bien de part et d'autre. N'est-ce pas la proclamation manifeste de ces deux règles placées ainsi l'une en face de l'autre avec leur caractère de Loi, c'est-à-dire de préceptes édictés par voie de commandement au nom d'une autorité légitime et souveraine, l'une appelée *Lex humana* comme émanée du peuple, du Sénat ou des Empereurs; l'autre, *Lex divina* comme procédant de Dieu lui-même dans la société religieuse, sauf à être formulée et développée, d'après l'Évangile et les Apôtres, par les Docteurs de l'Église et bientôt par de véritables autorités constituées, celles des Conciles et des Papes?

(1) V. Introd. générale, IX<sup>e</sup> Cours, p. 208. — De même, au sujet du régime matrimonial, la législation des Empereurs, malgré des progrès coutumiers dus à la direction chrétienne se refuse à consacrer en droit civil une donnée véritable d'association conjugale dominée par le seul principe de puissance maritale. Ce qui était déjà la direction chrétienne deviendra plus tard notre direction coutumière.

J'en conclus donc que dès l'Empire romain se rencontrait déjà, quant au mariage, une *législation canonique* qui n'était pas sans doute encore dominante, qui ne prétendait pas encore absorber et supprimer celle de l'État, même quant à l'union des personnes, qui concourait plutôt avec le peu de lois impériales en les suppléant ou corrigeant pour tendre à organiser le lien conjugal, mais qui se posait bien en législation distincte et indépendante.

## § 2.

Mais maintenant, venons à la deuxième question, celle de la *Jurisdiction*.

Ces règles nouvelles du mariage formulées dans l'Église comme législation distincte, où était leur sanction? Y avait-il déjà au temps de l'Empire une juridiction des Evêques pour les faire appliquer par contrainte au titre de règles canoniques et non de simples préceptes ou recommandations de morale religieuse? L'objection qui se présente à l'esprit, c'est que les chefs de l'Église ne disposaient, pour leurs lois, ni des tribunaux d'Empire, ni de la force publique, ce qui nous semble pourtant inséparable de l'idée de droit positif comme moyen de sanction. Ils ne pouvaient les faire agir directement, ni même exiger subsidiairement leur concours. Or les injonctions, même religieuses, où la désobéissance n'impliquerait que le reproche intérieur de la conscience et des craintes éventuelles pour la vie future, ce n'est pas encore du droit positif qui suppose une autorité supérieure et agissante, ici-bas, pour le faire exécuter, comme pour l'édicter. Il semble donc que l'action chrétienne n'a pu être d'abord et longtemps que toute morale et non juridique, mais ne saurait être comparée au rôle d'un droit prétorien survenant à son tour *supplendi vel corrigendi juris civilis gratia* (1). Et c'est là ce qu'on a voulu

(1) Et pourtant, si les moyens d'action tirés de l'ordre spirituel ont été

marquer sans doute, en qualifiant son action de *purement disciplinaire*.

Mais ici encore, il faut bien entrer dans l'idée d'une société religieuse, s'organisant comme distincte avec son gouvernement et ses moyens propres d'action, pour se rendre compte de ce véritable droit nouveau du mariage, à l'exemple même de tout ce qui sera de droit canon. Sans doute à Rome et sous les Empereurs païens, ou même chrétiens, il n'appartenait pas aux Evêques de déclarer et de faire tenir directement pour nul dans la société civile un *repudium* ou un *divortium* contraire à la loi de l'Évangile. Ils n'auraient pu directement, ni interdire la restitution de dot réclamée à la suite d'un divorce *par eux réprouvé*, ni casser à titre de *nuptiæ injustæ* tel nouveau mariage qui s'ensuivait, pour faire en conséquence écarter des enfants comme *spurii* au lieu de *sui heredes* (1). Il est sûr qu'un magistrat d'Empire n'avait point encore à subordonner ses décisions à celles d'un Evêque, fût-ce l'Evêque de Rome, qui aurait déclaré un *conjugium non legitimum*, ni à en déduire des conséquences civiles contre les conjoints ou leurs enfants. Il n'avait pas plus à le faire pour des canons ecclésiastiques établissant des empêchements nouveaux que pour ceux repoussant les divorces, pas plus et moins encore qu'on ne le verrait aujourd'hui dans nos tribunaux séculiers pour causes analogues (2).

Mais l'Église avait déjà, comme elle les avait trouvés dès le début, ses moyens propres de sanction et de contrainte,

tout autres que ceux du Préteur romain, ne peut-on pas observer quelque analogie avec les grandes réformes prétoriennes dans ce relèvement et cette réorganisation du mariage dus au droit canon, dont il a été conservé tant de résultats heureux dans notre droit civil du mariage?

(1) Comme on le verra au Moyen âge où l'Église, prononçant la validité ou nullité du mariage, décidera en même temps de la légitimité des enfants.

(2) Mais de ce qu'aujourd'hui les lois canoniques n'auraient pas plus de pouvoir sur nos juges civils, aurions-nous l'idée de ne les envisager et qualifier que comme de simples règlements disciplinaires?

qui faisaient bien de ses commandements un véritable droit positif comme droit canon. Il appartenait aux chefs ecclésiastiques, aux Évêques, d'atteindre les infractions aux lois évangéliques, soit en excluant temporairement ou définitivement leurs auteurs de la communauté chrétienne, soit en leur imposant non seulement un blâme mais une pénitence alors publique, qui les rejetait dans une position inférieure. Il n'y avait rien là sans doute des peines corporelles que l'Église ne devait, ni ne pouvait prononcer et appliquer, mais il y avait dans cette excommunication et cette pénitence, quoique empruntées à l'ordre spirituel, des sanctions positives agissant bien comme répression effective en même temps qu'elles avaient toute leur portée comminatoire et exemplaire. Or, étant prononcées à la suite d'un examen et d'une sentence dans la société chrétienne, comment n'y pas voir œuvre de juridiction et de coercition, telle qu'il convient à la notion essentielle du droit? La ferveur chrétienne leur valut d'ailleurs pendant des siècles une efficacité dont nous avons quelque peine aujourd'hui à nous rendre bien compte (1).

(1) Il faudrait, ici, pouvoir entrer dans quelques développements sur ce qu'a été le système pénitentiel de l'Église en ses premiers siècles. Consulter sur ce sujet, dans les *Études de théologie positive* de Mgr P. Batiffol, celle qui a été consacrée aux *Origines de la Pénitence*. Il paraît bien établi que dans la primitive Église, où le baptême n'était conféré qu'après pénitence, il ne pouvait d'abord être question, après ce baptême, que d'une seule rémission nouvelle de graves péchés, tels qu'apostasie, fornication et homicide par l'*exomologèse*. Le pape Calliste, au II<sup>e</sup> siècle, fut le premier qui décida admettre la pénitence et l'absolution répétées après contrition, pour les fornicateurs : *Ego et mœchicæ et fornicationis delicta penitentia functis dimitto*. D'où la polémique de Tertullien composant son *De pudicitia* pour discuter et blâmer cette mesure comme trop indulgente, alors qu'il tournait déjà à la doctrine rigoriste des Montanistes. Mais, l'Église de Rome persista dans une application plus large de la maxime évangélique : « Les péchés seront remis à qui vous les remettrez ». Et ainsi, s'organisa tout le système canonique de la pénitence, que les Évêques seuls eurent d'abord le pouvoir d'administrer. Or cette pénitence, que l'Évêque n'appliquait qu'après examen, *cognita causa*, avait alors et eut longtemps

Suivons-en maintenant les conséquences quant à l'application des règles nouvelles sur le mariage, tout particulièrement quant à l'organisation juridique d'un lien conjugal avec principe rigoureux d'indissolubilité.

a) Et d'abord, nul doute que des époux chrétiens, non seulement par la simple vertu de leur foi mais par la crainte du châtement ecclésiastique d'exclusion ou de pénitence, reculaient devant l'idée d'user du divorce permis par la loi civile. Ceux-là ne répudiaient plus leur conjoint par caprice ou pour cause de maladie et de vieillesse, comme cela s'était vu si souvent dans la Rome païenne. Et même il est vraisemblable qu'entre chrétiens surtout survenaient au jour du mariage ces engagements réciproques de ne pas divorcer, que n'avait pas cru pouvoir valider Alexandre Sévère.

b) S'ils en usaient d'ailleurs par suite de mésintelligence, afin de ne plus vivre ensemble dans la discorde, ou si l'un d'eux seulement avait signifié répudiation, il n'y avait qu'à ne point se remarier, même en cas de *repudium* autorisé par les constitutions impériales, pour ne pas enfreindre ouvertement la loi évangélique, qui prohibait seulement une nouvelle union. Or nous avons maints exemples alors d'hommes ou de femmes répudiant leur

les caractères d'une expiation publique. Les pénitents ne pouvaient être admis dans l'Église, aux assemblées de fidèles, que relégués à part *in ordine penitentium*, et revêtus d'un costume différent. Or, de telles pénitences pouvaient être imposées pour de longues années. Il y avait là, certes, une sanction des plus efficaces, pour les règlements ou Canons de l'Église. L'excommunication était plus grave encore, soit qu'elle fût prononcée irrévocable, ou jusqu'au dernier jour du chrétien reconnu coupable. — De telles sanctions n'étaient-elles pas aussi les mieux appropriées au but poursuivi d'atteindre le désordre des mœurs, en mariage ou hors mariage, comme aussi toutes violations des règles canoniquement imposées pour la validité ou l'indissolubilité du lien conjugal? Le droit séculier ne disposant que de peines qui restent presque exclusivement d'ordre matériel, pécuniaire ou non pécuniaire, n'a jamais pu gouverner l'union conjugale des personnes aussi profondément que le droit Canon, qui par sa loi et ses peines positives agit plus fortement sur la conscience et par elle sur la conduite.

conjoint, mais pour garder viduité, ce qui préparait la seule séparation de corps<sup>(1)</sup>.

c) Si on avait passé outre et qu'usant des permissions civiles, on se fût remarié contre la loi divine du lien indissoluble, la répression d'Église était encourue sans doute. Mais il y avait moyen de la prévenir ou de la faire cesser en rentrant dans l'ordre au point de vue chrétien. Le divorce restant toujours permis en droit d'Empire, il suffisait d'y recourir encore en sens inverse pour rompre la nouvelle union contractée au mépris de la loi chrétienne. Et ainsi pouvait-on être admis à rentrer dans l'Église<sup>(2)</sup>.

d) Il en était de même si un mariage avait été contracté au mépris d'un de ces empêchements nouveaux que l'Église commençait déjà d'introduire, soit pour étendre les prohibitions quant à la parenté et à l'alliance, soit pour faire respecter les vœux de virginité. Il suffisait de rompre de telles *justæ nuptiæ* par un divorce, pour se soumettre à l'empêchement canonique et en prévenir ou écarter la sanction. Les facilités de divorce romain donnaient ainsi moyen de se raccorder avec le droit de l'Église<sup>(3)</sup>. Nous y pourrions trouver quelque origine de ces *sententiæ divortii* par lesquelles le droit canon désignera longtemps ses jugements de nullité ou de séparation, quoiqu'il ne pût admettre des prononcés de divorce véritable, par lui prohibé et aboli.

On voit ainsi comment l'Église arrivait à créer son

(1) On peut les voir déjà dans le Pasteur d'Herma, comme dans l'Apologie de Saint Justin. Dans l'histoire de Fabiola, rapportée par Saint Jérôme, ce n'est pas pour avoir répudié un mari indigne, mais pour avoir accepté un second mari, que cette jeune dame romaine se soumet d'elle-même, accablée de remords, aux rigueurs de la pénitence publique qui s'y trouve décrite. V. *Ep. ad Oceanum*.

(2) L'application se lit au canon 9 du Concile d'Elvire, et dans les lettres canoniques de Saint Basile.

(3) Aujourd'hui encore et, en sens inverse, ne voyons-nous pas recourir à certaines nullités canoniques, au cas de divorce civil, pour chercher dans la mesure du possible à satisfaire aux deux lois?

œuvre du lien conjugal comme notion de droit tout opposée à celle du *liberum matrimonium* des temps antiques; non pas sans doute en invoquant et exerçant d'abord un pouvoir direct de lier ou délier les époux par des sentences s'imposant comme telles, aux tribunaux séculiers (ce qui n'aboutira qu'en plein Moyen âge), mais en faisant indirectement par ses moyens propres que les époux reconnaissent et observent ce lien conjugal sous peine de ne pouvoir entrer ou de ne pouvoir demeurer dans la communion religieuse<sup>(1)</sup>. Était-ce œuvre de juridiction distincte et indépendante? Assurément, et l'explication même de ces voies et moyens suffit à le montrer. Car il est clair que cela s'est établi en dehors de l'État, au sein de l'Église, en partant bien de l'idée qu'elle était investie du droit de se gouverner elle-même pour se conformer à la loi de Dieu. Il n'y a eu ni concession de la part des Empereurs, ni subordination vis-à-vis d'eux dans l'exercice de ces enquêtes et de ces censures ecclésiastiques, que Tertullien montrait déjà en action au temps de Septime-Sévère et de Papinien, et qui ne feront que s'exercer plus ouvertement, plus largement d'après les Conciles, aux siècles suivants.

Où en a été le point de départ? L'exemple en avait été donné par Saint Paul dans le fragment de sa première Épître aux Corinthiens qui a toujours été cité comme une première et décisive application de justice ecclésiastique et d'excommunication au sujet des mariages. Un inceste avait été commis parmi les chrétiens de Corinthe. L'un d'eux avait été signalé à l'apôtre comme vivant publiquement avec la femme de son père, sans qu'il fût spécifié d'ailleurs s'il y avait eu divorce préalable entre le père et cette belle-mère, ou si cet inceste aurait pu tomber sous le coup de quelque loi séculière. Mais Saint

(1) Par les mêmes moyens pouvaient être assurés plus de discipline conjugale et meilleur accomplissement des devoirs du mariage, en partant des préceptes de Saint Paul posés en règles canoniques.

Paul ne s'en occupe pas, et c'est au nom de l'Église naissante qu'il fulmine contre le fornicateur, tant pour le vouer aux peines éternelles que pour enjoindre aux autres fidèles de Corinthe de l'exclure, comme ils l'auraient dû faire aussitôt.

Voici en quels termes :

1. *Il n'est bruit partout que d'une fornication qui se passe chez vous : fornication inouïe, même parmi les gentils. Quelqu'un, paraît-il, vit avec la femme de son père.*

2. *Et vous faites les fiers ! Vous deviez plutôt demander avec larmes qu'il soit retranché de votre société, celui qui s'est ainsi conduit.*

3. *Pour moi, absent de corps, mais non d'esprit, comme si j'étais présent, j'ai porté jugement contre le coupable.*

4. *Au nom de Notre Seigneur Jésus-Christ, vous tous réunis et moi d'esprit au milieu de vous, par la vertu de Notre Seigneur Jésus,*

5. *Je livre cet homme à Satan. Puisse son corps mourir au péché, afin que son âme soit sauvée au jour où viendra Notre Seigneur Jésus-Christ.*

9. *Déjà je vous ai écrit que vous n'eussiez pas commerce avec les fornicateurs ;*

12. *Quant à ceux qui sont hors de l'Église, il ne m'appartient pas de les juger. Ceux qui sont dans l'Église, n'êtes-vous pas vous-mêmes leurs juges ?*

13. *Ceux du dehors, Dieu les jugera : mais à vous de rejeter le coupable de votre sein (1).*

Nous sommes au début du christianisme. N'est-il pas clair qu'il y a bien là un juge qui décide en vertu d'une loi et d'un pouvoir indépendant des voies temporelles, et pour prononcer d'ailleurs une peine nouvelle,

(1) V. 1<sup>re</sup> Ep. ad Corinthios, Ch. V. On la retrouve expressément rappelée dans certaines formules d'excommunication du Moyen âge. V. Roz. F. DXLV.

l'excommunication, impliquant par elle-même la formation d'une société religieuse distincte ? Saint Paul témoigne ainsi du point de départ de cette loi et de cette justice canoniques, s'exerçant par delà le droit séculier, lui qui d'ailleurs n'a cessé de recommander le respect des puissances établies, qui avait réclamé d'être jugé à Rome comme citoyen romain et qui s'est toujours conformé à la parole évangélique, qu'il faut rendre à César ce qui est à César.

L'exemple fut suivi. Nous pouvons le reconnaître à travers les brèves indications de Tertullien, qui nous parle de ces réunions de fidèles sous la présidence de leurs anciens et sous le regard de Dieu, en vue de prononcer les sanctions religieuses, *exhortationes, castigationes et censuras divinas* (1). C'était bien des jugements, et de grand poids comme il le dit lui-même ; et pour en mieux faire ressortir l'efficace justice, n'est-ce pas une autre pensée bien chrétienne que d'ajouter : « C'est un grave préjugé pour le jugement futur que le coupable soit retranché de la communion des prières, des assemblées et de toute participation des choses saintes » ? — Il en fut ainsi dans la société chrétienne jusqu'au Bas-Empire. Là sont bien les débuts du droit canon et tout particulièrement du droit canon quant au mariage ; car on y voit déjà apparaître, pour provoquer les censures canoniques, l'usage de la *denuntiatio evangelica*, que nous retrouverons à l'origine des actions en nullité.

Il s'était d'ailleurs produit en même temps parmi les chrétiens une autre coutume pouvant rendre plus facile l'application de ce droit nouveau dans leur société de fidèles, celle de prendre leurs chefs religieux pour arbitres

(1) V. Tertullien, Apologie, n° 39. « *Nam et judicatur, magno cum pondere, summumque futuri judicii præjudicium est, si quis ita delinquat, ut a communicatione orationis et conventus et omnis sancti commercii relegatur* ». Et remarquez encore à travers ce langage d'écrivain ou d'avocat romain quelle abondance naturelle de termes vraiment juridiques !

de leurs différends en évitant par là souvent les juges publics de l'Empire romain. C'était là encore une ligne de conduite tracée par Saint Paul et dans la même Épître aux Corinthiens (Ch. VI), là où il est dit : « Si vous êtes en litige sur quelque affaire temporelle, prenez les moindres d'entre les fidèles et constituez-les vos juges ». Elle impliquait pourtant une pensée fort grave, celle de s'isoler dans l'État en se détournant de la justice ordinaire. Peut-être cette visée entrevue et redoutée des Empereurs fut-elle pour quelque chose dans les persécutions dirigées contre le christianisme, et dans ce délit spécial attaché à la seule profession du nom de chrétien. Il est avéré d'ailleurs que ces arbitrages étaient fréquents, sauf à ne pouvoir être obligatoires entre les fidèles que par crainte des sanctions canoniques et par la force de leur foi, quand il s'agissait de différends non réglés par le droit d'Empire. On est bien fondé à croire que ces arbitrages pouvaient se produire aussi à la suite de difficultés matrimoniales et que, par exemple, à la suite d'un mariage valable selon la loi de Rome mais non de l'Église, les conséquences civiles et pécuniaires pouvaient être réglées par quelque arbitrage d'Église, ce qui supprimait les embarras et les conflits.

Telles ayant été les premières coutumes chrétiennes, elles se poursuivirent avec plus de facilité quand le christianisme eut triomphé des persécutions avec Constantin. A partir de cette époque, les Évêques (il y en avait un par cité) ne sont plus entravés dans leur direction publique de la religion chrétienne. Il en est comme Saint Ambroise qui deviennent les conseillers intimes des Princes, tout en gardant comme chefs spirituels leur indépendance et même leur autorité d'évêques jusqu'en face des Empereurs. Aussi, dès le IV<sup>e</sup> siècle, les Évêques ont-ils pu se réunir ouvertement dans leurs conciles ou synodes, généraux ou provinciaux, pour continuer plus efficacement le gouvernement de l'Église chrétienne en formulant des règles

appelées *canons*, avec les sanctions destinées à en assurer l'observance. Nous avons gardé de cette époque à travers les conciles, dont les textes ont été conservés, nombre de décisions canoniques qui se rattachent au mariage en poursuivant comme objets principaux :

1<sup>o</sup> Le lien indissoluble, avec interdiction de toute nouvelle union après divorce, jusqu'à la mort d'un des époux. 2<sup>o</sup> Certains empêchements de parenté et d'affinité plus étendus, y compris l'affinité spirituelle. 3<sup>o</sup> Des prohibitions nouvelles à raison des vœux de virginité ou du célibat des prêtres. 4<sup>o</sup> Et nombre d'injonctions sans cesse répétées dans tout le domaine des mœurs, pour réprimer les fornicateurs.

Or, comme sanction, il s'observe bien aussi dans un grand nombre de ces conciles que c'est toujours, soit à l'exclusion perpétuelle ou temporaire, soit à la pénitence, alors publique, qu'ils ont recours. Nous n'aurions qu'à le constater en quelques-uns de leurs canons relatifs au mariage, pour achever de nous convaincre de cette formation aussi indépendante qu'originale du droit canonique en matière de mariage. Un des Conciles parmi les plus anciens, à cet égard, est celui d'Elvire (en Espagne) qu'on rapporte à l'année 305 avant le triomphe définitif de Constantin. Des 81 Canons qui nous ont été conservés de ce Concile, il en est près de la moitié qui ont trait aux mœurs et, parmi eux, bon nombre se réfèrent aux règles nouvelles du mariage : tels les Canons 8, 9 et 10 formulés contre les divorces, suivis d'unions nouvelles, tels les Canons 61 et 66, relatifs à des empêchements d'alliance. Ce sont bien là des articles rédigés en manière de lois, c'est-à-dire posant le commandement puis sa sanction ; et quelle sanction ? *nec in fine dandam esse communionem*, est-il écrit aux Canons 8, 10 et 66 ; exclusion temporaire aux Canons 9 et 61 (1).

(1) C. 8. *Feminae, quae, nullâ precedente causâ, reliquerunt viros suos et alteri se copulaverunt, nec in fine dandam esse communionem.* — C. 61. *Si*

On suit donc ainsi à travers ces décisions multipliées la formation de ce droit nouveau, où se rencontrent à la fois : dans le précepte religieux publié en *loi* ou *Canon* d'Église, l'autorité reconnue qui l'édicte, celle des Conciles ou des Papes, et la sanction qui doit contraindre à l'exécuter. C'est bien le droit distinct de la société ecclésiastique qui se formule ouvertement dans l'Empire, sans que les Empereurs paraissent s'en inquiéter, mais aussi sans qu'ils semblent disposés à donner tout leur concours, puisque sur la plupart des points ils restent dans leur législation civile bien en deçà des Canons. Or, si cette abstention des Empereurs pouvait empêcher le droit canonique d'avoir ainsi plénitude d'une double sanction ecclésiastique et civile, elle n'en témoigne que mieux de l'indépendance complète du droit d'Église.

Mais comment s'expliquer une telle attitude des Empereurs, en face de cette législation et juridiction ecclésiastiques, si franches et si actives ! Nous avons peine à le concevoir, depuis que nous sommes redevenus si préoccupés des prérogatives de l'État en face de l'Église ! Il semble bien pourtant que le silence des Empereurs ne saurait être attribué à quelque indifférence ou dédain, qui leur aurait fait envisager cette action canonique comme inoffensive, au point de ne provoquer de leur part ni ombrage, ni souci. Ils ne pouvaient ignorer, ni tenir pour insignifiantes cette répétition des canons conciliaires et cette pratique des arbitrages épiscopaux. Nul doute qu'ils observaient attentivement cette action de l'Église légiférant d'après la *Lex divina*, bien au delà de leur propre législation du mariage. Mais ne l'encourageaient-ils pas au contraire ? En même temps que l'opinion portait et défendait les chefs religieux dans cette organisation progressive de l'Église et du droit canon, il est bien à croire que les Em-

*quis post obitum uxoris sua sororem ejus duxerit et ipsa fuerit fidelis, quinquennium placuit a communione abstinere.*

pereurs, n'en prévoyant pas toutes les conséquences au point de vue de l'État, jugeaient surtout fort utile cette action parallèle de l'Église pour assurer le bon ordre et la moralité dans l'Empire. Il n'est pas douteux que la plupart des Empereurs (hors Julien l'Apostat) acceptaient déjà, bien avant les rois Francs, ce concours si précieux dans le domaine des mœurs. Ils subissaient d'ailleurs, eux aussi, comme croyants, l'ascendant extraordinaire de l'Église, dont les Canons faisaient loi pour eux-mêmes au spirituel. Eh ! n'est-ce pas demeuré l'un des faits très notables de l'histoire de cette époque, que cette pénitence publique observée par Théodose après la répression sanglante des troubles de Thessalonique ? Rien aussi ne peut mieux nous faire sentir la force de ces sanctions canoniques à l'appui des règles nouvelles sur le mariage, par où l'Église formait et cimentait sa forte institution du lien conjugal. — Ainsi les Empereurs ont laissé cette législation nouvelle et meilleure se formuler au nom de l'Église et pour l'ensemble des chrétiens, encore qu'ils ne la suivaient que de loin dans leur propre législation d'État applicable à tous, et qu'ils ont affecté même de n'y point faire allusion dans leurs lois et rescrits, jusqu'aux premières constitutions que nous allons relever sous Justinien.

N'ont-ils pas été plus loin dans la voie des concessions formelles en ce qui concerne la juridiction ecclésiastique ? Nous observions plus haut que sur la recommandation de l'Apôtre et bien avant les Empereurs chrétiens, les Evêques étaient souvent choisis pour arbitres entre les fidèles. L'usage fut admis des Empereurs chrétiens et régularisé par eux. Il résulte de divers textes insérés au Code Théodosien et au Code Justinien (1), que cet arbitrage fut favorisé doublement : en ce qu'il fut permis aux par-

(1) V. L. 8, C. J. (1-4). Constitution de 1408, qui restreignait une concession plus grande de Constantin : *Episcopale judicium ratum sit omnibus qui se audiri a sacerdotibus elegerint.... Per judicium officia, ne sit cassa episcopalis cognitio definitione executio tribuatur.*

ties d'y recourir en tout état de cause, même au cours d'un procès engagé mais non jugé, en ce qu'aussi ces sentences arbitrales devinrent exécutoires comme les jugements proprement dits. Mais ce n'était toujours là qu'une application extensive du compromis romain. L'arbitrage des Évêques, décidant d'après d'autres lois que celles de l'Empire, ne pouvait avoir plein effet qu'au cas d'acceptation volontaire de cette sentence par les chrétiens qui se seraient soumis à eux. Nous n'avons d'ailleurs aucun texte qui nous permette d'entrevoir et d'affirmer que cet arbitrage ainsi favorisé ait fonctionné tout particulièrement au sujet du mariage. Car il n'en est rien dit aux titres *de Nuptiis*, ni dans la loi sur le divorce (1).

Concluons sur cet ensemble de faits constatés dans l'Empire romain, comme ayant trait aux rapports d'Église et d'État en matière de mariage. Parvenus au v<sup>e</sup> siècle, nous observons bien qu'il y a déjà deux forces agissant côte à côte pour les deux sociétés distinctes, civile et religieuse. Dans la société civile qui tend à se désorganiser, c'est l'ancien droit matrimonial qui se modifie lentement, sans que les Empereurs aient pourtant renoncé à légiférer de pleine autorité sur tout le mariage, jusques et y compris les nouvelles 22 et 117 de Justinien. Dans l'autre, plus active, c'est un droit nouveau, le droit canon, qui établit et resserre le lien conjugal, en multipliant ses décisions conciliaires. Tel est l'état des choses en Occident lorsque s'écroule l'Empire romain vers la fin du v<sup>e</sup> siècle et qu'il va falloir envisager la suite de ces rapports dans l'Empire

(1) La lettre de Saint Augustin à Ecdicia donne bien l'exemple d'une décision formulée par le grand Évêque au sujet d'un différend conjugal. Mais c'est plutôt une consultation et une injonction pour Ecdicia la plaignante, qu'une sentence d'arbitrage sollicitée par elle et son mari. — Mais d'autre part, Saint Ambroise et Saint Augustin ne se plaignaient-ils pas que le devoir de juger sur requête concordante des fidèles les empêchât de remplir toutes leurs charges épiscopales? V. Chénon, *op. cit.*, p. 21.

franc. Aussi ne se ferait-on pas une idée juste de la pratique du droit appliqué au lien de mariage, dans la société gallo-romaine du v<sup>e</sup> siècle, si on ne la considère qu'à travers le *Jus* et les *Leges*. Tout à côté et au delà, s'imposent les *Canones*, qui, dans l'esprit du temps, ont déjà même valeur impérative et plus d'efficace. Car, si leur force coercitive est différente et matériellement moins rude, leur autorité morale est plus grande et leurs sanctions spirituelles souvent plus redoutées. C'est d'ailleurs, par de telles sanctions, stimulant la conduite par la conscience et par l'opinion, que les Canons peuvent mieux gouverner l'union des personnes et leur lien conjugal. Aussi verrons-nous peu après, dans Grégoire de Tours ou dans les premiers textes Mérovingiens, les *Canones* placés au même rang que les *Leges*, comme deux branches parallèles du droit pratique qui abrite et domine alors la société gallo-franque.

Mais poursuivons encore un moment pour l'Orient jusqu'à Justinien. Là nous constatons déjà que les canons, par la force de l'opinion religieuse, finissent par prendre une telle autorité qu'ils vont amener la loi romaine elle-même à se concerter avec eux. Nous en avons une preuve frappante dans une constitution du Code de Justinien (1), par où l'Empereur adopte les décisions canoniques, qui prohibent tout mariage des prêtres et leur donne plein appui séculier, en répétant plusieurs fois qu'il entend que ces canons valent comme des lois. Voici d'ailleurs la traduction abrégée de cette constitution : « Les saints Canons ne permettant pas aux prêtres ayant reçu l'ordination de se marier, nous voyons qu'il en est qui méprisent les Canons parce qu'il n'y a d'autre peine que leur déposition, *Sacerdotii amissio*. Mais nous voulons que les canons ne valent pas moins que nos lois, et que leurs décisions n'aient pas moins d'effet : *perinde ac si civilibus inscriptum esset legibus*. En consé-

(1) L. 45, C. J. (1-3), *De Episcopali audientia* (qui est de 530).



quence nous voulons que les enfants nés d'une telle union soient privés des avantages de la filiation légitime : *inordinata constupratione sint undique prohibiti et successionibus genitorum indigni, nec donationem capere possint. Quod enim sacri canones prohibent, id etiam et nos per nostras abolemus leges* ». Il se voit bien là que Justinien considère cette règle canonique comme une véritable loi régulièrement imposée entre chrétiens. Ce qu'il vient faire à son tour c'est non la relever, par son intervention impériale, d'un état inférieur de règlement purement disciplinaire, mais seulement lui donner plus de force par adjonction d'effets civils. Et surtout, veut-il bien affirmer ici le concours de l'Église et de l'État dans une législation commune inspirée d'abord par l'Église. Eh bien ! ce que nous constatons ici dans le droit de Justinien, c'est ce que nous allons observer plus amplement dans l'histoire du mariage en Occident, pour l'Empire des Francs.

## VINGT ET UNIÈME ET VINGT-DEUXIÈME COURS

L'Église et le mariage en France  
du VI<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle.

L'Empire romain s'est effondré en Occident dès le v<sup>e</sup> siècle, peu après la grande loi impériale du divorce de 449 (1), pour faire place aux royaumes barbares, entre lesquels celui des Francs va bientôt dominer la Gaule. Qu'allait-il s'ensuivre ? C'est que la société religieuse et ses chefs, autrement dit l'Église, put singulièrement élargir son rôle au double point de vue de la législation et de la juridiction dans ces nouveaux royaumes, et qu'en particulier sur le lien de mariage, son action et son autorité vont s'étendre et tourner bientôt jusqu'à la puissance prépondérante, puis exclusive.

a) Pour ce qui est des progrès généraux de l'Église c'est là un fait d'ensemble que je dois réputer connu (2). Tandis que l'organisation politique, administrative et judiciaire de l'Empire, savante mais compliquée, se désagrège aux mains des barbares ; tandis que le droit romain,

(1) Constitution, qui d'ailleurs ne semble pas avoir été faite en vue de l'Empire d'Occident, puisqu'elle est postérieure au Code Théodosien et ne figure pas au Bréviaire d'Alaric.

(2) V. Chénon, 2<sup>e</sup> conférence : *L'Église et l'Empire Frank.*

délaissé en bien des points comme subtil ou répugnant à l'ensemble de leurs idées ou de leurs mœurs, est remplacé par des coutumes composées d'éléments multiples (donc, autant de ressorts de la société civile qui s'affaiblissent); au contraire dans la société religieuse, les pouvoirs et la hiérarchie s'affermissent, avec primauté du siège de Rome en Occident; les ressources en richesse foncière augmentent sans cesse et par-dessus tout, l'intensité de la vie religieuse<sup>(1)</sup> favorise tout ce progrès de l'Église.

Avec la conversion si enthousiaste et sincère des Francs, il s'établit d'ailleurs une alliance ou pour mieux dire un concert continu entre les rois barbares et les chefs de l'Église catholique, si bien que les évêques prennent dans la société d'alors un rôle extraordinaire, comme auxiliaires des rois en même temps que chefs religieux des fidèles. Il suffit de parcourir Grégoire de Tours (2<sup>e</sup> moitié du vi<sup>e</sup> siècle) pour en être à la fois saisi et persuadé. De son *Historia Ecclesiastica Francorum*, dont le peu de législation franque d'alors confirme l'impression, il résulte avec évidence que les princes barbares et les évêques eux-mêmes n'avaient plus sur les rapports des deux sociétés, État et Église, les notions que la tradition romaine d'État opposait dans l'Empire à l'Église naissante et que la théorie et de longues discussions ont ramenées de nos jours<sup>(2)</sup>.

b) Si l'Église devait tant s'accroître d'une manière générale, il s'explique encore mieux qu'elle ait grandi et prévalu dans le gouvernement du mariage qu'elle attirait à elle par

(1) J'entends par là qu'elle devient non seulement plus fervente, mais aussi plus exclusive par l'amointrissement des autres éléments de vie intellectuelle.

(2) Les évêques nous apparaissent partout au premier plan jusque dans les Conseils des rois à côté des leudes; et Grégoire de Tours lui-même a la confiance de Gontran et de Childebert, entre qui il a servi d'intermédiaire maintes fois.

sa donnée du lien sacré, qu'elle gouvernait par le moyen de sanctions mieux appropriées à cet objet, et que déjà elle avait commencé de conquérir dans l'Empire romain. On peut suivre d'ailleurs qu'à partir de cette époque la direction chrétienne se marquera nettement en toutes choses matrimoniales, même sur les coutumes purement civiles qui s'y rattachent, d'autant que les mœurs et tendances naturelles des barbares y devaient trouver leur guide bien plus que dans le système classique du droit romain<sup>(1)</sup>. Mais, quant au lien conjugal des personnes (formation, dissolution, discipline), qu'arriva-t-il au profit des pouvoirs établis dans l'Église? C'est là surtout ce qu'il nous faut suivre, comme législation et juridiction.

## I

Observons tout d'abord que les Germains, s'ils pratiquaient la monogamie n'avaient pas en venant en Gaule de loi générale ou règlement d'État sur le mariage; encore bien moins qu'à Rome. Ils ne connaissaient pas davantage la notion juridique d'un lien conjugal imposé aux époux par autorité publique. Il n'existait chez eux quant au mariage que des coutumes familiales, au caractère rude mais élevé, comme Tacite l'a marqué : *Severa illic matrimonia, nec ullam partem morum laudaveris*. Et c'est bien cette idée d'un bon état des mœurs plutôt que du droit, que Tacite après l'avoir décrit d'une manière un peu enthousiaste, résume dans ce trait final : *Et plus ibi boni mores valent, quam alibi bonæ leges*.

Rien d'étonnant d'ailleurs à cette absence d'un règlement public avant les invasions, puisqu'il n'apparaîtra même pas

(1) C'est ainsi que l'Église, qui a fort contribué au développement du douaire issu de la *dos ex marito* des Germains, me paraît avoir été par sa doctrine d'association conjugale le principal auteur des données coutumières de *collaboratio* et de communauté. V. *Droit des Gens mariés*, au 50<sup>e</sup> Cours.

dans l'ensemble des lois germaniques lors de leurs rédactions faites du VI<sup>e</sup> au VIII<sup>e</sup> siècle. On ne saurait parler du mariage comme organisé en institution de droit chez ces Barbares. Mais les Germains venus en Gaule devaient bientôt sentir le besoin d'un règlement du mariage et même uniforme dans chacun de leurs royaumes pour l'ensemble de leurs sujets Gallo-Romains ou barbares, qui tous d'ailleurs allaient être chrétiens. Car une pratique des lois personnelles au sujet de l'union conjugale d'époux, qui pouvaient être de nations diverses, était bien difficile à conserver (1).

Or ce règlement public qui leur manquait, comment y atteindre?

1<sup>o</sup> Allaient-ils l'emprunter au droit civil romain, bien imparfait même au Bas-Empire, qui répondait d'ailleurs si incomplètement au sentiment chrétien quant au lien conjugal, si peu aux tendances barbares quant à l'association des époux? Du moins, pour le faire, eût-il fallu le consacrer expressément dans quelque loi ou capitulaire, puisque les barbares n'étaient pas soumis aux lois romaines à titre de loi personnelle et que la force obligatoire du droit romain tombait avec l'Empire même. Or, il n'y eut rien de semblable. On ne peut relever aucune consécration, aucune adoption formelle de la législation nuptiale de Rome prise en son ensemble. Tout au plus trouve-t-on de rares allusions à quelques textes Théodosiens du titre *de Nuptiis*, comme aussi dans les lois Burgondes quelque emprunt manifeste au droit de Constantin sur les causes de divorce (2).

(1) On n'a pas de données certaines à cet égard, pas plus au sujet du mariage de Clotilde avec Clovis que de tous autres mariages entre Francs et Burgondes, ou Francs et Wisigoths. Les lois Burgondes elles-mêmes n'avaient rien dit de la manière dont s'appliqueraient entre Gallo-Romains et Burgondes leurs deux *leges* distinctes sur le divorce.

(2) Il se conservera sans doute quelques éléments de tradition romaine qui persisteront dans le droit Canon du mariage, mais à coup sûr, il n'y

2<sup>o</sup> Ne pouvaient-ils être plutôt portés à accepter sur ce point, en le consacrant, l'ensemble du règlement canonique, qui avait commencé de se former dans la suite des Conciles des IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles? Ces Canons, allant bien au delà des lois impériales, étaient d'autant mieux répandus et obéis que le christianisme avait plus complètement vaincu le paganisme, et converti les conquérants barbares. N'étaient-ils pas déjà la loi vivante, en cette matière du mariage et du divorce, qu'il suffisait à ces vainqueurs de laisser s'appliquer et se développer par les soins de l'Église, puisque les Évêques étaient là au milieu d'eux, prêts à statuer pour tous les fidèles sans distinction de race?

3<sup>o</sup> Ou enfin, allaient-ils composer à l'usage de leurs royaumes quelque règlement du mariage qui fût leur œuvre propre, en combinant à leur convenance toutes ces traditions antérieures et diverses?

C'est là ce qu'il faut rechercher dans les documents, législatifs et autres, à partir des invasions, en nous attachant surtout aux royaumes barbares fondés en Gaule. Or il y a lieu de relever tout d'abord qu'il ne s'est point fait dans ces royaumes quelque règlement général de l'union conjugale, surtout dans la région même des Gaules, où s'établirent Francs, Burgondes et Wisigoths.

Les *Wisigoths* seuls, mais une fois rejetés en Espagne et seulement au cours du VII<sup>e</sup> siècle dans leur *Lex Recesuindiana* (de 654), ont consacré un livre entier de cette loi à l'*Ordo Conjugalis* : le livre 3, divisé en 6 titres, et composé de fragments de diverses époques, dont quelques *antiqua* pouvant remonter au VI<sup>e</sup> siècle, mais non jusqu'à Euric. Il est nettement affirmé que cette loi sera commune à tous leurs sujets, Goths ou Romains, sans distinction d'origine. Mais c'est un assemblage de dispositions ayant

eut à la suite des invasions, ni reconnaissance, ni adoption du système général des lois Impériales.

trait aux intérêts pécuniaires, et de dispositions pénales contre le rapt, l'adultère, l'inceste (1). Quant au règlement même des formes du mariage, de ses empêchements, de sa dissolution, c'est une loi très incomplète où se rencontre une combinaison de traditions germaniques et romaines, avec nombre d'emprunts aux canons de l'Église (2). Toutefois, il résulte bien de cette loi qu'elle ne consacrait, ni même n'impliquait un pouvoir exclusif de législation et de juridiction comme reconnu à l'Église sur le lien conjugal. Il en sortirait plutôt l'affirmation contraire (3). Et pourtant, peu de siècles après, il en sera en Espagne de même qu'en Gaule et dans tout le reste de l'Occident, où l'Église dominera l'institution du mariage.

Pour la Gaule même, les *Burgondes* seraient les premiers à interroger, comme ayant légiféré de date plus ancienne. Et de fait, dans leur loi *Gombette* comme dans la *Lex Romana*, qui toutes deux datent d'autour de l'an 500, ils ont formulé quelques règles sur le mariage même, ou du moins sur un point important, sa dissolution par le divorce, mais rien d'autre quant à l'union des personnes (4). Or d'où se sont-ils inspirés pour le divorce? Certainement, du droit impérial

(1) On y observe aussi, en dehors des questions de mariage et contre les immoralités de toutes sortes, un grand nombre de décisions rigoureuses qui procèdent d'inspirations canoniques, encore qu'étrangement traduites dans ces textes barbares.

(2) Il n'y a rien encore de bien net sur la prohibition absolue du divorce qui semble prévu et autorisé pour conduite de la femme. V. au titre VI, nos 1, 2 et 3.

(3) V. notamment le titre V, n° 1, qui détermine les empêchements de parenté jusqu'au sixième degré et qui, les supposant violés, décide à propos d'inceste : *judex eos non differat separare*. Or la loi entend par *judex* le juge séculier, comme il apparaît au n° 2 quand, à propos des vœux religieux enfreints, elle donne pouvoir semblable aux *sacerdotes* et aux *judices*.

(4) Sauf l'affirmation de la *potestas viri* quant aux biens. — Ce n'est donc en somme qu'un règlement très incomplet du mariage, où rien n'apparaît, quant aux conditions de fond et de forme, en dehors des quelques articles sur le divorce.

romain. Leur *Lex Romana*, ou Papien, est venue consacrer pour les sujets romains le divorce mutuel et limiter le *repudium* aux causes désignées par Constantin. S'ils n'ont pas fait de même pour les unions burgondes et n'ont rien dit ici du divorce mutuel, si, quant au *repudium*, ils l'ont bien moins admis de la part de leurs femmes qu'entre Romains, il reste à observer que c'est bien encore la loi de Constantin qu'ils ont suivie pour limiter la répudiation émanée du mari (4). Il est donc visible que ces Germains répugnaient plus au divorce, mais sans tenir le mariage pour indissoluble, comme déjà le voulait l'Église. Ainsi, sans accepter tout le droit de la société romaine, toujours est-il que les rois burgondes ont plutôt songé à imiter comme législateurs les Empereurs romains. Il n'est exprimé, ni indiqué dans leurs deux *Leges* aucune idée de s'en référer aux Canons de l'Église et de reconnaître sa juridiction. C'est donc un fragment de législation séculière, mais très incomplet, qui n'a pas survécu sur ce point au royaume burgonde, bien peu après détruit par Clovis et ses fils en 517. N'oublions pas d'ailleurs que les rois burgondes, Gondebaud, Sigismond, étaient Ariens, ce qui n'a pas été sans contribuer à leur chute, comme à celle des Wisigoths.

C'est *aux Francs* et à la suite de leur législation qu'il faut surtout nous attacher. Or, il est tout d'abord un point capital à observer : c'est que leurs deux lois, Salique et Ripuaire, ne contiennent aucun règlement, même partiel, quant à la formation et à la dissolution du mariage. Pour la loi *Salique*, si anciennement rédigée et barbare, cela confirme ce que j'ai dit des Germains, au temps même des invasions, qu'ils n'avaient pas de règlement public du mariage. Ils n'en étaient qu'aux coutumes familiales (2). Mais ce silence est encore plus remarquable dans la loi

(1) L. Gomb., tit. 34, *De Divortiis*. — V. *Introd. générale*, p. 388 et s.

(2) Et il n'y fut rien ajouté dans les différentes publications de cette loi jusqu'à la *Lex Emendata*, rien même aux *Capitula addita*.

*Ripuair*, qui n'a pourtant été rédigée qu'au cours du vi<sup>e</sup> siècle, déjà bien après les lois Burgondes. De plus, si elle ne dit rien qui touche au lien de mariage, il importe de relever qu'elle est très explicite sur certains effets du mariage ayant trait aux intérêts pécuniaires : *dos ex marito, collaboratio*, don mutuel. Elle sera sur ces points la plus importante de toutes, et le vrai prélude de toute notre coutume matrimoniale, déjà fort empreinte d'esprit chrétien (1). Or, si rien n'est dit quant au mariage même, ce n'est pas que le législateur Ripuair entendît s'en référer à la législation civile des Empereurs romains et s'en rapporter uniquement au Code Théodosien, notamment à la loi de Constantin sur le divorce. Rien ne peut faire supposer alors que les rois Mérovingiens aient eu la pensée de s'en rapporter au droit romain du mariage comme loi dominante, même pour eux et leurs sujets Francs, quoiqu'en l'absence de législation formelle on ait bien pu avoir recours parfois à certaines décisions du Code Théodosien (2).

Puisqu'il n'apparaît dès le début des royaumes Francs, aucune législation séculière ou royale, placée en face des règlements canoniques qui, eux, continuent à se développer dans les nombreux Conciles mérovingiens du vi<sup>e</sup> siècle, on est conduit à se demander si les rois Francs n'entendaient pas déjà s'en rapporter sur la question du lien matrimonial aux chefs de l'Église, en leur laissant principalement le soin de formuler et d'appliquer leurs Canons. Et j'inclinerai d'autant plus à cette opinion que la suite des faits, comme leur législation des capitulaires va le confirmer.

Le fait qui domine tous les autres à travers les rares

(1) V. *Introd. générale*, p. 445 et s., et *Droit des gens mariés*, p. 129.

(2) On en retrouvera des exemples en quelques capitulaires et aussi en quelques Conciles, comme on pourrait voir quelque suite de tradition romaine dans la formule de divorce mutuel, préparée ou conservée par *Marculf*, L. 2, form. 30.

documents qui nous restent de la période mérovingienne, c'est l'absence de dispositions royales ou séculières sur l'union conjugale, en vue d'établir quelques règles sur la formation, la validité ou la dissolution des mariages. C'est là un fait indéniable. Or, comment parler du pouvoir de législation comme gardé exclusivement, ou même principalement par la royauté Franque, quand on n'en saurait constater l'exercice (1). Ces rois s'en désintéressent ou le croient mieux placé aux mains de l'Église, plus apte à diriger et surveiller le règlement et la pratique du lien conjugal : telle est bien l'explication la plus naturelle de leur inaction et de leur silence, pendant que sous leurs yeux et de leur gré les Évêques réunis en Conciles ne cessent de formuler et de compléter leurs Canons. Non pas certes que l'Église, en ces temps troublés, ait pu travailler méthodiquement à une législation entière et coordonnée du mariage. Elle le gouverne avec les traditions jusqu'alors reçues dans les mondes gallo-romain et barbare, les conservant dans tout ce qui ne lui paraît pas contraire aux *leges divinæ*, et se bornant dans ses Canons à formuler des compléments ou des corrections, comme on pourvoit, au fur et à mesure des besoins, à entretenir quelque antique et insuffisant abri. C'est ainsi qu'elle va combattre, restreindre (2) et parvenir à supprimer tout divorce, qu'elle développe par des injonctions renouvelées sans relâche ses réprobations de l'inceste, qu'elle introduira et cimentera ses prohibitions de mariage à

(1) V. pourtant Esmein, t. I, p. 10 et s., développant cette proposition que « la législation en matière de mariage continue à appartenir au pouvoir séculier », tandis que « l'Église continue à exercer son action disciplinaire sur les fidèles ». — Mais comme l'auteur reconnaît que « l'Église fit alors de nouveaux et immenses progrès sans que les principes fondamentaux fussent changés », comment s'expliquer de tels progrès, si cette action qualifiée disciplinaire n'était pas la véritable autorité publique — et qu'entendre pour cette période par ces *principes* fondamentaux, gardés souverainement par des Mérovingiens qui n'agissent pas ? V. plus haut ce qui a déjà été observé, p. 26, note 1.

(2) C. d'Orléans, de 533, n° 11.

l'égard de ceux qui ont fait des vœux ou qui exercent la prêtrise, qu'elle imposera en coutume religieuse la bénédiction nuptiale avec publicité, tandis qu'elle laissera tomber l'exigence du consentement familial. Voilà ce qu'on peut suivre à travers les décisions fort nombreuses de ses Conciles, comme injonctions sanctionnées par moyens canoniques, et parfois appel au bras séculier. — Ainsi le raisonnement le plus fort qu'on puisse invoquer, pour affirmer la souveraineté croissante et consacrée de l'Église sur le lien conjugal, est tiré de cette action si libre et constante des Conciles, mise en regard de l'inaction du pouvoir royal, qui n'a pas même introduit dans la loi Ripuaire les règles tant de fois rappelées dans les conciles du VI<sup>e</sup> siècle, pour en faire aussi des lois d'État.

Mais il y a d'autres témoignages qui le confirment. On en peut trouver dans le principal historien de la période mérovingienne. Grégoire de Tours est de l'époque même où semble avoir été rédigée ou complétée la partie de la loi Ripuaire ayant trait aux choses matrimoniales (c'est-à-dire seconde moitié du VI<sup>e</sup> siècle). Or, il laisse clairement entrevoir en plusieurs passages, qu'il appartenait aux évêques ou à des synodes d'évêques de statuer sur les questions de validité de mariage<sup>(1)</sup>. On l'entrevoit d'abord à ce qu'il rapporte maintes fois des paroles de Gontran, mieux encore à l'épisode dramatique du mariage de Brunehaut avec Mérovée, neveu par alliance, qu'avait trop aidé son parrain l'évêque Pretextat<sup>(2)</sup>; si bien qu'ils vont être actionnés tous deux pour avoir enfreint les canons prohibant un tel mariage. Mais le plus significatif est le récit du démêlé conjugal d'Eulalius et de Tetradia, porté devant un synode d'évêques, qui condamnent Tetradia pour avoir pris un second mari après abandon du premier<sup>(3)</sup>. C'est bien une

(1) V. par ex. L. 9, n° 20 *in fine* et n° 32.

(2) V. L. 5, n°s 2 et 19.

(3) V. ce récit : L. X, n° 8. *Tetradia* avait quitté, c'est-à-dire répudié

décision épiscopale et fondée sur les canons de l'Église contraires au divorce, cela n'est pas douteux. N'est-ce-pas aussi l'Évêque, que Grégoire a montré pouvant seul intervenir efficacement avec la *lex ecclesiastica* pour faire retourner auprès de son mari une femme qui, sans l'avoir répudié, avait voulu se faire religieuse afin de suivre sa mère? Nulle autre loi, ni juridiction ne semblant pouvoir être invoquées, l'Évêque allègue les Canons<sup>(1)</sup>.

Ainsi l'exercice d'un pouvoir ecclésiastique ou épiscopal, agissant d'après les Canons, apparaît certain dès les premiers temps du royaume Franc en même temps que les Conciles se multiplient à ce sujet<sup>(2)</sup>. Or cela est-il contredit par le peu de législation séculière de cette époque, que nous pouvons suivre aux capitulaires mérovingiens et carolingiens? — En tout ce qui concerne le droit privé nous avons bien peu de législation mérovingienne à la suite des *Leges* et jusqu'au milieu du VII<sup>e</sup> siècle. Si on y trouve quelques dispositions assez importantes relativement aux questions pécuniaires entre époux<sup>(3)</sup>, il n'est rien à noter quant aux questions de validité ou de dissolution, rien qu'une *Decretio* de Childebart II, qui montre assez comment les rois Francs déclaraient s'en remettre déjà aux Évêques de décider sur les mariages, incestueux ou autres, sauf à leur donner le concours du bras séculier. Il importe de rappeler ce texte entier qu'on date de l'année 596, peu après la mort de Grégoire de Tours

son mari *Eulalius* qui n'était d'ailleurs qu'un fort mauvais sujet, pour épouser ensuite le duc *Desiderius*. Son mariage est attaqué par *Eulalius*, qui lui demande en même temps restitution de biens par elle emportés. Les Évêques prononcent en réputant pour illicite ce nouveau mariage, et les enfants qui en sont nés pour illégitimes.

(1) V. au L. 9, n° 35, ce récit déjà rappelé et commenté dans notre *Introd. générale*. p. 406.

(2) V. à ce sujet les Conciles Mérovingiens, édictés par *Maassen*, dans les *Monumenta Germanica*. Il en est plus de trente, au cours du VI<sup>e</sup> siècle, et la plupart contiennent quelques Canons quant au mariage.

(3) *Introd. générale*, p. 452.

et postérieur aussi à la Loi Ripuaire<sup>(1)</sup>. Il s'agit bien là d'un capitulaire séculier, puisqu'il est même spécifié que la décision a été arrêtée : *una cum leodos nostros*. Or, ce n° 2 de la *Decretio* de Childebert II a trait à la question d'empêchement de parenté et à la répression des incestes, un des points qui reviennent sans cesse dans les Conciles de l'époque. Il se borne à formuler certaines prohibitions à raison d'alliance, que le droit romain ne connaissait pas, mais que les Conciles avaient établies et poussaient jusqu'à la défense d'épouser, non plus seulement la veuve de son père et de son frère, mais la veuve même de son oncle<sup>(2)</sup>. Ce sont ainsi les Canons d'Église que Childebert II, d'accord avec ses leudes, entend consacrer en leur donnant appui séculier, c'est-à-dire en édictant la peine de mort contre quiconque épouserait sa marâtre, *uxorem patris*, et seulement de graves privations pécuniaires contre les autres incestes, *de præteritis conjunctionibus*. Là est l'objet principal de sa décision ; mais en même temps ne reconnaît-il pas qu'il appartient aux Evêques de rechercher et constater les faits d'inceste et d'y apporter tout d'abord le remède de leurs sanctions canoniques pour obtenir la séparation des conjoints coupables d'union incestueuse ? C'est seulement après leur décision et si leur sentence canonique n'est point obéie, que s'appliqueront les peines séculières. On ne saurait entendre autrement les termes décisifs : *Quæ incestæ esse*

(1) *Childeberti Secundi Decretio*. — *In sequenti hoc convenit una cum leodos nostros : decrevimus ut nullus incestuosum sibi societ conjugio, hoc est nec fratris sui uxorem, nec uxoris suæ sororem, nec uxorem patris aut parentis consanguinei. Uxorem patris si quis acceperit, mortis periculum incurrat. De præteritis vero conjunctionibus, quæ incestæ esse videntur, per prædicationem episcoporum jussimus emendare. Qui vero episcopo suo noluerit audire, et excommunicatus fuerit, perenni condemnatione apud Deum sustineat et de palatio nostro sit omnino extraneus, et omnes res suas parentibus legitimis amittat qui noluit sacerdotis sui medicamenta sustinere.* (Boretius, t. I, p. 15). — V. aussi p. 65, note 2.

(2) Tel aurait été l'inceste de Mérovée, fils de Chilpéric, épousant Brunehaut, veuve de Sigebert son oncle paternel.

*videntur per prædicationem episcoporum jussimus emendare? Qui vero episcopo suo noluerit audire....* Or, ce texte venant peu après le synode rapporté par Grégoire de Tours, n'est-ce pas la pratique de juridiction épiscopale qui reçoit sa consécration, comme on la retrouve en des textes ultérieurs analogues ?

Après ce décret de Childebert II, on ne relève plus de décisions purement royales en matière de mariage jusque vers la fin des Mérovingiens, tandis que nous en rencontrons de nombreuses et sans cesse rappelées dans les Conciles, où il est si souvent question de la *districtio ecclesiastica* à propos des mariages canoniquement prohibés<sup>(1)</sup>. C'est encore un fait digne de remarque que l'édit de 614, porté par Clotaire II à la suite d'un Concile de Paris, n'ait pas statué à nouveau sur les incestes, comme le faisait le Concile lui-même (n° 16), tandis qu'il confirmait par de nouvelles sanctions séculières ses décisions sur d'autres points. Au surplus, nombreux sont les textes qui montreraient pour cette époque, dans le langage des rois Francs eux-mêmes, *Canones* et *Leges* placés sur le même plan, comme ayant même autorité législative, et disons plus, même portée souveraine<sup>(2)</sup>.

Il faut venir jusqu'au milieu du VIII<sup>e</sup> siècle, quand les derniers Mérovingiens sont déjà dominés par leurs Maires du Palais, pour constater quelque action législative et séculière plus marquée. Elle se montre surtout dans une suite

(1) L'un des plus frappants avait été déjà le n° 16 du Concile de Tours de 567, où se lit nettement qu'à la sentence d'Église le juge séculier devra donner son concours pour séparer ceux qui n'auraient pas voulu obéir. — Et l'on peut suivre encore dans le Concile de Reims (vers 627), au n° 8, l'application des mesures prescrites en 596 par Childebert II.

(2) Ex. Grég. de Tours, *passim*, et l'édit de Gontran de 585 (dans Boretius, n° 5), venant après le Concile de Mâcon de la même année. Ils sont parmi les textes qui montrent le mieux le système des *Canones* et des *Leges*, déjà placés côte à côte sous les rois Mérovingiens pour le bon gouvernement de la société.

de capitulaires, dus à Pépin le Bref et Charlemagne, où se rencontrent quelques décisions royales relatives aux mariages. Mais font-ils autre chose que de donner confirmation plus nette et plus forte à ce que nous observions déjà sous la première race!

Détachons d'abord le plus ancien (de 743), le Capitulaire de Leptine rendu à la suite d'un concile, et où se lit au n° 3 : *Similiter præcipimus ut juxta decreta canonum adulteria et incesta matrimonia, quæ non sint legitima, prohibeantur et emendentur episcoporum judicio* (1). Voilà bien ce semble un texte topique et qui ne sera pas démenti, décisif au double point de vue de la législation et de la juridiction : car il exprime à la fois : 1° l'idée que c'est par les Canons que les mariages sont interdits et déclarés nuls : *adulteria, incesta juxta decreta canonum prohibeantur*; 2° l'idée que la juridiction des évêques y donne sanction : *Emendentur episcoporum judicio*; ce qui entraînait injonction de se séparer sous menace d'excommunication, et parfois encore une pénitence, même après soumission.

Reconnaissons par là que c'était déjà une tradition et un système établi par les princes séculiers d'accepter et de consacrer le pouvoir effectif de l'Église. On n'a qu'à lire les 5 ou 6 capitulaires donnés comme datant de Pépin le Bref, pour se convaincre que c'est bien la même donnée, le même système qui se fortifie, le roi ne faisant qu'emprunter ou rappeler les décisions d'Église au sujet d'empêchements de parenté, de vœux ou de prétrise, en même temps qu'il énonce déjà la règle d'indissolubilité sous la seule réserve du cas d'adultère de la femme, encore discuté à cette époque dans l'Église (2).

Il est donc bien à croire que parmi les Francs, l'Église eut dès les premiers temps la mission principale de régir

(1) Boretius, Cap. n° 11.

(2) Capitulaire de 744, n° 9 et suivants.

législativement comme de juger ce qui concernait le lien conjugal. Si leurs rois ne songent pas à faire ce règlement public des mariages, qui manquait aux deux lois Salique et Ripuaire, c'est-à-dire à le faire *proprio motu* comme œuvre séculière, c'est qu'ils ont entendu laisser ce soin et ce rôle public aux Évêques, qu'ils ont vu là l'œuvre des *Canones* à côté des *Leges*, et sur un même plan. Le lien de mariage réglé principalement d'après les *leges divinæ*, comme pour tout ce qui était d'organisation religieuse, c'est là ce qu'ils ont consciemment accepté. Ainsi de la comparaison entre l'activité des conciles et le défaut de législation civile émanée des rois Francs, se dégage cette conclusion que c'est bien l'Église qui gouverne, réellement, effectivement tout le lien de mariage dès cette époque.

J'énonce qu'elle *gouverne effectivement*. Est-ce à dire pourtant que sous les deux premières races et jusqu'au x<sup>e</sup> siècle, on puisse considérer l'Église comme jouissant d'une autorité absolument exclusive, pouvant aller jusqu'à dénier aux rois Francs et à leurs comtes de statuer législativement ou judiciairement sur le lien conjugal, comme il arrivera vers la fin du Moyen Âge? Non. Ce ne serait pas seulement anticiper, mais en outre se méprendre sur le caractère des rapports qui semblaient établis entre la royauté et l'Église à la suite des Invasions. Il n'y a pas entre l'Église et le roi une telle séparation tranchée d'attributs et d'action. Loin de s'enfermer et de se retrancher chacun dans sa sphère propre, les princes et le clergé semblent surtout songer à se réunir et à se soutenir l'un par l'autre, pour tâcher dans ce temps confus et troublé de maintenir l'ordre, et l'ordre à la fois spirituel et temporel tel qu'ils s'entendaient à le comprendre et à l'imposer. Il se fait seulement une répartition des tâches dans ce véritable concert d'action commune tendant au gouvernement des sociétés tant civile que religieuse. Suivant des expressions qui reviennent sans cesse dans les documents alors, il y a un double office, ecclésiastique et séculier. Mais la



formation et la rupture du lien conjugal est bien regardé déjà comme relevant du *canonicum ministerium*. Combien d'autres traits témoignent alors de ce concours d'action! Il se montre déjà en ce que la plupart des mesures royales sont arrêtées en des assemblées composées à la fois d'Évêques et de Grands (1). En outre quant au fond, et cela va devenir un système arrêté sous les Carolingiens, les Capitulaires eux-mêmes, surtout ceux plus nombreux du temps de Pépin, Charlemagne, Louis le Débonnaire, apparaissent tout remplis de dispositions ecclésiastiques, notamment de canons d'Église qu'ils songent à rappeler pour en recommander ou en ordonner l'observation. N'y voit-on pas jusqu'à des commandements de Dieu ou de l'Église, redits comme dans un prône (2)? Mais on voit bien aussi qu'il est souvent demandé aux Évêques de prononcer des pénitences ou des excommunications pour des manquements à des capitulaires séculiers. Les rois comptent donc sur l'efficacité de ces sanctions canoniques pour leur œuvre temporelle, autant qu'ils donnaient à compter sur l'appui séculier promis aux Canons ecclésiastiques.

Ainsi doit-on s'expliquer ce qui s'y rencontre quant au mariage. Et d'abord il ne faut pas s'étonner de voir, au sujet du mariage, les décisions de conciles rapportées et à nouveau publiées dans quelques capitulaires. Cela était déjà aux premiers temps Mérovingiens, mais plus marqué encore par la suite. Les capitulaires de Leptine 743, de Vernes 755, de Compiègne 757, de Verberie 758,

(1) Ce concours d'action et de délibération des Évêques et des Grands (*optimates*), est nettement affirmé en tête de Capitulaires nombreux. On le voit tout particulièrement organisé au point de vue du double ministère ecclésiastique et séculier dans le préambule du grand Concile de Mayence de 813, qui parle de la délibération de trois groupes distincts, formés des *episcopi*, des *abbates*, et des *comites et iudices in mundanis legibus decertantes*. — *Convenit in nobis de nostro communi collegio clericorum seu laicorum tres facere turmas, sicut et fecimus*.

(2) Il y en a plusieurs exemples, mais nul plus saisissant que l'*Admonitio generalis* de 789 (Boret., n° 22) ou le *Capitulare missi* (B. n° 121).

d'autres à la suite, en témoignent clairement. Mais ce rappel ne veut pas dire qu'ils doivent uniquement leur force obligatoire à ce que Pépin le Bref ou Charlemagne, en les publiant ainsi, les adoptent et les imposent comme législation de l'État (1). Car une telle idée de sanction ou de promulgation royale n'est nullement indiquée, même aux préambules. Non, le roi les publie comme déjà valables et obligatoires en eux-mêmes en tant que *canones*, mais pour leur donner encore plus de notoriété et d'autorité, surtout pour les recommander ainsi à l'appui du bras séculier. Il n'y faut pas voir autre chose; car les publications royales, en forme de capitulaires, contiennent l'aveu qu'il s'agit de mesures rentrant dans le *canonicum ministerium*. Il suffit de lire ces textes et notamment le préambule du *Capit. Vernense* pour s'en convaincre. Le roi n'y marque que la volonté de mieux appuyer les Canons : *ut maneant præfata jura canonica firmissima integra atque intemerata*. C'est au même capitulaire qu'on trouve affirmé plusieurs fois le pouvoir reconnu aux Évêques, même vis-à-vis des laïcs, *ad corrigendum et emendandum secundum ordinem canonicum... ut sic vivant qualiter Deo placere possint* (2).

C'est donc à l'Église qu'il appartenait dès les deux premières races et au temps de Charlemagne, de jouer le rôle non tout à fait exclusif, mais principal, quant aux mesures législatives à prendre sur le lien conjugal. C'est elle, en ses conciles multipliés, qui rappelle et développe les prescriptions venues des *Livres Saints* pour en tirer sa forte organisation du lien de mariage (empêche-

(1) Ce raisonnement, qu'on a maintes fois rappelé depuis Launoy, ne paraît pas exact; et le texte du Concile de Mayence sur lequel Pothier (n° 143) prétendait l'étayer, n'a nullement cette portée.

(2) Boretius, cap. 14. V. en outre dans ce capitulaire le n° 5, où il est parlé de *Canonica sententia in synodo publico*, et le n° 9 où est bien rappelée à nouveau l'*emendatio episcopi ob incestum*, avec les effets décrits de l'excommunication, sauf appel devant le métropolitain.

ments et indissolubilité), mais en s'abstenant de régler ce qui concerne les intérêts pécuniaires qui s'y rattachent. On le discerne bien aussi au recueil de Capitulaires fait par Anségise (vers 828) sous Louis le Débonnaire. Dans cette collection d'Anségise où de propos délibéré les capitulaires ont été séparés en capitulaires ecclésiastiques et capitulaires séculiers<sup>(1)</sup>, c'est aux premiers qu'on rencontre quelques mentions d'empêchements de mariage sortis des Conciles<sup>(2)</sup>; tandis qu'aux lois séculières se trouve la disposition capitale assurant à la femme le tiers ou la moitié de collaboration<sup>(3)</sup>. Donc le lien *foedus* est *lex canonica*, les effets du mariage (*dos*, etc.) relèvent de la *lex mundana*; et cela est important à noter, car nous allons le retrouver aussi bien quant à la *jurisdiction*.

## II

J'ai dit qu'il appartenait principalement aux Évêques de décider judiciairement sur les questions de lien de mariage et cela dès l'époque Mérovingienne, suivant la règle posée au décret de Childebert II, telle qu'on la voyait observée par avance dans Grégoire de Tours.

Or cette pratique n'a fait que se confirmer plus encore sous la seconde race, comme il apparaît à travers l'ensemble des documents de l'époque; encore qu'on ait soutenu la thèse contraire en se fondant sur certains passages d'Hincmar, l'archevêque de Reims qui tint si grande place dans l'histoire de la deuxième moitié du IX<sup>e</sup> siècle. Mais il importe ici de préciser, car il y avait déjà lieu, dans la pratique, de faire la part des deux juridictions, ecclésiastique et séculière, comme ayant chacune leur sphère, mais devant en outre s'entr'aider.

(1) V. le préambule dans Boretius, t. I, p. 394.

(2) Ex. : Liv. I, nos 42, 50, 97, 98, 111; Liv. II, nos 37 et 41.

(3) Liv. IV, n<sup>o</sup> 9.

En dehors des litiges de pur intérêt pécuniaire, qui pouvaient surgir au sujet d'un mariage non contesté et qui ressortaient des juges séculiers, les questions matrimoniales, c'est-à-dire les questions relatives à la validité ou à la dissolution du mariage, ont pu toujours se présenter à deux points de vue distincts, que nous reconnaissons encore.

1<sup>o</sup> Ou bien la question *de foedere* était soulevée du vivant des conjoints; et alors le but principal était d'arriver, soit à leur interdire de vivre ensemble, parce qu'union prohibée, soit à leur enjoindre de reprendre la vie commune, parce qu'union valable et non dissoute. C'est alors la question du lien conjugal qui domine, sans qu'il existe même d'intérêts pécuniaires, ou sans qu'ils soient au premier plan.

2<sup>o</sup> Ou bien il s'agissait de la validité du mariage, examinée surtout au point de vue d'intérêts temporels qui s'y rattachent et qui se manifestent le plus souvent après la mort d'un des époux; telles les hypothèses où, après la mort d'un homme, pouvaient être contestés le douaire ou la part de collaboration de sa prétendue veuve, telle aussi la contestation de légitimité pour disputer à des enfants la succession de leur auteur.

Dans ce second cas, il apparaît que c'était bien plutôt aux juges séculiers de prononcer, non seulement sur le douaire ou l'hérédité formant le point même du litige, mais encore sur la question de validité de l'union, dont la solution pouvait dépendre. Rien ne laisse encore supposer sous les deux premières races, que ce *judicium seculare* fût subordonné à un *præjudicium ecclesiasticum*, comme on y tendra plus tard en forçant la conséquence de l'idée que toute décision à donner sur le lien relève seulement de l'Église. Ainsi les juges pouvaient dénier ou déclarer douaire ou succession, en constatant qu'il y avait eu mariage ou non, comme ils l'avaient pu faire en droit romain<sup>(1)</sup>.

(1) On pourrait invoquer en ce sens Régino, Liv. 2, n<sup>o</sup> 112, mais ce texte trop général n'est pas assez probant. On retrouvera plus tard cette solution indiquée dans Beaumanoir, Ch. 18, n<sup>o</sup> 1.

Mais quand il était question de prononcer du *vivant des époux* sur l'existence même ou les suites directes du lien conjugal, il appartenait aux Évêques de juger la cause comme canonique. Et les applications en étaient diverses. Il en était ainsi d'abord, en tant qu'il s'agissait de poursuivre d'office et par raison d'ordre public, la séparation de prétendus conjoints, dont l'union faisait scandale à raison d'un empêchement violé, par exemple, mariage incestueux entre parents ou alliés, bigamie avérée, mariage à la suite de répudiation ou divorce prohibés : c'étaient là des cas expressément dévolus par les Conciles et Capitulaires à l'*emendatio episcoporum*, tout aussi bien que le mariage prohibé des moines ou des prêtres. Il en faut dire autant des mariages attaqués à la suite de rapt par violence. Telles sont les hypothèses que nous voyons le plus souvent prévues dans les textes. Il y avait là des infractions à réprimer, des désordres à faire cesser. Or, de telles fautes étant considérées comme portant principalement atteinte à l'ordre public religieux, c'était aux Évêques, qui en avaient la garde, d'examiner si les lois, principalement canoniques, avaient été violées, et d'enjoindre aux infracteurs de se séparer, en les frappant ou menaçant de peines canoniques, c'est-à-dire de pénitences et d'excommunications. Comment d'ailleurs trouver un moyen plus efficace d'aboutir au résultat, c'est-à-dire à la cessation de cette vie commune scandaleuse ou désordonnée, séparation qu'il eût été malaisé d'obtenir et surtout de maintenir *manu militari*? Les Rois eux-mêmes l'avaient ainsi compris et formulé quand ils parlaient sans cesse d'*emendatio* et *medicamentatio* pour de tels manquements.

Nous supposons un mariage attaqué d'office et dénoncé au synode par l'*accusatio matrimonii*, si largement ouverte. Il en était de même quand l'union coupable était attaquée par un premier conjoint injustement répudié ou abandonné. Là encore, le but était obtenir à la fois séparation d'avec le second et retour de vie commune avec l'autre, « *districtione*

*ecclesiastica compellantur* ». Mais la question fût-elle soulevée entre conjoints et par ces conjoints eux-mêmes, par exemple s'il s'agissait des deux époux ou d'un seul réclamaient contre leur mariage à raison d'un empêchement par eux enfreint, sciemment ou involontairement, c'est encore aux Évêques qu'il fallait s'adresser pour arriver à reprendre régulièrement sa liberté, en faisant cesser la vie commune. D'autant qu'ici souvent on était poussé par scrupule de conscience (1) et désir de prévenir les peines canoniques.

Tous ces cas (que nous appelons aujourd'hui actions en nullité de mariage fondées sur un intérêt moral et qui sont à intenter par le ministère public, ou par les ascendants, ou par les époux mêmes), ont surtout pour objet d'arriver à rompre juridiquement le lien conjugal et se traduisent en injonctions de se séparer pour rentrer dans l'ordre. Ils ressortaient de la juridiction canonique des Évêques. Aussi n'y a-t-il point à faire doute qu'était impliqué dans cette *emendatio* le pouvoir pour les Évêques de déclarer le mariage nul et les enfants issus d'une telle union, illégitimes. Nous l'avons vu dans l'affaire d'Eulalius et Tetradaia, et on le trouve clairement affirmé dans le cap. 7, *in fine* du Concile de Fréjus (de 796) au sujet de mariages entachés d'inceste.

Là ne s'arrêtaient pas les litiges principalement réservés aux Évêques comme rentrant dans leur office canonique. Si, sans s'attaquer au lien même, il s'agissait de litiges entre époux, par raison de mauvais traitements, d'inconduite ou d'abandon, c'était bien encore à eux, ou d'enjoindre séparation protectrice pour la femme maltraitée, ou de prescrire le retour à vie commune après abandon. A eux enfin de punir les adultères (2), et toujours au moyen

(1) Ainsi se présentait le cas de Lothaire incriminant son mariage avec Teutberge.

(2) C'est bien ce qu'avait marqué le texte ancien du Concile d'Agde (vers 506) rapporté dans Reginon, Liv. 2, n° 110, et d'où s'étaient inspirés tous ces passages des conciles et des capitulaires qui prescrivent l'*emen-*

des sanctions canoniques, les mieux appropriées pour réagir sur la conduite par leur action sur la conscience et toute leur portée dans la société religieuse. Qu'on parcourt les capitulaires (1), les exemples ne manqueront pas pour confirmer ce que nous avons lu comme précepte dans la *Decretio* de Childebert II et le capitulaire de Leptines.

Voilà donc tout un ensemble de litiges matrimoniaux réservés au for ecclésiastique. Mais quoique l'Évêque eût ainsi d'après les canons de l'Église, prononcé sur le lien de mariage et enjoint aux conjoints soit de rompre la vie commune, soit au contraire de la mieux observer, il pouvait arriver que les sanctions canoniques dont il disposait fussent méprisées, et par suite ses injonctions non obéies. Alors n'était-il pas bon que le bras séculier vînt à l'appui, pour mieux aboutir dans les cas graves à réprimer le désordre ou faire cesser le scandale? C'est là ce qu'on trouve marqué maintes fois dans les Capitulaires, comme on l'avait vu déjà au Concile de Tours sous les Mérovingiens : « *Incesti, quod obedire sacerdotibus noluerint, oportet eos per sæcularem disciplinam coerceri* ». Cette pensée qui revient sans cesse, sera rappelée dans Reginon, L. 2, n° 225, comme elle avait été marquée aux fragments d'Ansgise, Liv. 2, n° 41, au sujet de ceux qui *parvipendunt sacerdotum monita et excommunicationes*, et contre lesquels il est nécessaire d'agir autrement pour arriver à une séparation effective. C'était ainsi l'Empereur lui-même qui, après avoir

*datio des désordres conjugaux comme aussi des mauvaises mœurs. Hi sæculares qui conjugale consortium culpa graviore dimittunt, vel etiam dimiserunt, et nullas causas discidii probabiliter proponentes, propterea sua matrimonia dimittunt, ut aut illicita aut aliena præsumant; si antequam apud episcopos comprovinciales discidii causas dixerint, et prius uxores quam judicio damnentur abjecerint, a communione Ecclesiæ, et sancto populi cætu, pro eo quod fidem et conjugia maculant, excludantur.*

(1) Cela est facile dans l'édition de Baluze ou dans celle de Boretius avec leurs tables fort bien faites, en se reportant aux mots *incestum, adulterium, emendatio*, etc.

reconnu aux Évêques leur office canonique, leur confirmait l'appui séculier.

Outre cette première cause d'intervention d'autorité séculière, qu'on peut bien croire avoir été assez fréquente, il y en avait une autre quand l'union illicite était en même temps frappée de peine corporelle, ainsi qu'il arrivait pour les incestes les plus graves ou les rapt (1). Il faut aussi tenir compte que même entre conjoints, dont il s'agissait d'invalider l'union comme irrégulière, pouvaient s'agiter des questions d'intérêt pécuniaire (règlement d'apports ou de douaire), et l'intervention du juge laïque se rencontrait encore pour prononcer sur ces points. Nous l'avons trouvé déjà dans l'affaire d'Eulalius et Tetradia, où, à raison des biens par elle emportés, Tetradia fut condamnée au quadruple; et nous voyons aussi que Grégoire de Tours énonce dans cette affaire qu'au synode d'Évêques se trouvaient adjoints des laïques : *Viri magnifici*. Quoiqu'il ne s'explique pas nettement sur ce point, il est bien à conjecturer que, dans le doubleau de décisions qu'il nous rapporte, l'une invalidant le deuxième mariage de Tetradia avait été principalement affaire des Evêques, tandis que la condamnation au quadruple était celle des laïques. Ajoutons enfin qu'à raison des modes de preuve alors usités et dont plusieurs, tels que le duel judiciaire, ne semblaient pouvoir être appréciés que par des laïques, il était encore plus fréquent besoin de réserver leur concours (2).

Or cet usage d'adjoindre ainsi dans bien des cas les autorités séculière et ecclésiastique, notamment Comtes et Évêques, semble avoir promptement tourné en véritable système de gouvernement et d'administration de la justice. C'est un fait que nous constatons à tout instant, à travers

(1) On l'a vu dans la *Decretio Childeberti*, pour les incestes. V. Ansgise, Liv. 4, nos 16 et 21 pour le rapt.

(2) C'est encore ce qui résulte du procédé des *tres turmæ*, rappelé au Concile de Mayence de 813, dans le préambule.

les Capitulaires. Pour n'en citer qu'un passage des plus explicites, on peut lire au n° 5 d'un des Capitulaires italiques datant d'entre 800 à 810 (Boretius, n° 102) :

*Volumus ut episcopi et comites inter se concordiam et dilectionem habeant... ut episcopus suo comiti, ubi ei necessitas poposcit adjutor et exhortator existat, qualiter suum ministerium explere possit. Similiter et comes faciat, contra suum episcopum, ut in omnibus illi adjutor sit qualiter infra suam parochiam canonicum possit adimplere ministerium*<sup>(1)</sup>. Eh bien ! les décisions sur le lien conjugal étaient déjà, nous l'avons vu, réservées et confiées aux évêques comme rentrant dans le *canonicum ministerium* ; mais le bras séculier pouvait être utile pour faire obéir les injonctions de se séparer. Au Comte de servir ici d'*adjutor* à l'Évêque, comme en bien d'autres conjonctures nous voyons les Évêques invités à soutenir de leurs menaces et sanctions canoniques l'exécution d'ordres purement temporels.

Cette idée d'un concours ainsi compris, pour soutenir chacun dans son rôle et sa tâche, n'a-t-elle pas été en toutes choses la politique adoptée et nettement pratiquée par Pépin le Bref et Charlemagne, comme l'a montré dans l'histoire générale leur alliance intime avec la Papauté ? Commencée déjà sous les Mérovingiens, mais bien plus ouvertement et largement pratiquée vers la 2<sup>e</sup> race, c'est la reconnaissance continue de deux pouvoirs distincts et alliés dans la société civile et religieuse, et qui ayant chacun leur mission propre, se soutiennent et se concertent pour la mieux remplir. On en trouve l'aveu éclatant dans le préambule du Capitulaire présenté comme le premier en date (769) parmi ceux de Charlemagne et qui est d'ailleurs presque entièrement consacré à des matières ecclésiastiques : *Carolus gratia Dei rex, regnique Francorum rector et devotus Sanctæ Ecclesiæ defensor*

(1) V. aussi, comme recommandation qui s'y rattache, l'*epistola Caroli* (Boretius, n° 97, p. 203).

*atque adjutor in omnibus*. Il renferme bien l'aveu de la puissance distincte de l'Église, mais aussi l'explication de cette intervention fréquente des rois pour publier et appuyer la législation des Conciles, notamment leurs Canons quant au mariage. On en peut suivre l'application dans le même Capitulaire aux n°s 6, 8, 10, 17 ; comme on la retrouve bien dans le Capit. *Missorum Generale* de 802, notamment aux n°s 33 à 38. Mais il n'en est pas de plus saisissant exemple que la courte série des capitulaires Italiques dus à Charlemagne et à son fils Pépin. Là encore est bien affirmée l'idée que c'est aux Évêques qu'appartient l'*emendatio* des *matrimonia illicita* (Cap. 89, n° 6 ; Cap. 96, n°s 1, 4, 5). Mais il n'en est pas moins enjoint aux Comtes et autres Officiers séculiers de signaler les unions illicites et de prêter main-forte pour assurer les séparations prescrites en vertu des lois d'Église.

De l'ensemble de ces textes, qui montre comme puissances agissantes et avec une autorité semblable, l'Église et l'État, les *Canones* et les *Leges*, les Évêques et les Comtes, se dégage pour nous la conclusion suivante :

Dès la première race et de plus en plus sous la seconde, même au temps de Charlemagne et de Louis le Débonnaire : 1° C'est à l'Église (en ses conciles) qu'appartient, sinon exclusivement, du moins avec prépondérance dans l'Empire Franc, l'action législative sur le lien de mariage dont elle poursuit l'organisation en l'absence voulue du droit séculier. Les rois ne font que la soutenir et la seconder de leur meilleur vouloir en reconnaissant que c'est son office dans le gouvernement de la Société. — 2° C'est à l'Église encore et aux Évêques qu'il appartient principalement de juger la question du lien de mariage, pour le prononcer licite ou illicite, et s'il y a lieu, enjoindre la séparation. Au double point de vue, s'établit pour Elle une possession incontestée.

Il ne semble pas qu'on ait opposé à ces conclusions

depuis longtemps assez communément acceptées des objections décisives. Il y a bien eu depuis le xvii<sup>e</sup> siècle une opinion, soutenue par Launoy, d'après laquelle les Rois et Empereurs Francs n'auraient jamais cessé d'être législateurs et juges des mariages, même quant au lien. Launoy, avec une érudition infatigable, s'est efforcé de rassembler pour le temps des deux premières races quelques textes à l'appui de cette thèse, et il en a cité de la fin du ix<sup>e</sup> siècle empruntés surtout à Hincmar, en vue de prouver que l'Église aurait encore reconnu à cette époque la suprématie séculière en matière de mariage, même pour statuer sur la validité ou nullité. Ce sont ces textes qui ont été repris de nos jours à l'appui de l'idée que jusqu'à la fin du ix<sup>e</sup> siècle l'Église n'aurait ni exercé ni même prétendu plein pouvoir de législation et de juridiction sur le lien conjugal (1).

Mais, pour n'en dire ici que quelques mots, il ne semble pas qu'ils prouvent rien autre que cette possibilité d'action séculière à côté de la juridiction ecclésiastique, dont j'ai parlé. Dans l'un des textes (de 860) on lit que Stéphane, fiancé avec la fille de Régimond, s'était vu pris de scrupule sous prétexte de parenté, après fiançailles suivies même de mariage régulier, et refusant tout commerce à sa femme, demandait de s'en séparer. La question fut soumise à un concile (celui de Touci) où, sur un rapport d'Hincmar il fut conclu à la nullité du mariage et à la séparation des époux, en réservant toutefois le *judicium civile*. Mais sur quoi, puisque la rupture avait été prononcée, sinon sur les intérêts pécuniaires, qui pouvaient se rattacher à la cassation de ce mariage, ce qui semble bien tout à l'appui de notre explication.

Dans un autre texte, c'est la fameuse affaire du roi Lothaire répudiant Teutberge, qu'il accusait d'avoir eu auparavant des relations incestueuses avec son propre frère. C'était bien à un synode d'Évêques qu'il avait porté

(1) V. Esmein, t. I, p. 17 à 23.

cette plainte avec demande de rupture. Mais aucune preuve sur les faits, rien que des soupçons. Hincmar avait conclu, qu'au sujet de la preuve, il fallait s'en rapporter à des laïques (1). C'est qu'aussi pour soutenir ou combattre cette plainte il pouvait être question de recourir au duel judiciaire *certamen legale*, procédure qui ne pouvait être suivie devant les juges d'Église. On ne voit donc pas là, que la juridiction ecclésiastique ait rien reconnu ni abandonné quant au lien. De fait, nous voyons que le synode se prononça contre Lothaire, et que le pape Nicolas I<sup>er</sup> l'ayant menacé d'excommunication, s'il ne renvoyait pas Walrade qu'il avait épousée en second lieu, Lothaire se décida à reprendre Teutberge en promettant de l'accueillir et de la traiter en épouse. Comment ne pas reconnaître le pouvoir de l'Église, effectif et consacré, dans un litige royal ainsi tranché (2)? Il en sera de même cent cinquante ans après, au début du xi<sup>e</sup> siècle, quand le roi Robert ayant congédié Suzanne pour épouser Berthe, sera excommunié et son royaume menacé d'interdit s'il ne cède pas.

Rien ne saurait donc empêcher de conclure que l'Église avait déjà conquis (à la fin du ix<sup>e</sup> siècle) le pouvoir exclusif de prononcer sur le lien sacré du mariage, encore qu'elle eût parfois recours à l'appui du bras séculier et qu'elle lui reconnût compétence quant aux effets, ou certaines questions de procédure (3).

(1) V. Esmein, t. I, p. 20 et s. — Le passage cité p. 20, note 3, n'a strictement trait qu'à la preuve « *ut hæc ratio ventiletur...* ».

(2) V. dans Boretius, t. II, p. 463 et s., les synodes d'Aix-la-Chapelle et les décisions du pape qui se rattachent à ces questions.

(3) V. encore dans Esmein, p. 20 et s. ce qui est rapporté au sujet des plaintes de Northilde « *de quibusdam inhonestis inter se et virum suum* », puis au sujet du deuxième mariage de Judith, fille de Charles le Chauve avec Baudouin. — Quant au Concile de Tribur (de 895), il montre nettement au c. 39, qu'il s'agit bien de nullité prononcée par le Concile : « *Definivit super hoc sancta synodus ut ille transgressor Evangelicæ legis subjiciatur poenitentia et a secunda conjuge separetur et ad priorem conjugem redire cogatur* »; décision semblable à celle qui

## III

Nous voici arrivés à la fin du ix<sup>e</sup> siècle, époque où vont tarir les Capitulaires (1) et pour laquelle nous n'avons plus d'autres documents d'ordre législatif que du côté de l'Église dans les Canons de ses Conciles et les Lettres ou Décrétales de la Papauté.

L'Église a depuis longtemps charge et possession de statuer effectivement sur les questions de lien conjugal, mais en agissant de concert avec les rois et empereurs Francs, qui s'en remettent à elle de ce qu'ils considèrent alors comme étant du ministère ecclésiastique. Du moins ont-ils eu, de temps à autre, à déclarer leur approbation sans faire aucune renonciation à leur puissance. On ne saurait citer d'eux ni une concession, ni une reconnaissance formelle de plein pouvoir attribué à l'Église à l'exclusion du leur, et on les a vus maintes fois adopter et publier aussi comme lois royales les Canons des Conciles. Avant l'affaire de Lothaire et de Teutberge, on n'observait pas davantage l'Église jugeant et condamnant les mariages royaux, quoiqu'elle aurait pu relever des infractions canoniques jusque dans les unions de Charlemagne (2).

A partir de cette époque, c'est-à-dire dès le x<sup>e</sup> siècle et avant même la fin de la seconde race, l'Église va demeurer seule à agir comme législateur et comme juge, en toute indépendance, ayant à gouverner exclusivement le lien de mariage comme son domaine propre. Il n'y a plus à signaler d'intervention séculière, qui d'ailleurs serait alors repoussée comme contraire au droit de l'Église. Les unions royales seront aussi bien soumises à sa puissance, que Phi-

avait atteint Lothaire. C'est donc encore un texte qui paraît bien décisif pour la fin du ix<sup>e</sup> siècle.

(1) Le capitulaire de Kiersy, qui compte parmi les derniers, date de 877. Le concile de Tribur est de 895.

(2) V. dans Eginhard, *Vita Karoli*, n° 18.

lippe-Auguste lui-même devra respecter, après avoir vainement tenté de faire casser son mariage avec Ingelburge pour valider sa nouvelle union avec Agnès de Méranie. C'est avec pleine liberté d'action que l'Église va parvenir à faire triompher dans son organisation canonique du mariage tout l'ensemble de préceptes étrangers à l'antiquité païenne qu'elle a puisés dans l'Évangile, dans l'apôtre Saint Paul, dans les traditions anciennes des premiers siècles chrétiens, auxquelles s'ajouteront les besoins nouveaux, nés de sa constitution même. Elle agira de même autour du mariage pour combattre canoniquement les mauvaises mœurs et le commerce irrégulier; si bien qu'elle sera pour beaucoup dans la dure condition faite aux bâtards. Sur tout ce grand ensemble de l'institution matrimoniale, elle va formuler et coordonner sa loi dans ses Canons bientôt codifiés, dans la doctrine de ses théologiens et de ses docteurs. Toute cette œuvre sera accomplie au xiii<sup>e</sup> siècle, avec les Décrétales comme législation, les officialités nouvellement créées comme juridiction, la doctrine d'un Saint Thomas d'Aquin comme théologie et droit canon.

Mais comment expliquer et suivre tout ce mouvement qui s'amplifie et s'achève du x<sup>e</sup> au xiii<sup>e</sup> siècle? — Et d'abord le fait de cette souveraineté désormais tout exclusive de l'Église sur le lien de mariage? Elle s'explique avant tout, par l'assentiment universel de la Société du Moyen âge qui accepte la donnée théologique du mariage compté entre chrétiens parmi les sacrements; donnée jusqu'alors incomplètement dégagée, et qui va servir de base principale à toute la construction matrimoniale du droit Canon. Grâce à cette notion l'Église aura pouvoir souverain et incontesté de *Sacramento et fœdere*. Mais on ne saurait méconnaître que la désorganisation du pouvoir temporel, qui s'affaiblit et se morcelle en face de l'Église devenue alors si forte comme puissance spirituelle, a contribué aussi à ce triomphe complet du droit matrimonial canonique.

1° Que le mariage se soit vu alors considéré dans la Société chrétienne comme un accord essentiellement religieux, formant lien sacré et mis au nombre des *sacraments*, c'est là une thèse indéniable, qui sera enseignée par les canonistes de la fin du Moyen âge comme doctrine courante, que nous retrouverons bientôt dans Pierre Lombard et Saint-Thomas d'Aquin, avant qu'elle soit affirmée dans les Conciles et dogmatiquement proclamée au concile de Trente. Or cette notion du sacrement de mariage ne s'est pleinement dégagée et formulée qu'entre les x<sup>e</sup> et xiii<sup>e</sup> siècles; car il faut bien reconnaître qu'on ne trouvait rien de formel en ce sens, ni dans les conciles antérieurs, ni dans les capitulaires, qui formulaient leurs règles de mariage sans énoncer de principe théologique, invoquant bien l'Évangile et les Apôtres et déclarant maintes fois appliquer la *lex divina*, mais sans parler de sacrement (1).

Or, le mariage *sacrement*, c'est la notion religieuse, qui devait surtout s'affirmer et se développer pour devenir désormais l'explication fondamentale de l'indissolubilité et de la juridiction ecclésiastique. Il va de soi qu'elle n'a pas peu contribué, dans la grande ferveur d'alors, à fonder le principe de la pleine souveraineté de l'Église qui a été dite de *sacramento et fœdere*. Le raisonnement était en effet tout simple : l'Église a le magistère des sacrements, or, le mariage est un sacrement, donc c'est l'Église qui gou-

(1) Il est admis que la donnée du mariage sacrement a eu ses origines dans la tradition biblique de la primitive institution divine entre Adam et Ève, rappelée par Jésus-Christ, et que cette donnée a pu s'enraciner d'après quelques paroles de Saint Paul. Elle a dû beaucoup aux écrits de Saint Augustin. C'est ainsi appuyée, qu'elle apparaîtra dans les théologiens du xiii<sup>e</sup> siècle. Mais on n'en trouvait rien encore aux conciles et aux capitulaires des deux premières races. Qu'on se reporte dans ces textes au mot *Sacramentum*, on le verra employé à l'ordinaire dans le sens de serment, parfois dans le sens de *mysterium*. Au sens théologique de Sacrement, on ne le trouve appliqué que pour le Baptême et pour l'Eucharistie, non pour le mariage. V. à ce sujet : Pourrat, *La théologie sacramentaire*, ch. v.

verne le mariage. Il s'ensuivit que le point de vue antique, et redevenu moderne, suivant lequel l'accord matrimonial est bien aussi et par essence un acte de la vie civile, pouvant relever à ce titre des lois séculières, devait s'effacer ou s'obscurcir en face du sacrement. Sans cette croyance acceptée dès lors par l'ensemble du monde chrétien, il serait impossible de comprendre ce pouvoir acquis et reconnu à l'Église, comme pouvoir exclusif et dominant celui des princes. Sa longue possession lui était venue sans doute à travers le Moyen âge de la mission qu'elle avait remplie en régénérant et organisant l'institution du lien conjugal. Mais cette possession même, c'est le caractère sacramentel reconnu au mariage, qui la légitimait par un plus haut titre. Et c'est ainsi surtout que les canonistes ont voulu la justifier, depuis P. Lombard jusqu'à nos jours.

Mais cela même peut-il suffire à l'expliquer pleinement, si l'on songe que quelques siècles plus tard des catholiques gallicans, comme Gerbais ou Pothier, contesteront le pouvoir exclusif de l'Église sans nier le sacrement, en exposant que le mariage étant en même temps contrat civil et sacrement dépend ainsi tout à la fois des deux puissances? Eh! pourquoi n'en fut-il pas ainsi dans le Moyen âge, quand commença de se répandre la doctrine du mariage sacrement? On a bien répété depuis que les princes avaient alors décliné tout droit sur le lien conjugal, en reconnaissant d'eux-mêmes la pleine souveraineté de l'Église de *sacramento et fœdere*. Des canonistes ont prétendu relever un aveu irrévocable des princes séculiers, datant de la fin du Moyen âge. Mais si les princes ont pu paraître ainsi tout abandonner, sans rien retenir des anciennes prérogatives séculières, romaines ou germaniques, faut-il n'y voir qu'un acquiescement réfléchi de leur croyance et de leur piété (1)? Quelle preuve formelle

(1) Comme l'expliquera plus tard Gerbais d'après P. Soto. V. au 23<sup>e</sup> Cours.



rappporter d'un tel aveu, qui aurait tranché ce grand litige ? La vérité est qu'il faut reconnaître aussi dans l'attitude et l'inaction des princes séculiers les suites d'un affaiblissement notable de l'État en face de l'Église fortement ordonnée, qui, après avoir régi le mariage avec l'assentiment des princes, prétendit le gouverner au-dessus d'eux.

2° Il est visible à d'autres traits que les rois et empereurs francs n'ont pas su comprendre et maintenir les données générales de la puissance publique, telle que l'avaient conçue les Romains, de même qu'ils n'ont pas su conserver une administration aussi bien ordonnée. Tout l'atteste, leur abandon de grands domaines, leurs concessions d'immunités et d'offices héréditaires. C'en est un autre témoignage, d'avoir accepté tant de partage avec l'Église, dont le concours leur a semblé nécessaire, ou singulièrement utile pour gouverner la société d'alors, comme le montrait ce rappel constant aux sanctions ecclésiastiques pour mieux appuyer leurs lois ou règlements temporels. A plus forte raison devaient-ils négliger ou délaisser leur rôle de puissance séculière dans la sphère du mariage, où l'Église avait elle-même organisé le lien conjugal et fait prévaloir la donnée du sacrement. S'il y eut de leur part et entre leurs mains, affaissement du pouvoir temporel, même sur bien des points où leur piété de croyants n'était pas engagée, combien mieux ont-ils pu s'effacer là où les règles de l'Église étaient pour eux comme pour leurs sujets, *leges divinæ*.

D'ailleurs, avec la décadence carolingienne, la puissance civile allait s'affaiblir bien plus encore dans le morcellement féodal. La souveraineté, avec ses attributs de législation et de juridiction, se disperse et s'émiette entre les mains des seigneurs féodaux. C'est pour ceux-ci l'indépendance presque complète pendant trois siècles, jusqu'au temps de Philippe-Auguste et de Saint Louis. Et durant cette période, c'est l'absence de toute législation séculière organisée, c'est l'éclosion de multiples coutumes territo-

riales appliquées par des juridictions illettrées, c'est le défaut de toute doctrine jusqu'à la renaissance du droit romain. Autant de défaillances qui tournent au profit de l'Église et de son droit canon, là où elle peut trouver quelque raison d'étendre son action jusque sur des questions d'ordre temporel, telles que le douaire des veuves et les dernières volontés des mourants.

Durant cette même période au contraire, et malgré tant de confusion et d'ignorance qui l'ont caractérisée dans l'histoire, l'Église c'est-à-dire la société religieuse continue de mieux ordonner sa puissance en se concentrant et fortifiant toute sa hiérarchie. La papauté, comme pouvoir monarchique dans l'Église, ne semble vraiment s'être développée qu'à partir du ix<sup>e</sup> siècle. C'est alors que la primauté de l'Évêque de Rome, se transforme en gouvernement supérieur de l'Église, à la suite de son alliance étroite avec Pépin le Bref et Charlemagne qui lui valut aussi l'acquisition de son domaine temporel. Cette organisation ne se poursuivit pas sans vicissitudes à travers l'époque troublée des x<sup>e</sup> et xi<sup>e</sup> siècles. Mais dans la décadence et le désordre qui suivent, ce sont les grands papes qui dominent le Moyen âge, tel Nicolas I<sup>er</sup> (2<sup>e</sup> moitié du ix<sup>e</sup> siècle); Gerbert, devenu Sylvestre II (x<sup>e</sup> siècle); Grégoire VII (au milieu du xi<sup>e</sup>); Innocent III (au début du xiii<sup>e</sup>) (1). Le pape est alors, pour toute la chrétienté de l'Europe occidentale, la grande puissance publique et unitaire, qui légifère au moyen des Décrétales, qui juge souverainement en appel et même *omisso medio*, qui fulmine dans le respect universel ses excommunications et ses interdits comme ses indulgences ou ses dispenses, qui suscite et dirige les Croisades, qui va même jusqu'à affirmer nettement la suprématie de la puissance spirituelle sur la temporelle, comme celle de l'âme sur le corps. Sous cette haute et puissante direction des successeurs de Saint

(1) V. Chénon, 3<sup>e</sup> Conférence, *L'Église et la Féodalité*.

Pierre, les Évêques en chaque diocèse étendent leur juridiction *ratione personæ et materiæ* jusqu'au delà du domaine purement spirituel; et ne pouvant suffire à juger eux-mêmes tant de causes qui se multiplient dans leur ressort, ils délèguent leur juridiction à un tribunal ecclésiastique qui va former l'*officialité* et où sera compris le mariage sacrement, *ratione materiæ*.

Avec un tel ensemble de faits, qui marquent son apogée au XIII<sup>e</sup> siècle, comment s'étonner que l'Église en soit venue à posséder seule tout ce qui dans le mariage ressort au lien conjugal, qui avait été sa création et sa conquête, et à le régir exclusivement, c'est-à-dire indépendamment de toute participation séculière, sauf à laisser au pouvoir temporel le soin d'en fixer et juger les effets civils? Dans les esprits simples et religieux du Moyen âge, qui auraient trouvé bien subtile l'analyse du mariage envisagé comme une combinaison de contrat civil et de sacrement, la donnée du mariage sacrement gouverné par l'Église devait apparaître la solution naturelle et logique, qui n'eut alors nul caractère d'usurpation ou d'empiétement, et qui fut même pour l'époque un très grand bienfait.

D'ailleurs, quelle raison puissante aurait pu militer alors pour une réserve civile quant aux questions de lien conjugal! Si quelque autre pouvoir séculier avait pu demander partage avec l'Église au sujet de ce lien, c'eût été logiquement les seigneurs féodaux, comme ils ont bien eu la juridiction des effets civils du mariage d'après les coutumes qui se formaient alors. Mais ces seigneurs, disséminés sur le territoire, pouvaient-ils bien s'élever en face de l'Église devenue si populaire et si fortement organisée, pour prétendre suivant des précédents romains ou carolingiens à légiférer et juger à côté d'elle sur la validité et la dissolution du mariage (1)? Voilà comment le rôle de

(1) Il faut bien voir alors l'Église ayant à retenir pour elle tout ce gouvernement du mariage, non pas tant à l'encontre de quelques grands

l'Église, déjà prépondérant avant le X<sup>e</sup> siècle, devint aisément un pouvoir exclusif et incontesté, sans rien d'une entreprise politique. Qu'on songe en effet à la multitude des coutumes civiles, qui se formèrent distinctes suivant les seigneuries, pour être rédigées ensuite comme autant de petits codes territoriaux. Se figurerait-on bien une législation du mariage aussi bigarrée que celle des fiefs et des successions, comme il aurait pu arriver si elle fût restée au pouvoir des seigneurs et de leurs justices seigneuriales! Il n'y a eu déjà que trop de bizarreries dans la masse des coutumes relatives au formariage des serfs, ou aux sujétions matrimoniales des héritières de fiefs. La souveraineté entière de l'Église sur le lien de mariage valait bien mieux. Si elle a pu introduire dans ses constructions de droit canon sur le mariage, certaines théories ou certains empêchements excessifs, à côté de tant d'autres bonnes réformes, toujours est-il qu'elle a du moins conservé en France et pour la France entière, comme pour une grande partie de l'Europe, l'unité si précieuse du droit maintenue dans le lien du mariage, quand elle ne se rencontrait plus dans nombre de matières civiles. Cette unité seule, dans une institution telle que le mariage, a été assurément un bienfait de plus, et qu'on a trop oublié depuis.

Toutefois et durant plusieurs siècles devait en résulter dans le mariage ce que nous avons appelé, nous autres civilistes, la confusion de l'acte civil et du sacrement. L'Église devenue seul juge et seul législateur, et ses docteurs étant alors aussi seuls aptes à construire une théorie sur le mariage, tendirent à professer l'absorption complète de l'acte civil dans l'acte religieux et à ne plus considérer dans la formation du mariage que le lien sacré ou canonique; ce dont ils s'aideront ensuite pour contester à la royauté la reprise de ses prérogatives d'État et de son droit

monarques, que vis-à-vis de la foule de menus princes, qu'elle dominait mieux encore.

de légiférer sur les empêchements ou la dissolution, comme de juger sur les nullités. L'idée, qui sembla reçue alors presque unanimement vers la fin du Moyen âge, devait s'exprimer ainsi : « *Le mariage restauré et élevé par Jésus-Christ à la dignité de sacrement* », pour n'y plus rien voir d'autre qu'un accord sacré devant Dieu et comme tel régi par l'Église. Telle est toujours restée la doctrine catholique, affirmée encore dans l'Encyclique de Léon XIII (1).

Quelque opinion qu'on garde d'ailleurs sur le fond, il faut bien reconnaître que cette théorie de l'Église et du droit canon a régné sans conteste pendant la dernière moitié du Moyen âge et jusqu'au xvi<sup>e</sup> siècle. Elle est manifestement reconnue par nos auteurs coutumiers comme Beaumanoir et Bouteiller (2). On la trouve constatée dans des jugements de l'époque (3). Elle fut acceptée aussi par nos rois, au sujet même de leurs propres mariages, qu'ils soumettaient aux lois et aux juges de l'Église. Alors que dès le xiii<sup>e</sup> siècle la royauté commençait de restaurer l'État français en abaissant la féodalité, elle n'avait rien entrepris encore sur les pouvoirs consacrés de l'Église, à qui le mariage était dévolu comme toute l'administration des sacrements, sans qu'on vît même longtemps d'appels comme d'abus au sujet de ses décisions. L'idée dominante était donc bien que l'Église gardait pour elle la décision souveraine des questions de formation et de dissolution du mariage, et que, reconnu bon et valable par elle seule, il ne restait au ressort des puissances séculières que les effets civils qui en dérivent. D'où une question préjudicielle à porter au tribunal ecclésiastique quand des affaires de régime matrimonial ou de succession dépendaient de la

(1) V. Encyclique *Arcanum*, p. 11 et 13.

(2) Beaumanoir ne parle jamais du mariage au titre de sacrement, mais il reconnaît nettement à plusieurs reprises que la connaissance du mariage appartient à « Sainte Église ». Ch. xi, n<sup>o</sup> 3, Ch. xviii, Ch. lvii, n<sup>o</sup> 1. — Bouteiller, L. 2, t. 8.

(3) V. arrêts de l'Échiquier, n<sup>o</sup> 620.

validité contestée d'un mariage. On en aurait encore l'aveu au xvi<sup>e</sup> siècle dans la question 151 de Guy Coquille où il parle du droit canonique « qui a toute puissance au fait des mariages pour le lien, qu'on dit *in causa fœderis* », ce qu'il appliquait de même aux questions de séparation de corps.

#### IV

Où les trouver maintenant, cette législation et cette doctrine canoniques, dans la période que nous parcourons? C'est le dernier point qui nous reste à envisager et sur lequel je ne puis songer qu'à vous rappeler quelques notions sommaires.

L'histoire du droit canon, comparée à celle du droit civil, suscite diverses observations générales qui dépassent d'ailleurs notre sujet du lien de mariage, mais qui méritent d'être notées comme réflexions d'histoire, puisque nous les rencontrons sur notre route. Non seulement le droit Canon a eu ce caractère d'être allé bien au delà du droit civil, en organisant comme règles canoniques des préceptes de morale religieuse et en leur appliquant tout un système de sanctions spéciales; ce que nous avons déjà constaté, mais que nous retrouverons surtout en parlant des effets généraux du mariage. Comme droit, qui s'est établi en vue d'ordonner la société chrétienne datant de Jésus-Christ, il a eu aussi ce caractère de s'être formé et développé à une époque vraiment historique, si bien qu'on le peut découvrir et suivre à partir de ses premières sources, dans les Évangiles et les Actes ou écrits des Apôtres. Il diffère donc en cela du droit civil, dont l'histoire plonge aux plus lointaines origines, si difficiles à démêler à Rome bien avant les douze Tables, ou chez les Germains avant les invasions. Aussi pour ce dernier ses historiens ont-ils été souvent entraînés à des conjectures de préhistoire, mélangées de suppositions constantes de précédents ou de survivances. Il n'en est plus de même en droit Canon.

Sans doute, il a eu des périodes obscures; on suit malaisément ses premiers développements jusqu'au iv<sup>e</sup> siècle, dans l'Empire romain. Quand les invasions barbares ont fait sombrer l'Empire d'Occident, les progrès du droit Canon, comme nous venons de le constater, ne s'observent pas sans difficulté au cours du Moyen âge; avec bien moins de peine pourtant que la formation de nos coutumes civiles si multiples. Eh! pourquoi? Si le droit Canon a commencé lui aussi par être en partie coutumier, et la marche d'un droit se développant à l'état de coutume est toujours chargée d'obscurité, ce droit Canon pourtant n'a jamais été exclusivement coutumier, ni variable à l'infini comme nos coutumes civiles. Il procédait de préceptes déterminés, formulés comme *lex divina* et tenus pour tels dans toute la Chrétienté. Il a été nourri par une doctrine abondante et forte, qui se manifesta à la suite des Apôtres dans les œuvres des Docteurs et des Pères de l'Église. Il y eut de bonne heure des Conciles, dont les Canons ont pu être conservés. C'est donc un droit qui, sorti d'une source précise et connue, s'est développé à la façon d'un grand fleuve, par des voies manifestes de direction législative et doctrinale. Dès lors, si son objet peut sembler moins accessible à la raison quand il s'agit de l'histoire interne des institutions canoniques, il est par contre mieux dessiné dans son histoire externe. — Ces observations générales rappelées, je ne veux que signaler brièvement les œuvres principales qu'il vous faut connaître, pour être renseignés sur l'état de ce droit Canon à la fin du Moyen âge quant au mariage sacrament.

Il importe de vous renvoyer d'abord à l'exposition d'ensemble qu'a donnée Adolphe Tardif comme *Histoire des sources du Droit canonique*. Les histoires de Droit civil français de M. Viollet (Liv. 1, 3<sup>e</sup> partie), de M. Brissaud (*Sources*, ch. VII) fournissent aussi d'amples indications.

Mais pour un résumé rapide qu'aurons-nous seulement à relever et à caractériser?

D'abord comme *législation* active. — A l'époque où nous sommes il y a toujours *des Conciles*, mais il y a aussi de nombreuses décisions des Papes connues sous le nom général de *Décrétales*. D'ailleurs les conciles principaux de la fin de cette période se tiendront surtout à Rome: tels, les divers conciles de Latran des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles. C'est donc en ces Décrétales et Canons qu'on peut suivre le mouvement continu et grandissant des décisions nouvelles, notamment les règles définitives sur les empêchements de parenté, d'ordre et de vœux, l'introduction du mariage putatif et de la légitimation par mariage subséquent, etc. Législation, qui s'est montrée surtout active aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, où les Papes avaient à répondre sur les questions ou à prononcer sur les appels venus de tous les points de la chrétienté. Mais en même temps, commençaient alors les recueils ordonnés de droit canonique, permettant de le mieux envisager dans son ensemble comme de mieux grouper ses décisions se rapportant à telle ou telle matière. C'est même ainsi qu'on peut bien se rendre compte de la grande place qu'occupait la législation du mariage dans l'ensemble du droit canon. Ces recueils qui commencent dès la fin du IX<sup>e</sup> siècle, allèrent en se perfectionnant comme étendue et méthode, jusqu'au décret de Gratien. Il suffira de les rappeler d'un mot.

Comme œuvre, sans doute la plus ancienne, il faut noter:

1<sup>o</sup> Les *Libri duo de Synodalibus causis et de disciplinis ecclesiasticis*, de Réginon, abbé de Prun (entre 906 et 915), où nombre de passages (surtout L. 2, nos 98 à 265), se réfèrent au mariage et témoignent par là même quelle place tenaient les questions matrimoniales dans les *Causæ Synodales* ou *Juridictions ecclésiastiques*.

2<sup>o</sup> Les *Libri XX Decretorum* de Burchard de Worms (entre 1012 et 1023), où le mariage occupe surtout le Livre IX.

3<sup>o</sup> Les œuvres d'*Yves de Chartres* (de la fin du XI<sup>e</sup> siècle), qui fut un grand Canoniste du temps. Son *Decretum* ou *Col-*

*lectio Canonum*, est une œuvre très considérable, en dix-sept parties, où il est traité dans la huitième *De Conjugiis*, dans la neuvième *De Incesta copulatione*. Mais on trouve la substance mieux ordonnée de tout le sujet dans sa *Panormia* (Lib. 6 et 7). De plus il faut noter que, dans les 287 lettres qui nous ont été conservées d'Yves de Chartres, plusieurs consacrées à la discussion de difficultés matrimoniales offrent un grand intérêt (1).

4° Je n'ai pas à m'étendre sur le *Decretum Gratiani* ou *Concordia distantium Canonum* (entre 1141 et 1150), dont l'ordonnance générale aussi bien que l'importance sont signalées partout. Les développements sur le mariage, empruntés comme pour tout le reste aux Évangiles, aux œuvres Apostoliques, aux Pères de l'Église, puis aux Canons de nombreux Conciles et à quelques Décrétales, se trouvent surtout massés dans les *Causæ* 27 à 33, interrompus ensuite par le *De Pœnitentia*, et repris de la *Causa* 34 (question 4), jusqu'à la *Causa* 36. On sait que ce *Decretum Gratiani* fut presque aussitôt traité à l'égal d'un recueil officiel et plus tard prit place dans le *Corpus juris Canonici*, où il forme à certains égards le pendant du *Digeste* dans le *Corpus Juris civilis*.

5° Ce milieu du XII<sup>e</sup> siècle était l'époque où la papauté exerçait sa plus grande action législative. De là, un grand nombre de Décrétales venues à la suite de Gratien et dont il se fit aussi des recueils, voire même un recueil tout à fait officiel, celui des Décrétales de Grégoire IX, qui remonte à 1234 et rappelle les codifications romaines de Constitutions impériales. Le livre IV y est tout entier consacré au mariage et composé de constitutions pontificales, presque toutes postérieures au décret de Gratien. Nul monument canonique ne témoigne mieux de la suprématie conquise par l'Église dans la sphère du mariage; et les Canonistes ultérieurs seront souvent appelés les Décrétalistes.

(1) Ex. : Ep. 125, 170, 188, 221, 242, 243, 246.

C'est en ces deux grands recueils qu'on peut le mieux juger de l'ensemble du droit canon. Il s'y ajouta ensuite le *Sextus* de Boniface VIII en 1298, puis le recueil des *Clementines* (de 1313). Avec quelques constitutions nouvelles dites *Extravagantes* il se forma, du tout, le *Corpus Juris Canonici*, préparé à la date de 1563, qui conduira la législation canonique jusqu'à l'époque où le Concile de Trente affirmera de nouveau les principes et théories canoniques sur le sacrement de mariage.

Il y a déjà beaucoup de *doctrine* dans ces recueils de législation canonique et particulièrement dans le Décret de Gratien. Mais une doctrine plus complète et approfondie devait s'établir à la fois en théologie et en droit canon. Elle commence à se traduire en œuvres bien ordonnées et considérables dès le XII<sup>e</sup> siècle, après Yves de Chartres. L'une des œuvres capitales se trouve dans les *Sentences* de Pierre Lombard, qui compta parmi les théologiens principaux de l'Université de Paris, au XII<sup>e</sup> siècle, et qui restera dénommé *Magister sententiarum*. Les principes canoniques du mariage y sont tous exposés d'après le principe même que le mariage est un sacrement, et c'est lui qui dégagera la fameuse distinction canonique des *Verba de futuro* et des *Verba de presenti*.

Mais le plus profond fut alors Saint Thomas d'Aquin, le grand théologien du XIII<sup>e</sup> siècle qui, lui aussi, a beaucoup écrit sur le mariage, surtout dans son ample et profond commentaire sur les *Sentences* de Pierre Lombard. Saint Thomas y parle à la fois en philosophe et théologien. Il nous faudra reprendre plus tard l'examen de ses diverses propositions sur ce sujet. Disons seulement que parmi les idées, sur lesquelles il a insisté, se trouve l'affirmation maintes fois répétée que le mariage doit être considéré à la fois au point de vue de la nature et des deux sociétés, civile et religieuse (1). On peut donc appuyer sur

(1) C'est bien à lui que Portalis a emprunté l'une de ses meilleures for-

lui cette notion, fondamentale à nos yeux et supérieure à la définition du mariage contrat, que le mariage n'est autre que l'union naturelle organisée en institution pour le bien de la famille et de la société (1).

mules sur le mariage quand il a dit : « le mariage, qui a précédé toute loi positive et qui dérive de notre être, n'est purement ni un acte civil ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs et que la religion a sanctifié ». Discours préliminaire, n° 37, Loctré, t. I, p. 273.

(1) La doctrine canonique aux siècles suivants se rattacherà à ces grands théologiens pour avoir à répondre ensuite, tant aux contestations de la Réforme après Luther et Calvin, qu'aux revendications d'État formulées par nos auteurs Gallicans. Tous les canonistes s'en sont occupés ; parmi eux doit être cité le grand ouvrage de Sanchez (1550 à 1610), *Disputationes de sacramento matrimonii*. Pour les canonistes du XIII<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle, V. la nomenclature donnée par Ad. Tardif, p. 315 à 336 où se trouvent compris *Hostiensis* du XIII<sup>e</sup> siècle et *Panormitanus* du XV<sup>e</sup>, cités principalement dans le *Mariage canonique* de M. Esmein.

## VINGT-TROISIÈME COURS

Église et État du XVI<sup>e</sup> siècle à 1789.

Dès la fin du x<sup>e</sup> siècle, l'Église était parvenue non seulement à faire reconnaître son office canonique sur le lien de mariage, mais à l'exercer en toute indépendance vis-à-vis des princes séculiers, voire même à leur dénier tout pouvoir de législation et de juridiction, parce que le mariage entre chrétiens n'était plus envisagé que comme sacrement. Ce fut l'époque de sa plus grande puissance et elle en usa du x<sup>e</sup> au xiii<sup>e</sup> siècle pour achever d'organiser son système du mariage canonique, comme elle le fit alors en fixant avec plus de modération ses empêchements de parenté et d'alliance et en admettant des tempéraments heureux tels que le mariage putatif et la légitimation.

Son autorité était si bien assurée que les rois s'y soumettaient d'eux-mêmes pour leurs mariages, en observant les règles de fond et de forme tracées par le droit Canon, en respectant son principe rigoureux du lien indissoluble, en s'inclinant devant les décisions de la Cour de Rome, comme en avait témoigné le mémorable exemple de Philippe-Auguste. Même après la renaissance du droit romain, même sous des rois comme Philippe le Bel, Charles VII, Louis XI, qui ne craignaient pas d'entrer en lutte avec le Saint-Siège pour les droits de leur couronne, on ne voit nulle revendication, — par eux ou en leur nom — s'élever

en notre matière. On n'en signale pas davantage dans la doctrine avant le xvi<sup>e</sup> siècle. Nulle Ordonnance royale ne s'avise avant cette époque de toucher d'aucune manière au lien du mariage. Nos coutumes, rédigées au xvi<sup>e</sup> siècle, ne s'en occupent même pas, puisque c'était droit canon et non droit civil coutumier. Toutes se renferment dans le règlement de certains effets du mariage, comme l'autorité maritale, le douaire, la communauté, en ajoutant même parfois « si le mariage est valable pour Sainte Église ». — Cette possession tout exclusive demeura incontestée plus de six cents ans.

## I

Il faut venir au xvi<sup>e</sup> siècle, pour voir débiter une restauration lente et progressive des droits de l'État, mais combien timide ou embarrassée encore jusqu'en 1789, nous l'allons suivre! — Et pourtant, cette réaction devait se produire parce qu'il semble indéniable que le mariage n'est pas uniquement un acte religieux, mais aussi bien un acte civil, intéressant au plus haut point la société séculière, comme institution servant de base à tout le droit de famille. Le raisonnement tiré de la coexistence des deux sociétés, civile et religieuse, qui s'entretiennent à perpétuité par les mariages, devait conduire à dégager les droits souverains de l'État à côté de ceux de l'Église et sur le même plan. On pouvait même l'induire de quelques passages de Saint Thomas d'Aquin<sup>(1)</sup>. Théologiens et canonistes n'avaient d'ailleurs jamais dénié la considération des intérêts temporels attachés au mariage. Ils reconnaissaient même aux princes séculiers plein pouvoir de régler le mariage de leurs sujets non chrétiens. Mais, comme ils tenaient pour principe qu'entre chrétiens l'Église avait reçu de son fondateur et devait se réserver ce qui a trait au

(1) V. plus haut, p. 93.

sacrement et au lien, ils croyaient donner satisfaction suffisante aux princes séculiers en leur reconnaissant le souci et la maîtrise des effets civils du mariage. Était-ce assez? L'État se relevant chez nous par la royauté pouvait-il, malgré tout son respect pour l'Église et pour la notion religieuse du sacrement, persister à considérer pour l'ensemble des sujets chrétiens tout ce qui concerne la formation et la dissolution des mariages comme se réglant en dehors et au-dessus de lui? C'eût été renoncer à formuler pratiquement des conditions de fond et de forme, c'est-à-dire des empêchements et des nullités, même lorsque différant de point de vue avec l'Église il lui paraîtrait nécessaire au bon ordre de la société civile de ne pas reconnaître tels mariages pour valables (ceux des mineurs par exemple). Comment se résigner à cette subordination de ne pouvoir qu'adresser à l'Église des sollicitations pressantes, en vue d'obtenir des modifications dans sa loi canonique<sup>(1)</sup>?

On devait observer aussi, avec la reprise des études de droit romain, qu'à Rome les Empereurs, même les Empereurs chrétiens, avaient gardé et exercé leur autorité sur toute l'union conjugale puisqu'ils avaient rassemblé ou dicté les lois appelées aux Titres du Digeste et du Code; de *Nuptiis* ou de *Repudiis*. N'y avait-il pas là toutes les apparences d'une tradition romaine, d'une tradition d'État à reprendre par nos légistes et par nos rois, tradition qu'ils croyaient bien retrouver aussi dans les Capitulaires des rois Francs? Dumoulin n'y avait pas manqué déjà en se réclamant de Charlemagne. D'ailleurs, et c'était une autre raison plus théorique, le mariage, en même temps qu'un lien sacré impliquait, même dans la doctrine de l'Église, un accord volontaire, un pacte analogue à ceux que gouvernement et sanctionnent partout les lois civiles. Cet accord qui ressemble tant à un contrat et que nombre de théolo-

(1) Comme on l'observera au Concile de Trente, par la pétition du roi de France. V. 24<sup>e</sup> Cours, p. 130.

giens n'hésitaient pas à dénommer *contractus*, n'appelaient-ils pas un règlement du droit séculier ?

Voilà ce qui commençait d'apparaître dans ce siècle d'émancipation civile qu'a été le xvi<sup>e</sup> siècle, et cet ensemble de réflexions devait incliner dès cette époque à des revendications en faveur de l'État. Elles n'auraient pas manqué de se produire bientôt, même sans causes occasionnelles plus pressantes. Mais, outre ces raisons générales, il y en eut d'autres encore pour que la question se posât tout actuelle au xvi<sup>e</sup> siècle.

D'abord, il y eut la Réforme. Avec le déchirement survenu dans la chrétienté, il devenait plus difficile de regarder l'Église, c'est-à-dire l'Église catholique, comme seul législateur et juge du mariage, souveraine sur tous et de tous points. Luther et Calvin, sans contester tout caractère religieux dans le mariage, avaient nié qu'il comptât parmi les sacrements et tendaient à ruiner ainsi, chez leurs sectateurs, la base même de la puissance spirituelle (1). Aussi contestaient-ils en même temps plusieurs règles importantes de la législation canonique, notamment la prohibition absolue du divorce ou les empêchements dirimants de vœux et de sacerdoce, dont prétendaient s'affranchir les Réformés. Il est vrai que l'Église catholique n'abdiquait pas vis-à-vis de la Réforme et que, maintenant tout son droit antérieur, elle prétendait continuer de régir le mariage de tous les chrétiens, même protestants, tout comme un État organisé domine et gouverne aussi bien ses sujets rebelles ou opposants. Mais pour les princes séculiers, pour notre royauté française, en présence de la masse de ses sujets réformés, n'avait-elle pas à tenir compte de leur dissidence religieuse et pouvait-elle laisser leurs unions conjugales sous l'autorité exclusive de l'Église

(1) Calvin affirmait qu'il n'y avait pas plus de sacrement dans le mariage que dans l'exercice des plus humbles métiers nécessaires à la vie humaine (*Institutions*, L. IV, Ch. 19, § 34).

catholique et sous la juridiction de son clergé ? Nous verrons bien comment Henri IV, après Charles IX et Henri III, chercha une solution dans certains articles secrets de l'Édit de Nantes. Au fond, c'est la question de liberté de conscience et de culte qui se posait ainsi et de la manière la plus grave à partir du xvi<sup>e</sup> siècle.

Il faut ajouter pourtant que cette considération de la liberté religieuse ne semble pas avoir tenu grande place dans les revendications qui vont alors se poursuivre au nom de la royauté française contre l'Église (1). L'attitude de Richelieu et plus encore celle de Louis XIV en face des protestants, montre assez qu'ils s'en sont peu souciés. Nous n'aurons à revenir que plus tard sur ce qui concerne l'histoire des mariages protestants, comme transition et prélude aux idées modernes qui ont inspiré la sécularisation de 1789. Il n'en résulta d'abord qu'une agitation doctrinale contre le droit séculaire de l'Église, chez les auteurs protestants et aussi chez quelques Gallicans teintés de protestantisme.

Non ! Ce n'est pas au principe de liberté de conscience, mais à une seule idée, à la revendication directe des attributs de l'État vis-à-vis de l'Église, qu'il faut rattacher tout le mouvement qui nous reste à suivre dans l'ancien régime. Il sembla surtout que l'Église, vers la fin du Moyen âge, avait trop conquis d'autorité exclusive en s'avancant plus loin que du temps de Clovis et de Charlemagne, où elle ne statuait seule qu'en vertu d'une adhésion confiante des rois, sans prétendre gouverner le mariage au-dessus d'eux. Dès lors, on en vint à soutenir qu'il ne pouvait être dénié aux rois toute participation au règlement législatif du lien de mariage entre leurs sujets. Ce fut donc une revendication d'État, c'est-à-dire une nouvelle phase de la

(1) Il n'y a rien à ce sujet dans nos auteurs français qui applaudirent en outre, pour la plupart, aux rigueurs contre les protestants. V. par exemple Gerbais, p. 424, vantant la Révocation de l'Édit de Nantes, qu'il appelle « cette couronne immortelle du Roi ».



lutte entre le Sacerdoce et l'Empire. Et voici maintenant les raisons spéciales ou pratiques qui la firent se ranimer dès le xv<sup>e</sup> siècle.

D'abord, il y avait le besoin de *contrôle* vis-à-vis des officiers et des tribunaux ecclésiastiques, répandus sur tout le territoire, qu'il semblait indispensable de pouvoir rappeler à l'observance des Canons et surtout des Ordonnances, pour ne pas les laisser tout indépendants de l'autorité royale. Il fallait dégager un principe pour rétablir ce droit d'État vis-à-vis d'eux. C'est le point de vue qui se découvrit dès l'Ordonnance de Villers-Cotterets, par laquelle François I<sup>er</sup> avait prescrit des règlements sur la tenue des actes de baptême et de sépulture, laissée de temps immémorial aux curés de paroisse<sup>(1)</sup>. Dans cette Ordonnance rien n'était dit encore quant aux actes de mariage, mais on devait bientôt y songer. Il fallait à l'État un système arrêté, pour expliquer de sa part cette intervention nouvelle à l'encontre d'une tradition séculaire, et pour justifier le développement que prit alors le moyen d'appel comme d'abus aux Parlements contre les actes et les jugements par où s'exerçait le ministère matrimonial du clergé.

Il y eut en outre des raisons de circonstance. Des lacunes ou de graves défauts s'accusèrent alors plus nettement dans le droit Canon du mariage, tel qu'il s'était fixé à la fin du Moyen âge. Il avait gardé du droit romain le principe que le mariage pouvait être conclu à la rigueur comme purement consensuel, c'est-à-dire sans aucune solennité, même d'Église, et il tenait pour certain que l'intervention du prêtre n'avait rien d'essentiel au sacrement de mariage. D'où la possibilité des mariages *clandestins*<sup>(2)</sup>, qui pouvait d'autant plus tourner en abus que le droit Canon n'exigeait pas le consentement des parents pour la validité du mariage sacrament, même quant aux mineurs. La raison

(1) Art. 50 à 53. V. aussi l'art. 291 de la deuxième Coutume de Paris.

(2) On le lit bien dans Bouteiller (L. 2, t. 8), pour la fin du xiv<sup>e</sup> siècle.

civile du bon ordre dans l'État et dans les familles ne pouvait s'en accommoder. On réclamait de toutes parts, même parmi les catholiques. Luther et Calvin ne manquaient pas de relever vivement ces vices du droit canon comme contraires à l'intérêt public, pour mieux attirer dans leur parti les princes séculiers, en les exhortant aux revendications civiles. Or, nous aurons à voir que l'Église n'y voulut pas consentir de tous points, d'où un fort stimulant aux réclamations et interventions de l'État.

## II

C'est alors, au milieu du xv<sup>e</sup> siècle, que le Concile œcuménique de Trente se réunit pour traiter l'ensemble des questions soulevées par la Réforme. En ce qui concerne le mariage, le Concile de Trente devait répondre aux réclamations et critiques en matière de dogme, comme en matière de discipline ecclésiastique et de droit Canon. Or, l'un des grands sujets de délibération, dans les trois sessions successives du Concile, fut précisément de reprendre, pour les fixer et les proclamer, les règles principales de l'Église en matière de mariage. De là, les douze canons de *sacramento matrimonii* dits canons dogmatiques, formulés avec sanction de l'anathème; et à leur suite un long décret de *reformatione matrimonii*, qui n'est que de discipline. Ils furent définitivement arrêtés dans la dernière session, celle de 1562 à 1563, après avoir été discutés déjà de 1545 à 1547, puis de 1551 à 1552. Ils sont restés le statut fondamental de l'Église, quant au mariage, pour l'ensemble des pays où le Concile de Trente fut publié<sup>(1)</sup>.

Dans ces décisions solennelles du Concile, il fut bien remédié à quelques-uns des vices signalés, notamment à celui des mariages clandestins, en exigeant désormais que

(1) V. les textes principalement dans Theiner : *Acta genuina S. S. Concilii Tridentini*. — V. aussi dans Esmein, la 3<sup>e</sup> partie consacrée au *Mariage depuis le Concile de Trente*, et surtout les trois premiers chapitres (t. II).

le consentement conjugal fût échangé en présence d'un prêtre et de témoins, mais non à tous puisque, malgré l'insistance spéciale des rois de France, le Concile se refusa à formuler comme empêchement dirimant l'exigence du consentement des père et mère (1).

D'ailleurs, à raison d'autres articles du même Concile, ses Canons, en ce qui concerne la *discipline*, ne furent pas reçus en France, ce qui s'appliqua même au décret de réformation *Tametsi*. Il fallait y suppléer. La Royauté fut ainsi amenée à reprendre pour son compte plusieurs mesures adoptées par le Concile, notamment celles relatives aux solennités de forme, et même à en ajouter comme puissance séculière. Par là, débutèrent le peu d'Ordonnances royales relatives aux conditions du mariage à partir de 1579 (2).

### III

La question allait ainsi surgir des droits respectifs de l'Église et de l'État sur le mariage; mais à une époque de discussion et de doctrine bien autre qu'au Moyen âge. Il est visible pourtant qu'en présence d'une tradition séculaire appuyée du sentiment chrétien, la royauté n'eut pas la pensée de se reconnaître tout d'abord, en législation

(1) Parmi les Canons dogmatiques, il en est trois qui pouvaient paraître une dénégation formelle du droit des puissances séculières : le Canon 1, proclamant le caractère sacramentel du mariage; le Canon 4 affirmant pour l'Église le pouvoir de formuler les empêchements dirimants; le Canon 12, plus net encore pour réserver aux juges ecclésiastiques les causes matrimoniales. Mais il est certain que ces décisions conciliaires visaient bien plutôt les doctrines protestantes que les réclamations civilistes ou gallicanes non encore soulevées. Pour ce qui concerne les pays catholiques, l'Église gardait au xvi<sup>e</sup> siècle une possession incontestée. Il n'y était pas encore question de dédoubler le mariage en contrat civil et sacrement. Certains pères du Concile, en raisonnant parfois sur des notions de pacte conjugal ou de *contractus* impliquées dans le sacrement, ne soupçonnaient guère l'arme qu'ils tendaient à nos légistes.

(2) Ord. de Blois, art. 40 et suiv., que nous retrouverons dans l'histoire des règles de formation du mariage.

matrimoniale, des droits égaux à ceux de l'Église, pour régir aussi le lien de mariage et formuler des empêchements. Rien ne l'affirme dans les actes royaux du xvi<sup>e</sup> et du xvii<sup>e</sup> siècle. Nous en avons la preuve dans l'embarras qu'on éprouva longtemps à prononcer la nullité des mariages des mineurs, faute d'un texte formel aux Ordonnances, comme aussi dans l'étrange disposition de la Déclaration de 1639 privant seulement d'effets civils plusieurs cas de mariage réprouvés par l'État, mais non annulés par l'Église, et qu'on ne cassait point parce qu'il paraissait trop grave de toucher, en dehors de l'Église, au lien matrimonial (1).

A plus forte raison, la Royauté ne songea-t-elle nullement à retirer des mains des officiers de l'Église la célébration et la juridiction des mariages, pour organiser dans la forme, un mariage civil indépendant. Si puissante que fût alors la Royauté française, il ne lui vint pas en pensée d'engager ici une lutte ouverte et de faire une grande réforme de sécularisation (2). Elle se borna à une action timide et discrète sur un petit nombre de points, que nous aurons à relever dans ses quelques actes législatifs (3).

(1) V. au préambule même de la Déclaration de 1639. — Le mariage encore que proclamé « le séminaire des États et le fondement des familles » n'y est point déclaré contrat civil, soumis quant au lien à l'autorité du roi. Il n'est pas dit que le roi pourrait à lui seul en prononcer la nullité, mais seulement qu'il convient d'atteindre par des peines criminelles ou des privations civiles ceux qui « profaneraient la sainteté d'un si grand sacrement » en formant des unions désordonnées. Plus tard dans l'Édit de 1697, relatif aux formes de célébration du mariage, s'affirme mieux au texte du préambule l'autorité simultanée des deux Puissances, encore qu'il n'y ait pas de nullité civile clairement prononcée.

(2) On ne voit pas trace d'idée semblable, même chez les Gallicans des deux derniers siècles. La célébration restait confiée aux prêtres comme en vertu d'un concordat tacite; c'est plutôt la juridiction des Officialités que les Parlements s'efforçaient de restreindre, et non pas seulement de contrôler.

(3) On les trouve rappelés chronologiquement au *Code matrimonial*, publié, par nouvelle édition de 1770, en deux volumes qui donnaient en

Mais *la doctrine*, qui prépare souvent de loin les réformes, s'enhardit davantage, surtout à partir de la seconde moitié du xvii<sup>e</sup> siècle. Elle en vint résolument à affirmer que le mariage, même quant au lien, doit relever de l'État comme de l'Église, parce que ce lien concerne autant la société civile que la société religieuse, et que pris en lui-même il implique un engagement civil ou ce qu'on appelait un contrat civil, aussi bien que le sacrement. Dès lors, elle visa à dégager et formuler une théorie qui, pour le fond plus qu'en apparence, restituait à l'État son action législative indépendante et assurait largement son pouvoir supérieur de contrôle sur les officiers ecclésiastiques, encore qu'ils restassent chargés de la célébration et de la juridiction (1).

Cette doctrine d'ailleurs ne s'établit pas sans discussions et sans divergences, que nous ne pouvons ici que rappeler très sommairement (2). Au dire d'anciens auteurs, elle paraît avoir commencé de se formuler dans l'enseignement d'Hennequin, professeur célèbre de théologie en Sorbonne au temps de Louis XIII, dont Pothier, après Launoy, nous a rapporté le passage principal, tiré de notes doctorales qui ne paraissent pas avoir été imprimées par Hennequin lui-même (3).

trois parties : 1<sup>o</sup> les lois et règlements ecclésiastiques ; 2<sup>o</sup> les lois séculières comme Capitulaires, Ordonnances, Déclarations, etc. ; 3<sup>o</sup> les Arrêts et Décisions de jurisprudence, rangés par ordre alphabétique. — Recueil toujours facile et utile à consulter.

(1) V. dans Esmein, t. 1, p. 35 et s., l'exposé de ces progrès manifestes de la législation et surtout de la juridiction civile, sur lesquels nous aurons à revenir.

(2) V. à ce sujet les copieuses indications données au *Code matrimonial*, v<sup>o</sup> *Souverains*.

(3) C'était l'époque où pour défendre les décisions du Concile de Trente, mais aussi pour les développer dans le sens des doctrines ultramontaines, les Canonistes de la Société de Jésus, tels que l'Italien *Bellarmin* et l'Espagnol *Sanchez*, avaient soutenu que l'Église et, à sa tête le Souverain Pontife, devaient garder plein pouvoir de législation et de juri-

Cette doctrine ainsi introduite se manifesta surtout avec éclat, disons même avec excès, dans un grand traité que Launoy, docteur en théologie, fit paraître en 1674, sous ce titre : *Regia in matrimonium potestas*. C'était à la veille des grands débats soulevés contre la papauté pour aboutir à la proclamation des articles de 1682 sur les Libertés de l'Église gallicane. Launoy, avec un grand appareil d'érudition et de raisonnements pris dans l'ensemble des textes depuis l'origine du christianisme, prétendait aboutir à cette conclusion que le mariage en fait n'avait jamais cessé de dépendre des princes séculiers comme contrat civil et qu'à eux seuls devait appartenir de le valider ou de l'annuler,

diction sur le lien de mariage comme « se l'étant réservé » dans la société religieuse sur l'ensemble des chrétiens. Un théologien français, *Habert*, défendait aussi cette thèse dans la 1<sup>re</sup> moitié du xviii<sup>e</sup> siècle, alors que se discutait la validité du mariage conclu par Gaston d'Orléans avec Marguerite de Lorraine, contre le gré du roi Louis XIII son frère. Dans cette affaire favorable aux revendications civiles, se posait déjà la question de consacrer un droit séculier d'empêchement, pour en faire une première application aux mariages des princes du sang. C'est au cours de ces débats, alors retentissants, qu'*Hennequin* vint enseigner nettement que le sacrement institué par l'Église et son fondateur, n'avait pu absorber jusqu'à l'anéantir l'union civile, le *contractus*, régi par les lois humaines avant le christianisme. Suivant l'idée d'Hennequin et la comparaison même dont il se servait, Jésus-Christ, sur le mariage des siècles antérieurs, avait enté ou greffé le sacrement pour en faire comme un arbre nouveau portant de meilleurs fruits, mais sans avoir retiré aux princes leur pouvoir de régler encore le fond, *truncus*, préexistant. Il ajoutait encore, par raisonnement plus précis, que de l'aveu de tous, les princes infidèles, placés en dehors de l'Église, exerçaient ce pouvoir sur le mariage de leurs sujets, comme nos rois même l'avaient conservé sans conteste sur leurs sujets non baptisés, par exemple sur les Juifs. Or, comment admettre que les princes chrétiens fussent ainsi diminués au-dessous des autres ? Pouvait-il bien leur être opposé que le Pape s'était réservé à leur rencontre la plénitude du pouvoir sur le mariage de tous les sujets chrétiens à raison du sacrement, ou qu'eux-mêmes en avaient pu faire quelque abandon irrévocable dans la suite des temps ? Doctrine inadmissible suivant Hennequin, puisque les princes n'avaient pu valablement se laisser dépouiller ou se priver volontairement du droit nécessaire au bien de leurs sujets comme au bon ordre de leurs États.

comme matière préalable du sacrement de mariage (1).

L'ouvrage de Launoy, composé surtout comme une dissertation historique (2), concluait donc à une prépondérance marquée de la puissance séculière. Il souleva aussitôt de grandes controverses. Hors de France et en France même, il surgit de nouveaux défenseurs de la tradition canonique, pour soutenir que le mariage entre chrétiens n'était plus à considérer que comme un sacrement relevant de l'Église seule (3). Mais la plupart des auteurs laïques

(1) Un des grands arguments de Launoy, et repris d'Hennequin, c'est que le mariage, remontant aux plus lointaines origines, était regardé comme un accord civil avant Jésus-Christ. Or comment admettre que Jésus-Christ l'eût absolument transformé en acte purement religieux? Il semblait donc plutôt avoir ajouté le caractère sacramental avec l'indissolubilité, mais sans détruire la base antérieure sur laquelle les princes séculiers devaient conserver leur autorité traditionnelle.

(2) Launoy en effet dans sa première et principale Partie et au moyen d'une accumulation de témoignages pris de tous temps et de tous pays, développait longuement en quatre articles, les propositions que je traduis :

*Art. 1<sup>er</sup>.* — Les Princes chrétiens peuvent établir des empêchements dirimants de mariage, et *art. 3* : de fait, les principaux d'entre ces empêchements ont été institués par les Empereurs ou autres princes séculiers.

*Art. 2.* — L'Église n'a pas dépouillé les princes séculiers de ce droit et ne se l'est pas réservé; *art. 4* : Il n'est pas de son intérêt d'y prétendre, d'autant qu'elle ne pourrait les en priver à toujours.

Dans sa deuxième Partie spéciale à la France, Launoy passant en revue les divers siècles correspondant à nos trois races de Rois, prétendait y découvrir jusqu'à la fin de la deuxième race et sous les Capétiens, une action royale souveraine et non interrompue au sujet du mariage. C'était nier contre l'évidence le fait constant de la possession séculaire et exclusive de l'Église dans une période de six siècles.

(3) Tel fut en Italie l'ouvrage de *Galesius*, évêque de Rubo, publié à Rome en 1676. A Paris même, un docteur en théologie, Lhuillier, vint soutenir en 1675 une thèse, qui affirma contre Launoy la proposition suivante: *Non audiendus quisquis hanc potestatem Ecclesie eripit ut principibus secularibus eam adscribat.* Cette Thèse émut à ce point le Parlement que l'auteur fut cité en même temps que le syndic de la Faculté pour avoir à expliquer et atténuer cette proposition, qui semblait dénier tout pouvoir aux princes séculiers. L'incident donna lieu à des observations publiques formulées très vivement par l'avocat général Denis Talon, par le

français s'arrêtèrent à un parti moyen, à l'idée que le mariage, devant être regardé à la fois comme contrat civil et sacrement, relevait aussi bien des deux autorités, séculière et spirituelle, gardant chacune leur part et devant s'entendre sur les questions de législation et de juridiction.

Telle fut la thèse magistralement soutenue à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle par Gerbais contre Launoy (4). C'est bien à

premier président de Lamoignon avec plus de mesure. Ces observations, qui nous ont été transmises, peuvent bien servir à discerner les progrès de la réaction civiliste. Elles témoignent d'une préoccupation jalouse de l'indépendance des rois et, pour la mieux soutenir, formulent déjà nettement la distinction du contrat civil et du sacrement. — V. au Code matrimonial, v<sup>o</sup> *Souverains*.

(1) Gerbais, *Traité du pouvoir de l'Église et des Princes sur les empêchements de mariage*, édité en 1690, puis en 1696.

Cet ouvrage de Gerbais, lui aussi docteur en théologie, n'était encore qu'une dissertation doctrinale et historique, comme celle de Launoy, mais principalement doctrinale. Il n'y est d'ailleurs question que du pouvoir législatif sur le lien de mariage. On n'y trouverait à peu près rien sur l'exercice des juridictions, et sur la grande pratique des appels comme d'abus. Le système de Gerbais se résume ainsi : Ayant d'abord exposé dans ses deux premières Parties, qu'à l'Église et aux Princes doivent appartenir respectivement le pouvoir souverain, quant au sacrement pour l'une, et aux autres quant au contrat civil, Gerbais consacrait sa troisième Partie à les concilier de la manière suivante. Partant d'abord de cette observation capitale que l'Église avait pour elle la possession séculaire et incontestée de statuer à elle seule sur tout le lien du mariage, il lui semblait ne voir d'autre cause à cette possession exclusive que « la dévotion ou piété des Rois », qui s'en étaient remis à l'Église de régir ainsi le lien conjugal pour le bien commun. Il restait sans doute que les princes séculiers pourraient reprendre l'exercice de leur puissance en ce qui concerne le contrat civil. Mais, concluait l'auteur, mieux feraient-ils de continuer encore à l'Église cette même adhésion pieuse et confiante, sauf à traduire leurs *desiderata* par voie de requête ou de remontrances, auxquelles l'Église ne manquerait pas d'accéder pour maintenir une désirable entente. Ce système tout de conciliation et d'optimisme, Gerbais le rattachait à quelques lignes de P. Soto, théologien marquant du XVI<sup>e</sup> siècle, qui avait été l'un des délégués des Papes au Concile de Trente (V. Gerbais, p. 7 et 338). — Sous cette forme un peu naïve, le système de Gerbais gardait, ce semble, un grand fond de vérité pour l'explication des siècles antérieurs. Car la pétition présentée au Concile de Trente au nom du roi de France

elle que se rattachèrent plutôt les ministres de la Royauté, tels que le chancelier Pontchartrain et d'Aguesseau. C'est celle encore que Pothier adopte et enseigne dans son *Traité du mariage* en deux articles préliminaires, intitulés : *De l'autorité de la puissance séculière et de l'autorité de l'Église*, où il n'a fait du reste qu'un résumé assez pâle de cette grande discussion. On peut donc considérer cette doctrine moyenne comme la mieux accréditée dans la jurisprudence française jusqu'en 1789.

Il y eut pourtant au XVIII<sup>e</sup> siècle (même en dehors des philosophes et encyclopédistes), des juristes plus aventureux, résolus à combattre pour la prédominance complète de l'autorité séculière et du contrat civil, en reléguant le sacrement à la condition d'un rite extérieur, confondu par eux avec la bénédiction nuptiale. Telle était la thèse proposée par Le Ridant (1) qui frayait ainsi la voie à une sécularisation plus hardie. Il faut seulement reconnaître que Le Ridant se montrait, en ses explications de droit Canon, indépendant jusqu'à l'hérésie, puisqu'il en venait à soutenir que le prêtre est le ministre du sacrement comme rite surajouté, ce qui est contre toute la tradition de l'Église.

Je ne saurais insister davantage sur ce grand mouvement doctrinal (2), mais il reste à exposer la doctrine civiliste des deux derniers siècles, telle qu'on la voit couram-

répondait bien à cette manière de voir dans les rapports des deux puissances. Gerbais, en ne laissant entrevoir qu'une pieuse adhésion des rois chrétiens, très réelle en histoire, écartait les deux thèses extrêmes, la thèse ultramontaine qui prétendait, à l'encontre des rois, quelque abandon irrévocable de leur pouvoir propre, ou celle des civilistes disposés à soutenir que l'Église n'avait fait qu'usurper sur les princes séculiers.

(1) Le Ridant, *Examen de deux questions importantes sur le mariage*, 1753.

(2) On le trouvera exposé avec netteté et citations bien choisies de chaque auteur, dans la thèse de M. Basdevant (1900), sur les *Rapports de l'Église et de l'État dans la Législation du mariage, du Concile de Trente au Code civil*.

ment formulée en vue d'expliquer et de coordonner les droits respectifs des deux sociétés et des deux autorités, civile et religieuse. C'est d'ailleurs une doctrine assez subtile et complexe, mais qu'il faut connaître pour mieux comprendre qu'on l'ait abandonnée en 1789, malgré la prédominance qu'elle assurait déjà au pouvoir séculier.

## IV

Pour les civilistes, tout mariage entre chrétiens, tel qu'il apparaissait conçu et réglé aux derniers siècles, était à la fois contrat civil et sacrement, les deux notions, quoique juridiquement distinctes étant comprises à la fois dans l'unique accord conclu en présence du prêtre. Aussi, contrat civil et sacrement devaient-ils être valables tous deux, suivant leurs conditions respectives, pour qu'il y eût mariage. Mais c'est le contrat civil qui formait la matière indispensable du sacrement; si bien que sans contrat civil valable, pas de sacrement valable non plus (1).

Leur principe ainsi posé, voici maintenant les conséquences qu'ils en tiraient :

1<sup>o</sup> De ce que le mariage implique premièrement le contrat civil, on déduisait que la puissance séculière a droit de légiférer sur le mariage comme sur tous autres contrats, donc de le soumettre à toutes conditions de fond et de forme jugées nécessaires au bon ordre de la société civile et sanctionnées au besoin par voie de nullité. Ainsi pouvaient se justifier les formalités imposées pour la célébration par les Ordonnances des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, comme la nullité tant désirée du mariage des mineurs dépourvus du consentement familial, ou la nullité infligée par Louis XIV aux mariages entre protestants et catholi-

(1) V. Pothier, nos 11 et 12, avec cette conclusion : « Le contrat civil étant la matière du sacrement de mariage, il ne peut y avoir un sacrement de mariage lorsque le contrat civil est nul ».

ques. Pouvoir pour l'État de formuler de son côté des empêchements dirimants, non plus seulement de priver les mariages d'effets civils, telle était la conclusion la plus grave du système civiliste (1). — Mais non la seule; en effet si le ministère ecclésiastique subsistait pour recevoir le consentement des époux et en dresser l'acte, comme pour juger la validité des mariages, il résultait d'autres conséquences de la même théorie.

2° C'est que l'intervention des officiers d'Église en tant qu'elle dépassait la question du sacrement pour concerner aussi bien le contrat civil, ne devait s'expliquer que par une délégation initiale et constante de la puissance séculière et restait dès lors soumise à son contrôle, lequel s'exerçait principalement par voie d'appel comme d'abus (2).

Ainsi on laissait au curé paroissial toute la mission de recevoir le consentement conjugal exigé devant lui depuis le Concile de Trente, l'Ordonnance de Blois et l'Édit de 1697. Mais en cela, il n'était plus seulement l'officier de l'Église comme témoin nécessaire du sacrement, il était aussi le délégué de l'État pour la réception du contrat civil, donc soumis aux prescriptions des Ordonnances aussi bien que des Canons et, le cas échéant, passible d'appel comme d'abus pour avoir accompli la célébration ou pour l'avoir refusée indûment (3). De même pour la *rédaction des actes*. On sait que nous devons à l'Église l'origine des actes de l'état civil, nés d'un usage paroissial

(1) V. Pothier, n° 18 *in fine*. « La puissance séculière a le droit de faire des lois sur les mariages, dont l'inobservation les rend absolument et entièrement nuls, non seulement quant aux effets civils, mais même quant au lien, et qui les empêche en conséquence de pouvoir servir de matière au sacrement de mariage ».

(2) L'appel comme d'abus aux Parlements pour violation des Canons et des Ordonnances royales était susceptible de nombreuses applications au sujet du mariage. Nous les retrouverons successivement, surtout à propos de la célébration et des nullités. V. dans *Basdevant*, le ch. v, p. 134 et s.

(3) Pothier, n°s 352 et 353.

datant de la fin du Moyen âge, de l'usage qu'avaient les curés pour le bon ordre de leurs paroisses de tenir registre écrit des baptêmes et des sépultures, comme des mariages. Or, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, le prêtre, tenant ainsi ses registres sous le contrôle de l'État, jouait ici le rôle d'officier civil, soumis aux Ordonnances aussi bien qu'aux Canons, et relevant du juge séculier (1).

3° Quant à la *juridiction* conservée aux Officialités pour prononcer sur la validité ou nullité des mariages, Pothier dit formellement (n° 452) : « quoique le mariage soit principalement un contrat civil... et qu'en conséquence il soit soumis à la puissance séculière néanmoins... comme il renferme aussi quelque chose de spirituel, nos rois ont bien voulu permettre et attribuer aux juges d'église la connaissance des causes qui concernent les mariages, à la charge par eux de se conformer aux Ordonnances ». Ici donc, appel comme d'abus possible pour attaquer et faire annuler au Parlement les sentences de l'Official.

4° Bien plus, le même raisonnement servait encore à expliquer le maintien des divers empêchements établis au Moyen âge par l'Église seule, comme du droit de dispense à elle conservé. Si ces empêchements subsistent, comme Pothier le donne à entendre, c'est que les princes ayant expressément ou tacitement adopté les Canons de l'Église, en ont fait des lois de l'État qui les convertissent aussi en empêchement du contrat civil (2). L'Église sans doute n'avait pas songé dans les idées d'alors à prendre l'agrément préalable des princes séculiers. Mais on tournait ainsi du moins les choses à une acceptation volontaire et non à une soumission de l'État. Même raisonnement enfin pour les dispenses au sujet desquelles Pothier dit encore : « Le prince en permettant que ses sujets contractent mariage en vertu de ces dispenses est censé déclarer taci-

(1) Pothier, n° 376.

(2) V. Pothier, n° 20.

tement qu'il veut bien sur les dispenses s'en rapporter aux supérieurs ecclésiastiques et confirmer et autoriser les dispenses qu'ils accordent » (1).

Là ne se bornait pas la doctrine des civilistes, à retrouver et ranimer ainsi le contrat civil presque oublié ou perdu pendant des siècles dans le sacrement. Le complément fondamental de leur théorie était que le contrat civil pré-existe au sacrement et *lui sert de matière*. Ce n'est, répète sans cesse Pothier, que le mariage régulièrement contracté suivant les lois du pays et réputé légitime par elles, que Jésus-Christ a élevé à la dignité de sacrement; et dès lors en annulant le contrat civil auquel il touche seul, l'État l'empêche en outre d'être la matière du sacrement (2). On sent combien cette partie délicate et subtile de la théorie était capitale, car si on avait dû reconnaître la validité du sacrement, malgré tel empêchement de source civile (notamment pour les mineurs de vingt-cinq ans), il y aurait eu gêne pour la conscience à demeurer marié pour Dieu sans l'être pour l'État; tandis qu'on prétendait faire tomber toute la célébration religieuse par appel comme d'abus, en faisant prononcer la nullité du contrat civil et considérant par suite le sacrement lui-même comme indûment administré (3).

En dégageant et construisant si bien les droits réclamés pour l'État, les civilistes, comme Pothier dont je résume la théorie, n'entendaient pas d'ailleurs contester les droits traditionnels de l'Église, toujours conservés jusqu'alors. Pothier reconnaît bien qu'à l'Église devait appartenir le

(1) Pothier, n° 254, *in fine*. — Et le même raisonnement se poursuit partout dans son ouvrage avec une logique imperturbable comme on le peut voir encore n° 49, au sujet des fiançailles; n° 77 à propos des bans de mariage; n° 117 pour l'empêchement dirimant des ordres sacrés.

(2) Pothier, n° 15.

(3) V. tout ce raisonnement civiliste fortement déduit dans la lettre du chancelier Pontchartrain rapportée en *Appendice* à la suite du 24<sup>e</sup> Cours.

pouvoir de statuer sur le mariage, de pleine autorité en tant qu'il est sacrement, d'où son droit de le régler par des empêchements dirimants ou des exigences de forme (1). Si bien que le mariage des chrétiens devant être à la fois contrat civil et sacrement, l'Église pouvait, elle aussi, le frapper de nullité nouvelle. Mais on observe que Pothier glisse rapidement sur cette difficulté et qu'il tend, là encore, à restreindre et sacrifier les droits de l'Église, quand il écrit aux n°s 20 et 22 que « les empêchements de l'Église ne peuvent seuls et par eux-mêmes donner atteinte au contrat civil »; que d'ailleurs « l'Église, pendant bien des siècles, n'a pas usé de ce pouvoir et ne connaissait d'autres empêchements dirimants que ceux que la loi naturelle, le Lévitique et les lois civiles avaient établis »; que « tous les empêchements dirimants, dans les premiers siècles de l'Église, ont été établis par les Codes des Empereurs sans qu'on en trouve aucun établi par l'Église »; que « même à l'égard des mariages qui ne pouvaient (à ses yeux) se contracter sans crime, l'Église se contentait de les défendre sous peine des censures ecclésiastiques, mais ne les déclarait pas nuls ». Autant d'allégations ou d'insinuations historiques, qui tendaient manifestement à réduire ou subordonner l'action de l'Église dans son entente avec l'État. Gerbais, au siècle précédent s'était montré plus large ou plus conciliant envers l'Église, quand il enseignait nettement que l'Église devait conserver sans restriction plein pouvoir de statuer et de formuler des empêchements, comme par le passé (2).

Il fallait bien pourtant, dans ce système des civilistes, prévoir la difficulté grave qui s'élèverait si les deux puissances venaient à différer d'avis sur quelque condition dirimante du mariage. Il le fallait d'autant plus, que la question semblait déjà s'être posée au sujet du mariage des

(1) Pothier, n° 15.

(2) V. Gerbais, Préface, et 1<sup>re</sup> Partie.

mineurs (1). Or, la conclusion de leur doctrine n'était-elle pas le besoin de ménager une entente continue, un Concordat au moins tacite entre l'Église et l'État? C'est bien aussi ce qu'insinue Pothier lorsqu'il parle du Prince adoptant et faisant recevoir les Canons dans ses États, « pour entretenir le concert qui doit être entre le Sacerdoce et l'Empire » (n° 20), mais il s'en tient là glissant sur ce seul mot, comme pour appliquer la parole de Bossuet touchant « ce point extrême des droits ou prétentions qui ne s'accordent jamais mieux que dans le silence ». Gerbais avait eu du moins le mérite d'aborder plus franchement la question. Tout son livre avait eu pour but de poser nettement et bien en face les droits égaux des deux puissances, comme pour mieux proclamer la nécessité d'une conciliation constante et en préparer les moyens (2). Telle avait été sa pensée première en se retranchant derrière les citations de Pierre Soto, qui lui avaient servi d'épigraphe et d'inspiration; mais combien cet optimisme devait être démenti au bout d'un siècle par la Révolution (3)!

Quoi qu'il en soit, il ressortait avec évidence de la théorie des civilistes une tendance de plus en plus marquée à faire prévaloir dans le mariage le caractère d'acte civil, à en assurer l'indépendance, et même au fond à faire prédominer les droits de l'État comme ayant le dernier mot. Il y avait là, à vrai dire, toute une théorie du mariage civil, formulée avec ses règles de fond et de forme, sauf à s'accommoder de sa jonction intime avec le sacrement, grâce à ce double ministère à la fois civil et religieux des offi-

(1) Où l'on avait pu éviter l'apparence d'un conflit par l'extension ingénieuse d'un moyen canonique, celui du rapt de séduction. V. plus loin au 24<sup>e</sup> Cours.

(2) V. surtout la 3<sup>e</sup> Partie intitulée : *Conciliation des deux Puissances*.

(3) C'est d'ailleurs l'opinion à laquelle s'arrêtent nombre d'esprits modérés que dans les pays catholiques et pour une *matière mixte* comme le mariage, la solution la meilleure serait un Concordat, conclu et respecté entre les deux pouvoirs spirituel et temporel.

ciers ecclésiastiques. Mais, ceci posé, on pouvait arriver à en déduire qu'en ce qui concerne le contrat civil, cette délégation prétendue était susceptible d'être retirée au clergé pour être confiée à des autorités séculières chargées de la célébration et de la juridiction. On pouvait en venir de même à expliquer et formuler une législation toute spéciale des conditions et empêchements du mariage. Il suffisait pour cela de faire abstraction du sacrement pour le laisser tout entier à la conscience des parties, et de dire que l'État n'envisagerait plus, n'organiserait plus pour son compte que le contrat civil. C'est ce qu'on allait déjà faire timidement pour les protestants en 1787, quant à la forme de leurs mariages. Ainsi le devait déclarer la Constituante, généralisant l'idée dans sa formule de 1791 : « la loi ne considère le mariage que comme contrat civil ». Nous y reviendrons. Mais n'est-il pas visible par ces termes mêmes, qu'ils rappellent l'ancienne théorie des civilistes, organisée à part et isolée du sacrement, cessant de lui être aussi intimement liée sans en devenir l'ennemie (1)? Conservant les mêmes données théoriques, ce n'était faire autre chose que proclamer et viser à appliquer une séparation complète, là où jadis on s'évertuait à maintenir un concordat tacite en l'interprétant toujours plus fortement dans le sens des droits de l'État.

## V

Si cette théorie du contrat civil a pu réussir ainsi à se dégager vers la fin de l'ancien régime, fermement enseignée et appliquée au xviii<sup>e</sup> siècle, il s'en faut qu'elle ait été reconnue d'abord avec toute sa portée dès la deuxième moitié du xvi<sup>e</sup>, alors que la royauté recommençait pourtant de légiférer en matière de mariage par l'Édit de 1556 et

(1) C'est bien d'ailleurs ce qu'avait expliqué Durand Maillane dans ses Rapport, et Projet de loi soumis à la Constituante.



l'Ordonnance de Blois de 1579. Il est visible qu'il y eut d'abord hésitation de sa part et qu'il lui resta toujours quelque embarras à se reconnaître le droit de formuler des empêchements de mariage, comme de prononcer par elle seule des nullités. On l'observe bien dans ce qui s'est passé au sujet, soit des mariages privés d'effets civils par la déclaration de 1639, soit de la nullité si péniblement obtenue du mariage des mineurs de vingt-cinq ans. Il y a donc là des points importants à relever dès maintenant pour montrer la difficulté des rapports entre les deux puissances, relatifs au mariage.

Au sortir du Moyen âge, la situation était celle-ci : L'Église réglait les conditions du lien matrimonial. A elle seule appartenait d'en décider législativement, d'en prononcer judiciairement la nullité ou la validité, et par suite de reconnaître ou de dénier le titre d'époux, de déclarer la qualité d'enfant légitime, comme aussi de statuer sur la rupture du lien et la liberté d'un nouveau mariage. Le pouvoir séculier n'avait d'autorité que sur les effets, pécuniaires ou autres, du mariage : puissance maritale et paternelle ; régime des conventions matrimoniales ou douaire, entre époux ; successions, légitime entre les enfants et leurs auteurs ; parenté civile dans tout le lignage, etc. C'est là ce qu'on appelait les *effets civils* du mariage, que l'autorité temporelle avait à régler et à juger <sup>(1)</sup>.

Dès lors, si un mariage admis par l'Église ne semblait pas à l'État devoir être reconnu, il ne pouvait directement agir qu'en lui refusant les effets civils dont il disposait. Telle était à défaut d'accord sur un empêchement, sa manière de traduire une résistance. Il s'ensuivait qu'on pouvait voir l'Église disant à ceux qu'elle avait unis : « Vous êtes mariés suivant ma loi et ne pouvez vous rema-

(1) La lettre du Chancelier Pontchartrain montre bien que le Parlement de Besançon, l'entendit ainsi par tradition canonique jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle. V. à l'Appendice.

rier », mais la puissance séculière disant à son tour : « Vous êtes mariés, mais vous ne pouvez prétendre aucun des effets civils du mariage. Pour vous, conjoints, ni puissance maritale, ni douaire, ni communauté. Pour vos enfants, quoique légitimes en titre, aucun des droits civils attachés à la légitimité et notamment la succession ». C'était sans doute un système plein d'inconvénients pratiques. Car, que signifie en droit un mariage valable, dénué de tous effets civils, c'est-à-dire ne consistant qu'en un lien sacré mais stérile et comme une chaîne à traîner à deux ? Il est clair qu'une nullité vaut mieux pratiquement, et qu'une seule puissance régissant le mariage n'aurait guère imaginé de le déclarer valable, en lui retirant tous ses effets. Mais c'était la conséquence possible de la dualité des puissances et la conséquence logique alors, quoique singulièrement fâcheuse, au cas de non-accord sur un empêchement.

C'est pourtant ce qui exista dans la pratique des derniers siècles. Il en fut fait encore l'application exacte jusqu'en 1789, dans trois cas résultant de la déclaration du 26 novembre 1639 ; et nous verrons qu'il en fut de même tout d'abord pour le mariage des enfants de famille mineurs avant d'aboutir à la nullité. Ces trois cas étaient ceux des mariages dits *privés d'effets civils* et, l'idée exposée, je me bornerai à les mentionner brièvement <sup>(1)</sup>.

1<sup>o</sup> *Le mariage du mort civilement*. — Pour l'Église, la mort civile d'un conjoint ne rompait pas le lien de mariage et ne rendait pas à l'autre époux sa liberté. Elle n'empêchait pas davantage un condamné par contumace et non marié encore, de former union conjugale par sacrement valable. Car dans sa doctrine, ici fort logique, celui qui n'est mort que civilement, gardant avec la vie l'intelligence et la liberté, reste capable des devoirs et des besoins d'affection satisfaits par le lien naturel et sacré du mariage. Mais cet individu,

(1) V. Pothier, nos 426 et s.

de par la donnée même de mort civile, n'existait plus aux yeux de la société laïque. Tenu juridiquement pour mort, il ne devait pouvoir prétendre devant les tribunaux aux effets civils du mariage, et ses enfants demeuraient ainsi incapables de succession (1).

2° *Le mariage tenu secret.* — Ce qui ne veut pas dire ici le mariage contracté sans le ministère du prêtre, mariage qui eût été nul pour l'Église et l'État depuis le Concile de Trente et l'Ordonnance de Blois. La Déclaration de 1639, dénommait ainsi le mariage que ses auteurs ont affecté de dissimuler lors de la bénédiction nuptiale et depuis : tel celui d'une bonne ou gouvernante qui, quoique épousée à l'Église mais trop discrètement, a gardé dans la maison le rôle apparent de domestique et n'a usé ni signé du nom de son mari, mais bien de son nom de fille ou de veuve (2).

Ici commence à nous apparaître le souci des mésalliances que l'Église n'a jamais voulu reconnaître dans sa théorie du mariage, mais auquel l'ancien régime des derniers siècles semble avoir attaché une extrême importance au point de vue du bon ordre de la société civile. C'est encore la même idée qui fit priver d'effets civils :

(1) Déclaration de 1639, art. 6, *in fine*. — Au contraire depuis la sécularisation du mariage, notre Code civil, tant que la mort civile subsista jusqu'en 1854, n'hésitait pas à prononcer l'empêchement ou la dissolution du mariage (art. 25).

(2) V. art. 5, ainsi conçu : « Désirant pourvoir à l'abus qui commence à s'introduire dans notre royaume, par ceux qui tiennent les mariages secrets et cachés pendant leur vie contre le respect qui est dû à un si grand sacrement, nous ordonnons que les majeurs contractent leurs mariages publiquement, et en face de l'Église, avec les solennités prescrites par l'Ordonnance de Blois, et déclarons les enfants qui naîtront de ces mariages, que les parties ont tenus jusqu'ici, ou tiendront à l'avenir cachés pendant leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage, incapables de toutes successions aussi bien que leur postérité ». La Déclaration prononce la privation des effets expressément contre les enfants, donc *a fortiori* contre les époux. Et la jurisprudence n'hésita pas à déclarer la veuve privée de son douaire et autres conventions matrimoniales.

3° *Le mariage in extremis*, après concubinage, visé dans la Déclaration de 1639 (1), qui fut complétée sur ce point en 1697. Ici encore l'Église s'était bien gardée de refuser aux mourants cette consolation et comme cette conversion suprême d'un mariage après liaison, pour assurer en outre la légitimation des enfants. Mais le roi la refusait durement en insistant précisément sur la privation d'effets civils pour les enfants.

Il n'y a donc rien à regretter de cette Déclaration de 1639, qui semble n'avoir été qu'une loi fâcheuse à deux points de vue. Mal inspirée d'abord, comme répondant à des vues étroites de la société civile, n'allait-elle pas aussi à l'encontre de la tradition constante du monde chrétien qui, en reconnaissant justement aux lois séculières la maîtrise des suites temporelles du mariage, avait entendu laisser à chaque pays le moyen de les régler suivant ses mœurs et coutumes, mais non de les anéantir comme pour paralyser le sacrement? Au surplus, nous allons bien voir qu'il parut impossible de s'en tenir à une pareille mesure pour le mariage des enfants de famille mineurs (2).

(1) Art. 6 : « Voulons que la même peine ait lieu contre les enfants qui sont nés de femmes que les pères ont entretenues, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie ».

(2) Il convient d'observer ici, comment, l'Église étant devenue exclusivement souveraine du *lien* jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, l'État n'avait pu tout d'abord agir contre les mariages, par lui condamnés, qu'au moyen de peines ou de privations civiles, c'est-à-dire *par voie indirecte*. N'est-ce pas ce que l'Église avait dû faire tout d'abord dans l'Empire Romain, par le moyen de ses sanctions canoniques? La situation était ainsi retournée. Mais cela ne montre que mieux comment ces deux pouvoirs, temporel ou spirituel, ont bien statué l'un et l'autre par action législative, et non simplement disciplinaire, en usant chacun à tour de rôle des moyens qui étaient à leur portée.

## VINGT-QUATRIÈME COURS

## Le consentement familial au mariage.

C'est au sujet du consentement familial que devait jadis surgir dans la pratique, le dissentiment principal dans les rapports des deux puissances en vue d'ordonner la législation des mariages. Et c'est surtout pour le mariage des enfants de famille, que nos rois devaient multiplier leurs Ordonnances embarrassées, jusqu'à ce que la jurisprudence s'enhardissant avec la doctrine, dégagât nettement l'idée d'exiger le consentement des parents pour la validité de l'union et de sanctionner cette règle par une nullité, en déclarant alors le « mariage non valablement contracté ». Il importe donc de suivre dès à présent cette question un peu complexe, à la fois comme ayant été dans l'ancien régime l'exemple le plus caractéristique de conflits possibles dans cette organisation mixte du mariage, et aussi comme témoignant au fond d'une divergence notable et durable de points de vue entre la société religieuse et la société civile, pour ce qui regarde la liberté des unions conjugales. Voilà pourquoi elle me paraît se rattacher plutôt, dans l'histoire matrimoniale, à notre chapitre des rapports de l'Église et de l'État, sans compter qu'il en doit ressortir un élément sérieux d'observation et de réflexion pour l'intelligence ou l'appréciation du Code civil, et des réformes tout récemment survenues

L'Église, lorsqu'elle tendit à gouverner seule les conditions du lien conjugal, inclina de bonne heure à cette idée que le mariage des enfants, dès qu'ils sont nubiles, devait rester inattaquable comme sacrement, malgré l'absence ou le refus du consentement des parents, même des père et mère. De telles unions étaient par elle déconseillées et censurées, mais non pas annulées. Elle le redira solennellement au Concile de Trente (1), comme elle l'a redit encore de nos jours dans l'Encyclique de Léon XIII (2). Mais par là même l'Église, au Moyen âge, s'écartait de toutes les traditions antérieures, romaines et germaniques, qui avaient jusqu'alors exigé un consentement familial. De plus, en persistant dans cette donnée, elle allait, plus tard, se refuser à tenir compte des considérations d'intérêt familial ou social, qui ont toujours parlé si haut dans le monde séculier pour une règle de consentement familial. Aussi les verrons-nous s'élever ensuite contre le système de l'Église.

## I

L'Église avait d'abord et avec juste raison, combattu et renversé les traditions antiques, où le consentement paternel n'était fondé que sur la constitution et les exigences de la famille, sans véritable pensée de protection pour les enfants et sans un souci suffisant de leur liberté.

Rappelez-vous le droit de Rome, où la famille avait pour principe et pour ressort la *patria potestas*. C'est pour la perpétuer au moyen d'*héritiers siens*, que semblaient surtout conçues les justes noces. Aussi, étaient-elles dominées par la volonté du *paterfamilias*, à ce point, qu'aucun mariage de ses enfants *alieni juris* ne pouvait avoir lieu sans sa volonté, quel que fut leur âge, sans compter qu'il

(1) Cfr. Thèse de M. l'abbé Vantrois (1899) : *Étude historique et juridique sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants*.

(2) Encyclique *Arcanum*, traduction, p. 9.

pouvait le leur dicter par voie d'autorité et le briser par un divorce. L'idée de composer sa famille à son gré dominait là si bien tout entière, qu'au mariage des petits-fils (*nepotes ex filio*), on avait adjoint à celui de l'aïeule l'exigence d'un consentement du père pour ménager sa *potestas* future et le règne domestique qu'il devait exercer à son tour. Par contre, où trouver à Rome aucune idée précise d'assurer à des enfants la liberté de leur choix, sauf à l'entourer d'une protection ou d'un conseil plus éclairés? Aux *alieni juris* il fallait ce consentement, quelle que fût leur maturité d'âge, mais aux *sui juris* (émancipés ou orphelins), devenus pubères, nul consentement n'était imposé, même pendant leur plus grande jeunesse. Rien n'existait que l'effet de la *tutelle* sur les femmes au sujet de leur mariage avec *manus*, et qui n'était pas conçue pour les protéger.

Ainsi, tout reflétait l'idée capitale que le mariage n'était réglé que par le chef de la famille et pour elle. Et quand l'autorité publique interviendra sous l'Empire pour modérer la *patria potestas* il n'est possible de trouver sous les empereurs païens qu'un certain tempérament apporté par Auguste et par les Antonins, pour restreindre l'extrême dépendance des enfants. Tel est notamment le rescrit de Marc-Aurèle interdisant au *paterfamilias* de briser un *matrimonium bene concordans*; mais rien pour modérer le principe du consentement paternel exigé à tout âge (1). Il en sera encore ainsi dans les recueils de Justinien.

Sous le Bas-Empire, où ce droit subsiste, on y verra pourtant s'introduire une certaine idée de consentement protecteur pour des *sui juris* jeunes encore, mais seulement à l'égard des filles ou des veuves mineures de vingt-cinq ans qui, naturellement gardées par leurs proches, devaient aussi s'assurer de leur assentiment. Encore est-ce la direction chrétienne de Saint Ambroise

(1) V. *Introduction générale*, aux Cours 3 et 5.

qui semble l'avoir conseillé aux Empereurs, surtout pour ménager chez les jeunes femmes plus de décence (1).

Telle était la tradition Romaine au v<sup>e</sup> siècle.

Du côté des *Germanis*, c'est aussi la famille qui dominait les mariages dans le sens de sa constitution même. Là sans doute, ne se rencontrait pas de *patria potestas* dans la *domus*, et c'est le groupe solidaire des parents, membres actifs, qui avait l'influence supérieure dans les questions matrimoniales. J'ai dit déjà qu'il n'apparaît pas vis-à-vis des jeunes hommes, d'entrave juridique mise à leur libre choix (2). Mais pour les filles, nul doute qu'il fût besoin du consentement de leur père ou de leurs proches pour les obtenir par une *desponsatio* régulière, et ce semble, à tout âge. Était-ce par conséquence d'une véritable coutume juridique de *mundium* général et perpétuel s'exerçant sur toute femme? J'ai combattu, ailleurs, cette idée. J'y verrais plutôt chez nos ancêtres Francs une autorité spéciale des parents, répondant à la fois au besoin pour les femmes d'être gardées et défendues jusqu'à leur mariage, tenant aussi aux considérations d'alliances familiales que ces mariages devaient produire. Toujours est-il, qu'il résultait pour les jeunes filles une dépendance assez fâcheuse de cette nécessité d'un consentement de leurs proches, qui même était rémunéré dans l'antique usage des *Germanis* au moyen de présents ou *pretium nuptiale*. Une telle coutume devait souvent gêner leur libre choix (3).

Quoi qu'il en soit, il ressort de tout cet usage que ce consentement des proches était fondé plutôt sur l'intérêt familial que sur l'idée vraiment protectrice d'assurer un choix tout personnel et plus éclairé. En fin de compte, en Germanie comme à Rome, cette règle du consentement familial demeurerait contraire à une juste liberté des mariages.

(1) Lois 18 et 20 au C. (5-4). V. *Introduction générale*, p. 199.

(2) V. *Introduction générale*, p. 351.

(3) V. *Introduction générale*, p. 352 et s.

Ce n'était pas encore notre notion moderne et fondamentale des époux se mariant avant tout volontairement et pour eux-mêmes, qui tendait à s'affirmer comme principe juridique.

## II

C'est dans l'Église et par elle, que cette donnée s'est tout d'abord dégagée. C'est bien l'Église qui est venue libérer les époux du joug familial à l'heure du mariage, en même temps qu'elle allait forger, pour les y retenir indissolublement engagés, sa donnée du lien sacré venue d'ailleurs, et de plus haut que la famille même. Il n'y a pas de doute que cette tendance d'émancipation, quant au mariage, soit venue de l'Église. Mais il ne semble pas qu'elle ait pris dès les premiers temps toute sa portée, jusqu'à supprimer complètement et pour tous enfants la condition dirimante d'un consentement familial.

Dans l'Empire romain, on voit bien à partir de Saint Paul la direction chrétienne tournée contre les exagérations de la *patria potestas*<sup>(1)</sup>. Cette direction tendait ainsi à assurer aux enfants plus de libre choix en mariage. Mais Saint Paul lui-même ne nie pas le bon usage du consentement paternel quand il dit, au milieu des encouragements par lui donnés au célibat religieux : « Celui qui marie sa fille fait bien. Celui qui ne la marie pas fait mieux encore ». Les Pères de l'Église n'allaient pas non plus jusqu'à proposer ici la suppression des droits de *patria potestas*<sup>(2)</sup>, qui s'étaient conservés jusque dans la *Lex Romana Wisigothorum*, reproduisant le Code Théodosien et les Sentences de Paul. L'Église n'a donc pas tout d'abord combattu pour cette indépendance des enfants, comme pour la prohibition du divorce.

(1) Ep. aux Éphésiens, Ch. 6, v° 4.

(2) On le suit bien à travers Saint Ambroise, Saint Augustin et Saint Basile, dont on a toujours cité à ce propos les lettres canoniques à Amphitoque, n° 42.

Après les invasions barbares, le droit romain perdant de sa force, la direction chrétienne devint ici plus puissante, en même temps que la situation changeait puisque les Germains n'avaient pas de *patria potestas* et n'imposaient pas l'exigence d'un consentement paternel au mariage des fils. Aussi voit-on l'Église alors combattre surtout pour une liberté plus grande du mariage des filles ; et, quel que soit le sens attaché à la coutume germanique du *pretium nuptiale* (prix de vente ou présent remis aux parents), tous s'accordent à dire que l'Église a contribué à le faire disparaître en favorisant, au contraire, la *dos ex marito* remise à la femme elle-même<sup>(4)</sup>. Néanmoins, l'ensemble des lois barbares rédigées après leur conversion chrétienne, comme aussi les Conciles et Capitulaires des temps mérovingiens et carolingiens ne peuvent encore être invoqués comme ayant formellement supprimé l'exigence d'un consentement familial pour les filles<sup>(2)</sup>. Bien plus, dans les Capitulaires de *Benedictus Levita*, dont beaucoup sont pourtant suspects d'avoir prêté aux Capitulaires royaux des doctrines ou décisions d'Église, se trouve encore un texte général sur l'ensemble des règles ecclésiastiques relatives aux mariages, qui parle de la *desponsatio* consentie par les parents<sup>(3)</sup>. Et ce texte même, a été rapporté plus tard au Décret de Gratien (Causa 30, question 5, n° 1).

Il reste ainsi un doute sérieux pour le droit canonique

(1) *Pro honore et dilectione*, comme le diront tant de *libelli dotis*.

(2) Nos anciens auteurs, de Launoy à Pothier, ont relevé soigneusement certains textes de Conciles, qui semblent impliquer cette exigence comme maintenue dans les familles (V. Pothier, n° 323). La suite de ces textes est encore mieux exposée dans Gerbais, p. 469 et 479.

(3) *B. Levita*, L. 7, n° 463. Ce texte attribué dans la tradition du Moyen âge au pape Évariste paraît bien avoir été un texte apocryphe. Mais comme le dit justement Gerbais (p. 472) : « On peut bien s'en servir comme d'un témoignage du sentiment dans lequel était encore l'Église latine touchant les mariages des enfants de famille, quand il fut inséré aux diverses collections ».

des neuf premiers siècles, puisque aucun texte formel des Conciles et des Papes n'est connu pour avoir jusqu'alors supprimé l'existence du consentement familial. Mais il faut bien reconnaître que la discipline a dû changer sur ce point, obscurément au cours du Moyen âge et après le ix<sup>e</sup> siècle, alors que s'est fixée la législation des empêchements dans le mariage tenu pour sacrement<sup>(1)</sup>. Théologiens et canonistes n'ont pas reproduit l'exigence du consentement des parents. Dès cette époque la liberté fut reconnue aussi complète pour les filles que pour les hommes. L'Église devenue seule souveraine se refusa à faire du consentement familial un empêchement dirimant, même pour les mineurs. Sitôt nubiles, ils purent à leur seule volonté se marier. Ce droit devenu traditionnel fut confirmé par le silence des Décrétales postérieures, au sujet du consentement familial, et reconnu dans la doctrine de P. Lombard et de Saint Thomas d'Aquin comme des Décrétalistes. Cela devint un droit canon général pour toute la chrétienté, donc aussi pour la France et pour la France entière, c'est-à-dire même pour les pays de droit écrit, qui ne purent sur ce point garder ni rétablir un droit réduit de *patria potestas*.

Il en fut ainsi jusqu'au xvi<sup>e</sup> siècle.

### III

Pour avoir enfin assuré la volonté libre des époux quant au sacrement de mariage, l'Église à son tour s'exposait au reproche d'avoir poussé trop loin dans cette voie et s'attira les réclamations de la société civile, qui ne tardèrent pas à devenir pressantes. Elles vont se formuler aux abords du xvi<sup>e</sup> siècle.

(1) Les auteurs s'accordaient à dire (V. Gerbais et Pothier) qu'il y avait eu là comme une désuétude par confusion ou ignorance. Mais il faut bien observer que les textes de l'époque gallo-franque semblaient ne réserver le consentement familial qu'au sujet des filles, et ne pouvaient se maintenir en droit canon général.

Toutefois, lorsqu'en France on commença de réclamer contre ces principes du droit Canon, ce fut encore dans l'intérêt de la famille bien plutôt que pour la protection personnelle des jeunes époux. La société civile qui venait de traverser l'époque seigneuriale, restait tout imprégnée de sentiments féodaux ou nobiliaires. Le mariage des enfants, conclu sans le gré de leur père ou de leurs proches, pouvait trop souvent contrarier ces données. Il se comprend assez qu'entre seigneurs, les mariages soulevaient des questions de convenance familiale plus graves encore que de nos jours. Il devait être dur aux chevaliers de voir leurs fils ou leurs filles entraînés au mariage dans des rangs inférieurs ou ennemis; comme il sera dur aux nobles de race ou même de robe de voir leurs enfants s'engouer d'unions faites avec des roturiers ou des déclassés. De là ce grand souci des mésalliances qui s'est traduit clairement aux Ordonnances royales à partir du xv<sup>e</sup> siècle. On y trouverait bien plutôt la pensée de protéger les familles avec leur renom et leur fortune que celle d'empêcher pour les époux eux-mêmes des unions précipitées ou mal assorties, pouvant faire le malheur de leur existence tout intime. Mais comme la question se posa surtout ainsi, ce grand souci séculier des mésalliances ne pouvait guère arrêter l'Église, pour qui c'est un principe supérieur de ne pas reconnaître et sanctionner des inégalités, qui pour elle ne sauraient exister devant Dieu et les sacrements. D'ailleurs, le consentement familial ainsi réclamé ne donnait-il pas à craindre des abus d'autorité, soit pour contrarier entre enfants de conditions inégales des inclinations pourtant légitimes et sincères, soit même pour refuser le mariage à des cadets ou à des filles trop souvent sacrifiés aux fils aînés. L'Église ici ne pouvait entrer dans toutes les vues des princes séculiers. Il y avait par contre un point de vue de morale religieuse, qui lui devait tenir plus à cœur. Empêcher ou annuler les mariages à défaut d'un consentement

formel des parents, ce pouvait être trop souvent susciter les désordres au lieu des unions légitimes. Or, dans l'esprit de l'Église, le mariage devait être surtout favorisé, facilité même comme le grand préservatif contre les concubinages ou fornications, dont elle avait plus horreur que les puissances civiles. *Melius est nubere quam uri*. Elle était donc poussée vers une plus grande liberté des enfants, sitôt nubiles, et croyait compter sur l'efficacité de la grâce et l'indissolubilité du sacrement, pour maintenir dans l'ordre et la fidélité ceux-là mêmes qu'aurait unis d'abord une inclination ou une passion peu réfléchie<sup>(1)</sup>.

Enfin, la donnée même du sacrement de mariage faisait aussi pour elle une grave objection. A cette époque où le mariage était encore valablement conclu, même sans la présence d'un prêtre, la question du consentement familial ne se posait souvent qu'après l'union contractée et consommée à l'insu des parents<sup>(2)</sup>. Mais donner aux parents l'action en nullité avec faculté pour eux de ratifier ou de briser le mariage, n'était-ce pas permettre à une volonté humaine de tenir en suspens la validité même du sacrement! Or, ici semblait s'opposer la grande parole évangélique : *Quod Deus cunjunxit, homo non separet*. L'Église le redira au Concile de Trente<sup>(3)</sup>.

Ainsi doit s'expliquer, aujourd'hui encore, la longue et durable résistance de l'Église sur cette question. Non pas qu'elle se soit proposé directement d'affaiblir l'autorité domestique; car l'Église n'a jamais méconnu qu'on dût prendre conseil de ses père et mère. N'est-elle pas la première à enseigner de les honorer à tout âge? Mais elle s'en est tenue à proclamer que c'était acte répréhensible

(1) Restait d'ailleurs toujours, en droit Canon, le moyen dirimant des rapt de violence, ou de séduction vraiment dolosive.

(2) Il y avait aussi après simples fiançailles, l'abus des *matrimonia presumpta*, qui précipitaient la conclusion des mariages par consommation, quand les fiançailles seules avaient eu le gré des parents.

(3) V. plus loin, p. 131.

ou péché de se marier sans avoir sollicité ou même, si on est mineur, sans avoir obtenu le consentement paternel. Elle n'en faisait donc qu'un empêchement prohibitif en droit Canon. Ce qu'elle a refusé d'admettre, c'est l'empêchement dirimant avec nullité.

L'Église ayant ainsi compris sa mission, pendant qu'elle dominait seule à travers le Moyen âge et les temps féodaux, il n'en restait pas moins que l'indépendance ainsi largement assurée aux enfants amenait trop souvent des unions mal conçues et regrettables. De plus le mal pouvait alors singulièrement s'aggraver par suite de deux autres dispositions canoniques, qui ont en partie disparu par la suite : 1° on admettait en droit Canon que le mariage étant valable sitôt la puberté, dès quatorze ou treize ans, ne pouvait plus être attaqué, même celui de tout jeunes gens mariés en dehors de leurs parents; 2° il fut possible durant des siècles de se marier clandestinement, c'est-à-dire sans solennité même d'Église, puisque avant le Concile de Trente la présence d'un prêtre n'était pas une condition nécessaire du sacrement. Il pouvait suffire alors de se marier par *paroles de présent*. Et ainsi nulle contestation juridique contre des mariages d'enfants de famille conclus à l'insu de leurs parents, sans qu'il fût possible de les prévenir.

Il est clair qu'il y avait là de graves lacunes dans le système canonique. Il semble étrange qu'en supprimant l'exigence du consentement familial, tel qu'il avait été conçu dans l'antiquité, l'Église n'ait pas cru devoir introduire une règle nouvelle de consentement vraiment protecteur des adultes nubiles, du moins jusqu'à un certain âge<sup>(4)</sup>. Sans le frein de la religion et des mœurs dans ces petites agglomérations du Moyen âge, des unions de tout jeunes

(4) La proposition fut faite au Concile de Trente (V. Gerbais, p. 484), d'exiger un consentement paternel jusqu'à dix-huit ou vingt ans pour les garçons, seize ou dix-huit ans pour les filles. Mais le Concile ne put se résoudre à introduire cet empêchement dirimant.

gens ainsi bâclées auraient pu produire dès le XIII<sup>e</sup> siècle un désordre fréquent et intolérable. Je n'ai pas vu pourtant que Beaumanoir, ni les auteurs de son époque s'en soient émus<sup>(1)</sup>. Mais il paraît bien qu'après le XV<sup>e</sup> siècle, avec plus de mouvement et de relâchement dans la société, des plaintes s'élevèrent sous la pression de faits et d'abus multiples<sup>(2)</sup>. On le suit dans les écrits de nos jurisconsultes du XVI<sup>e</sup> siècle comme dans les critiques alors si vives des chefs de la Réforme. D'ailleurs, à travers certaines exagérations de langage dans le préambule des Ordonnances royales de 1556 et de 1639, on doit bien reconnaître que les abus ou les scandales devaient être fréquents, pour provoquer cette affirmation publique *que la plupart des honnêtes familles de notre royaume demeuraient en trouble à raison de la subornation de leurs enfants*<sup>(3)</sup>. Il y avait donc un mouvement d'opinion très prononcé à l'époque du Concile de Trente. Aussi ce Concile fut-il saisi d'une requête présentée par le Cardinal de Lorraine au nom de Charles IX, pour obtenir de l'Église qu'elle remédiât au double inconvénient des mariages formés clandestinement, et conclus par des fils de famille en dehors de leurs parents. La demande était bien modérée; le Concile était prié de déclarer que le mariage des enfants serait désormais nul à défaut d'un consentement des père et mère (*Filiorum familias matrimonia sine consensu parentum nullo modo justa et legitima sint*), en ayant soin même d'ajouter que le Concile pourrait fixer aux pères trop moroses, ou trop négligents de l'établissement de leurs enfants, un délai après lequel leurs fils et filles pourraient se marier sans leur consentement.

Une telle demande faite au Concile montre bien, dans

(1) V. seulement au Ch. 21, n° 12 le souci bien marqué d'un assentiment général des deux lignages pour le mariage des enfants, « qui ont grand héritage tenu en bail ou en garde ».

(2) V. dans Gerbais, p. 478, le texte très mesuré et significatif d'un Synode de Cologne de 1536.

(3) Préambule de l'Édit de 1556.

les rapports de l'Église et de l'État, que le roi de France ne se croyait pas encore fondé ou ne se sentait pas résolu à édicter de sa propre autorité des empêchements ou des nullités de mariage. Et c'est bien ce que reconnaissent alors nos juristes français, tels Ed. Pasquier ou Guy Coquille, qui n'enseignaient pas encore la thèse du Contrat civil, matière préalable du Sacrement et relevant de la pleine autorité du prince séculier.

Le Concile délibéra longuement sur la double requête qui lui était soumise. Nous verrons que pour remédier à l'abus des mariages clandestins, il se décida, non sans peine, à déclarer les époux incapables de se marier valablement sans la présence du prêtre et de témoins. Mais peut-être crut-il ainsi avoir fait assez pour les familles mêmes, et il se refusa après grande discussion à invalider les mariages contractés par les enfants sans le consentement des père et mère en déclarant l'anathème contre *ceux qui faussement affirment que des mariages contractés par des fils de famille sans consentement de leurs auteurs sont nuls et qu'il dépend des parents de les ratifier ou invalider*<sup>(1)</sup>. L'Église s'était ainsi prononcée pour maintenir sa tradition séculaire. Qu'allaient faire maintenant le pouvoir civil et nos rois de France?

#### IV

Tout d'abord il est bon de relever que les rois de France n'avaient pas attendu de soumettre la question au Concile pour prendre déjà quelques mesures contre les mineurs qui se mariaient sans le consentement paternel. Avant même la pétition, qui est de Charles IX, le roi Henri II,

(1) *Eos sancta Synodus anathemate damnat qui falso affirmant matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata et irrita facere posse. Nihilominus sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit.* — V. la longue dissertation de Pothier, n<sup>os</sup> 321 et s.



en février 1556, avait promulgué un Édit sévère donnant *aux parents* la faculté d'exhérer leurs enfants mineurs qui se seraient mariés sans leur consentement, et conférant *aux juges* le droit de prononcer telles peines « avisées par eux suivant l'exigence des cas » (1).

Pourquoi Henri II s'était-il ainsi pressé de punir, à défaut d'autre moyen? L'histoire semble avoir établi qu'il put alors connaître quelque raison personnelle. Il avait voulu marier l'une des filles qu'il avait eues de Diane de Poitiers, à un fils du Connétable de Montmorency, et le jeune homme avait épousé en secret, par *verba de præsenti*, une des dames d'honneur de la Reine, Jeanne de Piennes; d'où l'irritation du Connétable son père, et du roi (2). Il est bien clair que le préambule de l'Édit ne dit rien de cette affaire, et qu'il se borne à donner des raisons graves et générales pour assurer le respect de l'autorité paternelle contre « ce mal invétéré qui pullule et s'accroît de jour à autre ». Et de fait, si je vous ai rappelé cet incident sur lequel on a beaucoup écrit, je tiens aussi à faire observer qu'il n'y faut pas attacher trop d'importance. Nous avons parfois trop de tendance aux explications fondées sur des anecdotes historiques, alors qu'il faut regarder aux raisons profondes. Or, la question présente dépassait de beaucoup par sa gravité les ressentiments ou déceptions d'Henri II et du Connétable. On peut le voir rien qu'aux considérations exposées dans l'Édit et à la pétition faite au Concile quelques années après cet édit.

Mais qu'advint-il après le refus du Concile? Il va sans dire qu'on ne retira pas l'Édit de 1556 qui resta en vigueur. Il n'y eut pas tout d'abord d'autre mesure (3). On était

(1) V. cet Édit rapporté tout au long par Gerbais, ou par Pothier, n° 324.

(2) V. à ce sujet la thèse de Doctorat de M. Vantroys, qui a consacré tout un chapitre à cet incident d'histoire.

(3) C'est bien ce que marquait Étienne Pasquier, dans une lettre souvenant citée, où il regrettait que « l'on n'eût franchi le pas et que par une

(sous Charles IX) au milieu des luttes religieuses compliquées de guerre civile. La royauté ne devait légiférer à nouveau sur ce sujet du mariage qu'après les États de Blois, dans l'Ordonnance de 1579, qui réglait en même temps la forme et les solennités, pour appliquer le principe de célébration accepté d'ailleurs par le Concile (art. 40 et suiv.). Or, cette loi de 1579, tout en rappelant l'exigence du consentement paternel, ne déclarait pas expressément la nullité du mariage des mineurs. Elle défend bien au curé de passer outre au mariage, s'il ne lui apparaît du consentement des père et mère, *sous peine d'être puni comme fauteur du crime de rapt*. Et de même l'article 42 ajoute : *Voulons que ceux qui se trouveront avoir suborné des mineurs de vingt-cinq ans soient punis de mort sans espérance de grâce et de pardon*. Mais pas de nullité littérale contre le mariage même; et l'énormité des peines prononcées semble bien indiquer qu'on recourait à des moyens aussi véhéments et comminatoires, faute d'avoir à sa disposition la sanction plus directe et plus simple de la nullité. On ne signale pas d'ailleurs, dans la jurisprudence d'alors et jusque vers le milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, de tels mariages annulés par les Parlements (4).

On le chercherait en vain sous Louis XIII aux divers articles, soit du Code Michaud (art. 169), soit de la Déclaration royale de 1639. Même en cette Déclaration de 1639,

Ordonnance faite du commun consentement de l'Église Gallicane, on n'eût déclaré tous mariages des enfants nuls esquels il n'y aurait que les simples paroles de présent sans l'autorité et le consentement des père et mère ». V. le passage entier dans Gerbais, et aussi dans la thèse Basdevant, p. 25, note 3.

(1) Étienne Pasquier l'avait déjà fait remarquer de son temps. Ce qu'on observe seulement, c'est une tendance à voir déjà la subornation dans le seul fait d'avoir contracté mariage avec un mineur de vingt-cinq ans. On le dira *suborné* quand il aura été, même sans manœuvres criminelles, entraîné ou amené à un mariage conclu en dehors de sa famille. D'où la jurisprudence tirera son procédé du rapt de séduction. V. plus loin, p. 135 et s.

qui traite longuement du mariage des mineurs, il n'est rien dit qui affirme la nullité de leur mariage. Il n'est question que de peines nouvelles édictées contre ceux qui *auraient ainsi profané le sacrement*. Cette peine nouvelle sera la privation de tous effets civils du mariage, dont il n'avait été rien dit encore ni en 1556, ni en 1579, et qui résultait expressément de l'article 2 de la Déclaration.

La législation royale ne devait pas aller plus loin. L'Édit de 1697 ne fit que persévérer dans ce système des privations et des peines, qu'il développa encore (art. 6 et 7), surtout en organisant les plus grandes précautions pour que le curé paroissial ne fût pas dupe de faux témoins et de faux consentements. Il n'y eut donc pas de nullité formulée dans la loi. C'est la jurisprudence qui s'enhardit jusqu'à induire et prononcer cette nullité, en même temps que se dégagait et se formulait plus nettement la théorie du mariage contrat civil; et c'est ce qui nous reste à suivre.

## V

Cette jurisprudence avait déjà commencé pour un cas analogue et célèbre, lorsque Louis XIII, guidé par Richelieu, voulut rompre le mariage de son frère Gaston d'Orléans avec Marguerite de Lorraine. On invoqua alors comme tradition du royaume, que les princes du sang ne pouvaient se marier sans le gré du Roi; et le Parlement par arrêt de 1634 déclara sur ce motif « le mariage non valablement contracté ». Une Assemblée du Clergé en 1635 sembla confirmer cette décision comme acceptée par l'Église Gallicane, nonobstant les observations présentées par la Cour de Rome. D'ailleurs, la difficulté s'apaisa quand Gaston d'Orléans fut reçu en grâce et fit à nouveau célébrer son mariage, comme pour le réhabiliter. Le précédent pouvait servir d'exemple, et c'est lui qui avait incité nos auteurs français à dégager la thèse

du contrat civil (1). Voyons maintenant comme il s'étendit au cas des mineurs.

Ainsi que l'expose Pothier (n° 326): « Quoique aucune loi n'ait déclaré en termes formels et précis que ces mariages des mineurs sont nuls, néanmoins si on considère attentivement l'esprit de ces lois, on découvrira facilement qu'elles les réputent nuls et non valablement contractés ». Rien que l'esprit de la loi! C'est donc bien seulement en jurisprudence et doctrine que commença d'apparaître l'idée de toucher à la validité même de ces mariages et de formuler une nullité; ce qui ne put réussir qu'à mesure qu'on édifiait au sujet du contrat civil la théorie nouvelle de l'autorité indépendante et parallèle de la puissance séculière dans les mariages. — Il était bien désirable d'en venir là, du moment que l'État était résolu à ne plus vouloir reconnaître de tels mariages, ni à en consacrer les effets. Car n'était-il pas déplorable de regarder ces mariages de mineurs comme seulement privés d'effets civils, tout en restant indissolubles? Une telle situation prolongée durant des vies entières était autrement grave que pour des mariages *in extremis* ou tenus secrets jusqu'à la mort (2). Mais comment arriver à expliquer cette nullité? Si nos rois avaient su la formuler nettement, on l'eût justifiée par le principe nouveau du droit qu'on leur attribuait de régler le contrat civil, matière du sacrement. C'eût été un empêchement purement civil, littéralement formulé, pour minorité et défaut de consentement familial. Faute d'un texte formel on ne vit qu'un moyen, ce fut de recourir par extension et fiction à une nullité d'ordre canonique, mais

(1) V. dans Basdevant, p. 107 et s., les difficultés soulevées au sujet de ce mariage, que Pothier avait rappelées aussi au n° 343. V. aussi plus haut, p. 105, en note.

(2) L'avocat général Talon l'avait bien observé dans le réquisitoire prononcé par lui dans la question de la Thèse de Lhuillier. Cf. sur ce point, de notre collègue Duguin, son *Étude sur le rapt de séduction* dans la *Nouvelle Revue historique de Droit* de 1886.

dont le droit canon faisait peu d'usage, celle du *rapt de séduction* en poussant jusqu'à dire que tout mariage de mineur impliquait de droit ce rapt de séduction (1).

Il faut lire à ce sujet tout le développement donné par Pothier dans son numéro 326, pour aboutir à cette conclusion que « la séduction se présume de droit lorsqu'un mineur s'est marié sans le consentement de ses père et mère, tuteur ou curateur ». Comme il ajoute qu'on pose cette présomption légale comme absolue et n'admettant pas de preuve contraire, c'est bien faire l'aveu caractéristique de la fiction. Rien ne le montre mieux que le singulier passage où il ajoute : « La séduction en ce cas n'est considérée que dans la chose même.... On ne considère pas de la part de qui elle vient. Quand même ce serait le mineur qui s'est marié sans le consentement de ses père et mère, qui se serait séduit lui-même par sa passion; quand même celle qu'il a épousée n'y aurait contribué que par le malheur qu'elle a eu de lui plaire; la séduction ne laisserait pas d'être en ce cas présumée, et le mariage en conséquence réputé nul ».

Ce n'était donc qu'un biais, *utilitatis causa*. Aussi le mineur, quoique réputé séduit et dès lors victime, n'en restait pas moins soumis aux peines d'exhérédation paternelle et ne pouvait lui-même demander la nullité de son mariage. La jurisprudence, partie au fond de l'idée d'empêcher les mésalliances et de défendre ainsi l'intérêt familial, ne donnait cette nullité toute relative qu'aux parents eux-mêmes (2).

Telle était la doctrine que Pothier expose longuement en s'appuyant surtout sur un grand mémoire de d'Aguesseau (3), preuve qu'elle n'a dû triompher qu'aux abords

(1) V. plus haut, p. 133, note 1.

(2) V. Pothier, n° 444.

(3) C'est le 30<sup>e</sup> plaidoyer, qui fut suivi d'un arrêt conforme; mais on peut constater que des décisions semblables avaient été déjà données auparavant, surtout en Normandie, et toujours à la suite de procédure d'appel comme d'abus.

du XVIII<sup>e</sup> siècle. Au fond, c'était bien là un empêchement dirimant, nouvellement introduit par la société civile, et c'est à lui surtout que pouvait bien s'appliquer l'idée que le mariage est tout d'abord un contrat civil, qui doit être valable comme tel pour servir de matière au sacrement. D'ailleurs, comme il eût été difficile ou illusoire d'agir en nullité pour de tels cas devant l'official, on allait droit au Parlement par appel comme d'abus de la célébration.

## VI

Après l'exposé de ces péripéties, qui sont le point intéressant d'histoire, il n'y a plus qu'à résumer en deux mots le droit positif tel qu'il se trouvait fixé à la veille de la Révolution, pour en laisser un souvenir plus précis par comparaison au Code civil.

1<sup>o</sup> Pour le mariage des filles aussi bien que des garçons, il fallait s'attacher à l'âge de vingt-cinq ans considéré comme l'âge de majorité civile ordinaire. Avant vingt-cinq ans, nul ne pouvait se marier valablement sans le consentement paternel, ou celui d'un tuteur à défaut des père et mère; car il n'était rien dit des ascendants. Le tuteur, et c'était toujours un tuteur datif, devait prendre l'avis des parents. Faute de consentement, le mariage pouvait être attaqué devant le Parlement pour abus de célébration, mais à la requête seule des parents ou tuteurs. — Les père et mère pouvaient en outre formuler une exhérédation valable (1).

2<sup>o</sup> Après la majorité de vingt-cinq ans, le mariage contracté sans ce consentement demeurait inattaquable de ce chef. Mais il avait fallu du moins requérir celui des père et mère par sommations dites respectueuses. Sinon,

(1) On admettait pourtant les juges à donner, par mesure extraordinaire, la permission de se marier malgré les père et mère, surtout malgré les tuteurs. — V. Pothier, n<sup>os</sup> 332 et 336.

filis ou fille s'exposait à une peine d'exhérédation, possible pour ce motif et cela à tout âge.

3° Enfin, même au cas du consentement régulièrement requis, il y avait lieu de distinguer encore la situation des fils de vingt-cinq à trente ans. Les père et mère, qui n'avaient pas donné leur consentement, gardaient encore la faculté d'exhérédation comme moyen indirect d'empêcher ou moyen direct de réprover ce mariage de leur fils.

Tout ce droit compliqué résultait principalement de l'Édit de 1556 et de la Déclaration de 1639. Il est bien exposé par Pothier (n<sup>os</sup> 327 à 341). A vous d'en relever les différences ou ressemblances avec le droit actuel.

## VII

Le droit de la Révolution, en sécularisant le mariage, a supprimé ce règlement trop aristocratique du consentement paternel. La loi de 1792 avait même voulu détruire par toute la France, et surtout au Midi, ce qui pouvait rester de l'antique puissance paternelle. Elle avait fixé la majorité civile à vingt et un ans et non plus à vingt-cinq. Aussi dans sa brève législation du mariage n'avait-elle pas exigé au delà de vingt et un ans le consentement familial, même celui du père. Il n'était pas question non plus, au delà de cet âge, de demander au moins conseil par acte respectueux.

C'est le *Code civil* qui a rétabli en partie le système de notre ancien droit séculier. On suit bien dans l'exposé des motifs de Portalis, qu'il ne l'a pas fait pour les mêmes raisons, ni avec les mêmes caractères. Il ne pouvait plus être question d'invoquer l'intérêt particulier des grandes familles et le souci des mésalliances, qui ne répondait plus aux données égalitaires et démocratiques de notre société. C'est sur une raison plus générale, sur l'intérêt même des jeunes gens aussi bien que sur celui des familles, que l'exigence d'un consentement paternel a été fondée. Il a

semblé d'abord que l'âge nubile, encore que retardé à dix-huit ans, ne comportait pas l'indépendance complète quant au mariage et qu'en vue d'un acte aussi grave, il était bon de recourir à la clairvoyance et à l'affection des ascendants pour assister leurs enfants et les préserver contre des entraînements irréflechis, au besoin par une barrière légale. L'idée de protection a été si bien suivie, que le Code a pris soin de donner aux enfants eux-mêmes l'action en nullité, et qu'il n'a rétabli aucune faculté d'exhérédation. C'est aussi à coup sûr dans une pensée favorable aux enfants qu'on avait limité à vingt et un ans l'exigence d'un consentement dirimant pour les filles, et qu'on ne l'avait maintenu jusqu'à vingt-cinq ans pour les garçons qu'en présence d'ascendants, mais non d'un conseil de famille. Il y a donc eu là une loi réfléchie et mesurée, qui conservait pourtant une anomalie et des inconvénients pratiques évités dans le droit ancien.

L'anomalie, c'était au Code le consentement paternel requis pour le fils seul jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, ce qui va au delà de la majorité civile. On comprend sans doute quoique le mariage soit possible dès l'âge nubile, et à titre d'union naturelle religieuse, qu'on ait cru devoir reculer jusqu'à l'âge normal de capacité civile le droit de le faire en pleine liberté. C'est la loi générale pour tous les actes juridiques, et le mariage peut bien être considéré comme ayant assez de gravité pour être soumis à cette loi commune. Mais pourquoi cette majorité spéciale de vingt-cinq ans pour le mariage seul — et dans le mariage pour les seuls garçons, — et pour eux-mêmes vis-à-vis de leurs ascendants seuls et non d'un conseil de famille ? Il y a eu là une anomalie qui ne s'explique pas très bien et qui jadis n'existait pas puisque, la majorité civile étant alors fixée à vingt-cinq ans, l'exigence du consentement familial s'imposait à tous, filles et garçons, jusqu'à cet âge. Je sais bien ce qu'on peut alléguer sur la différence des sexes, comme sur la confiance qu'on peut avoir dans les

ascendants plutôt qu'au conseil de famille. Il n'en reste pas moins vrai que cette loi a manqué de logique et a reposé un peu trop sur cette idée qu'il n'y a pas grand mal dans l'état de nos mœurs à ce que les jeunes hommes voient retarder leur mariage jusqu'à vingt-cinq ans.

Or, si cela pouvait paraître plausible pour les jeunes gens des classes aisées, n'est-il pas fréquent de voir des fils de paysans ou d'ouvriers songeant au mariage avant cette date de vingt-cinq ans, et gênés par les exigences du consentement familial? Aussi conclurai-je en fin de compte qu'il n'y avait pas lieu de dresser cette barrière légale du refus de consentement après vingt et un ans. Certes, les parents semblent avoir le plus souvent pour eux la raison et le bon sens pratique dans leur refus. Mais il faut tout voir. A trop contrarier l'inclination, la passion même des enfants, en les subordonnant ici à la prudence parfois aussi trop réfléchie ou trop calculatrice des pères, on s'expose à sacrifier ce qu'il y a de plus personnel et de plus intime dans l'exercice de la liberté humaine, le choix de son conjoint. Eh! ne risque-t-on pas de jeter les enfants dans deux extrémités également malheureuses, les moins scrupuleux dans le désordre, les plus honnêtes ou les plus sensibles dans le désespoir!

Le Code aurait pu éviter de déroger légalement aux règles générales de majorité, si l'on avait su reconnaître qu'après cette majorité, la loi positive n'a plus rien à faire et que les parents, pour prévenir ou pour résoudre ces graves conflits, ont plus à compter sur les longues années antérieures d'éducation morale préparant leurs enfants à une confiance respectueuse, que sur quelques mois ou quelques années de refus formel, basé sur la loi. En somme, et quoiqu'on s'en soit défendu, il était resté là quelques vestiges des anciennes idées de *potestas* et d'intérêt purement familial. Peut-être aurait-il mieux valu s'en tenir à quelque rétablissement d'une faculté plus large d'exhérédation, qui pourrait être considérée dans ce cas

comme l'arme vraiment familiale pour défendre l'intérêt de la famille. Ce qui restreindrait aussi, en fait, pour les classes aisées ce remède aux dangers des mariages mal assortis, qui pour elles surtout restent un vrai souci (1).

---

#### APPENDICE AUX 23<sup>e</sup> ET 24<sup>e</sup> COURS

---

Pour mieux faire saisir avec toute sa portée le système des revendications civiles aux deux derniers siècles, il me semble utile de donner en appendice la plus importante partie d'une lettre signée en 1712 par le Chancelier Pontchartrain et qui fut l'œuvre d'un puissant juriste. Il n'est rien d'aussi fortement tracé dans les traités de Gerbais et de Pothier, pour exposer les rapports des deux puissances, au sujet du mariage, et faire un assemblage logique des données distinctes du contrat civil et du sacrement. Il ressort bien aussi de cette lettre qu'en Franche-Comté, même après sa réunion de 1698, la tradition s'était d'abord maintenue de reconnaître la souveraineté de l'Église quant au lien, sous réserve des effets civils aux puissances séculières. Mais il en résulte en même temps que la jurisprudence générale du royaume était déjà tout ancrée pour le *pouvoir direct* et souverain du Roi et de ses Parlements quant au contrat civil, avec *pouvoir indirect* sur le sacrement. On y voit aussi comment le procédé déjà accrédité de prononcer le *mariage non valablement contracté* donnait au roi la décision principale, sans paraître un empiétement sur le terrain religieux.

(1) La loi du 21 juin 1907 est venue modifier fortement le Code en vue de rendre plus de liberté au mariage civil, soustrait à nombre d'exigences ou de formalités, surtout vis-à-vis de la famille.

**Lettre du Chancelier Pontchartrain au Premier Président  
du Parlement de Besançon (1).**

Je vais répondre amplement et le plus décisivement que je pourrai, suivant mes notions à toutes les questions proposées dans vos deux lettres, des 25 avril et 9 juin dernier, et dans les mémoires qui y étaient joints. Vous en ferez l'usage que vous jugerez le plus convenable par rapport au pays où vous êtes, aux conjectures présentes et à la délicatesse de la matière.

J'estime que l'Ordonnance de Blois, celle de 1639, et l'Édit du mois de mars 1697, ayant été enregistrés au Parlement pour y être exécutés comme dans le reste du royaume, il n'y a pas de différence à faire entre votre province et les autres en ce qui concerne les conditions et les formalités essentielles à la validité des mariages. Ainsi c'est dans ces Ordonnances que vous devez chercher les principes sur lesquels les causes de mariage doivent être décidées; et pour savoir comment l'usage a expliqué ces Ordonnances, il faut, pour vous instruire, consulter les arrêts rendus sur ces matières dans les autres Parlements du royaume, et surtout du Parlement de Paris : Et comme il y a sur cela deux sortes d'arrêts, les uns rendus en forme de règlement, les autres qui n'ont prononcé que sur des contestations particulières, vous devez regarder les premiers comme de véritables préjugés dignes d'être suivis dans le Parlement de Besançon, qui ne paraît pas avoir de jurisprudence sur ce sujet : A l'égard des derniers, comme ils sont presque toujours fondés sur des raisons particulières, que les compilateurs d'arrêts ont ou ignorées ou mal entendues, de tels préjugés ne doivent être reçus qu'avec beaucoup d'examen et de circonspection, pour ne pas s'exposer à tirer une conséquence générale d'un fait particulier.

Ce premier principe étant supposé, on en peut d'abord tirer cette conséquence, que la distinction expliquée dans votre mémoire, entre le pouvoir de prononcer sur le *lien du mariage* que vous prétendez être réservé au juge d'Église, et le droit de connaître des *effets civils* auxquels le Parlement semble se réduire, ne doit pas être admise indéfiniment dans un tribunal instruit des véritables maximes par lesquelles les limites des deux puissances doivent être fixées.

Comme le *mariage* est en même temps un contrat civil et un

(1) Cette lettre, du 3 septembre 1712, est rapportée tout entière au Code matrimonial, t. I, p. 192 et s.

sacrement, il est également soumis aux deux puissances, même par rapport à la *validité du lien*. Le contrat dépend absolument de la puissance séculière; le sacrement dépend uniquement de la puissance ecclésiastique : et comme il n'y a pas de mariage valable parmi nous, s'il n'est élevé à la dignité de sacrement, et que réciproquement il n'y a pas de sacrement où il n'y a pas de contrat et de consentement légitime, il est évident que l'Église et l'État exercent également leur autorité sur le mariage considéré en même temps comme contrat et comme sacrement.

Le pouvoir du prince est *direct* sur le contrat, et *indirect* sur l'administration du sacrement. *Direct sur le contrat*, parce que le prince seul peut en régler la nature et les conditions. *Indirect sur l'administration du sacrement*, parce que le contrat étant la matière du sacrement, si le contrat est nul, le sacrement n'a plus de matière à laquelle on puisse l'appliquer.

Le pouvoir de l'Église est, de sa nature, uniquement renfermé dans ce qui regarde le sacrement; mais les princes chrétiens, ne souffrant pas, comme j'ai dit, que leurs sujets catholiques contractent aucun mariage qui ne soit revêtu de la dignité du sacrement, il s'ensuit de là, que de même que la nullité du contrat empêche que le sacrement ne soit *conféré*, aussi le défaut des conditions prescrites par l'Église pour recevoir le sacrement, empêche que le contrat ne soit *accompli*; et c'est en ce seul sens que peut être tolérée l'opinion de ceux qui attribuent à l'Église un pouvoir indirect sur le contrat. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'observer ici que par le terme de *contrat*, je n'entends pas parler des conventions matrimoniales qui ne regardent que les biens, la dot, le douaire, la communauté, les donations à cause de noces, etc. J'entends ici, sous le nom de contrat, le consentement réciproque, la foi mutuelle des parties, en un mot, ce qui forme entre elles un lien et un engagement indissoluble.

Ce sont les principes reçus en France par ceux même qui ont écrit avec le plus de modération sur ces matières, et qui ont témoigné le plus de respect et de déférence pour la juridiction ecclésiastique. C'est sur ces principes qu'est fondée la doctrine constante de tous les Parlements du royaume, que le prince a *droit d'établir des empêchements de mariage, non seulement prohibitifs*, comme parlent les canonistes, *mais même dirimans*. Il ne faut pas croire que ces empêchements ne regardent que les effets civils du contrat; ils regardent l'essence et la substance du mariage; ils tombent sur la *validité du consentement* par lequel les deux parties s'engagent l'une à l'autre par un nœud que la mort seule peut rompre. Sans cela, il n'y aurait jamais eu de contestation entre

les *partisans aveugles* de la puissance ecclésiastique, et les défenseurs éclairés des droits des souverains, puisque aucun docteur, quelque prévenu qu'il fût en faveur de la juridiction ecclésiastique, n'a jamais osé nier que les effets civils du mariage ne fussent soumis à l'autorité du roi.

Si le prince a droit d'établir des empêchements *dirimans* par les lois générales qu'il fait dans son royaume, le magistrat doit avoir nécessairement l'autorité de juger de l'application et de l'effet de ces empêchements dirimans dans chaque espèce particulière, et par conséquent de déclarer un *mariage nul, même quant à l'essence du contrat*. Et comme la célébration est *abusive* lorsque le contrat qui lui sert de fondement est nul et illégitime, le magistrat a droit de prononcer deux sortes de jugements par rapport au mariage; le premier, par lequel exerçant le *pouvoir direct* qui appartient au prince sur le contrat, il déclare le mariage *non valablement contracté*; l'autre, par lequel exerçant ensuite le *pouvoir indirect* qui appartient au prince sur la célébration du mariage, il déclare qu'il a été *mal, nullement et abusivement* célébré, n'y ayant pas même de plus grand abus que d'appliquer l'apparence d'un sacrement à ce qui ne mérite pas même le nom de contrat et de supposer un mariage où il n'y a pas de *consentement valable et autorisé par la loi*. On peut dire même qu'en ce cas, il ne serait pas absolument nécessaire de recourir à la voie de l'appel comme d'abus, et qu'il suffirait de déclarer le mariage *non valablement contracté* parce que ce contrat étant une fois anéanti, ou plutôt déclaré nul, il est impossible que ce contrat ait jamais reçu la bénédiction du sacrement, qui, quoique le plus noble n'est cependant que l'accessoire et comme le couronnement du contrat. (1)

(1) On voit par cette *Lettre*, comme aux écrits des auteurs, de Launoy à Pothier, que cette grande discussion sur les droits de l'État demeurait surtout théorique ou ne visait guère qu'à justifier le contrôle des Parlements par les appels comme d'abus. C'est qu'en effet, il n'était pas encore parlé ni de séculariser le mariage, ni de supprimer quelque empêchement canonique ni d'introduire le divorce. Toutes questions qui allaient bientôt sortir de cette théorie du contrat civil, dégagé de sa connexion avec le sacrement.

## VINGT-CINQUIÈME COURS

ET

## VINGT-SIXIÈME COURS

### Le système canonique des empêchements.

#### CHAPITRE II

Pour finir en ce qui concernait la suite des rapports de l'Église et de l'État jusqu'en 1789, j'ai dû anticiper sur l'exposition des empêchements en commençant par le dernier venu et tout civil, celui qui allait mettre obstacle au mariage des mineurs de vingt-cinq ans non autorisés du consentement de leurs parents. Je voudrais maintenant passer en revue le système des empêchements que le Droit canon avait établi pendant le Moyen âge, consacré de nouveau solennellement au Concile de Trente, et qui fut accepté aussi par l'État français jusqu'à la Révolution. C'est d'ailleurs celui qu'a maintenu avec peu de modifications le nouveau Code canonique de 1918.

En l'exposant, mon but reste principalement de vous mettre mieux à même de comparer cet ancien droit avec celui qui lui a été substitué comme organisation séculière dans notre Code civil. Aussi ne puis-je songer à analyser, dans leur détail, parfois bien complexe, les règlements minutieux du Droit canon (1); encore moins à suivre à travers la masse des textes si abondants des diverses épo-

(1) Tels que ceux de l'affinité, par exemple.

ques la formation lente et pénible de plusieurs d'entre ces empêchements. A quoi bon, si ce n'est pour qui voudrait en faire des études de pure érudition, revenir sur une multitude de faits curieux ou de théories ingénieuses qui ont exercé les intelligences d'alors, mais qui ne sauraient plus absorber celles d'aujourd'hui! Ce que je voudrais surtout, c'est, prenant ce Droit canon tel qu'il apparaît formé vers la fin du Moyen âge, dégager les traits essentiels qui font le mieux ressortir la portée du système canonique; bref, présenter et enchaîner des observations générales sur l'histoire et l'esprit de ces empêchements, en m'appuyant sur les résultats obtenus par l'érudition.

Pour un exposé ainsi conçu, prenons tout d'abord l'idée même de cette donnée devenue traditionnelle d'*empêchement*. Le mot, comme la distinction des empêchements *dirimants* et *prohibitifs* ont bien été des créations du Droit canon. Vous n'avez rien trouvé de semblable dans le Droit romain, qui se bornait à préciser certaines conditions de validité des justes noces (conditions de fond, puisqu'il n'en existait pas quant à la forme), mais conditions au mépris desquelles tout mariage devait être réputé non venu et dénué d'effets, sans qu'il fut besoin d'annulation spéciale et directe : « *Quæ sit defuerint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur* » (1). Nous avons au contraire gardé cette notion et cette distinction des empêchements jusque dans notre Droit moderne, sans que le Code civil ait cru devoir employer ces qualifications d'*empêchement*, si habituelles jadis. Mais il a bien voulu appliquer le même système, comme on peut le suivre aux Travaux préparatoires; et la doctrine n'a jamais hésité sous le Code à se servir de ces termes, déviés seulement à certains égards de leur sens primitif.

L'*empêchement*, c'était jadis tout obstacle au mariage résultant d'une injonction de droit, contre laquelle le lien

(1) Inst. de Justinien, L. I, T. X (n° 12).

ne pouvait être *valablement* ou *licitement* contracté. *Non valablement* se disait pour les empêchements dirimants, *non licitement* pour les prohibitifs. En ce sens, tous commandements ou prohibitions concernant la conclusion des mariages, soit de fond ou de forme, soit positifs ou négatifs, rentraient dans la donnée générale d'empêchement. Qu'on se reporte soit à Gerbais, soit à d'Héricourt qui énumèrent jusqu'à dix-sept empêchements, et l'on verra qu'ils font tout rentrer, règles de fond ou de forme, dans les empêchements, jusques et y compris la solennité d'assistance du prêtre et l'exigence civile du consentement paternel.

On avait, avant le concile de Trente, enfermé et énuméré les quatorze empêchements alors connus en quatre vers, souvent rappelés, mais composés pour les besoins de leur facture suivant un ordre peu logique (1),

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,  
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,  
Dissensus et affinis, si forte coire nequibus :  
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant,

en y ajoutant ceux de création plus récente, que Sanchez avait traduits en deux vers additionnels faits après le concile de Trente :

Si parochi et duplicis desit presentia testis,  
Raptave sit mulier nec partu reddita tutæ.

Quant à l'origine fort ancienne de la donnée même d'*empêchement*, on n'en peut dire qu'une chose, c'est qu'elle remonte bien jusqu'au Moyen âge. Le terme pourtant n'est pas usité encore aux conciles, ni aux capitulaires des deux premières races, ni même au x<sup>e</sup> siècle dans *Reginon*. Mais on

(1) C'est lui que Gerbais a pourtant suivi dans son exposition pratique des empêchements.



le trouve avant le XIII<sup>e</sup> siècle, puisque l'expression même et une énumération des quatorze empêchements alors connus sont déjà dans la *Summa* de Bernard de Pavie au n<sup>o</sup> 3. Sans doute il sera venu à quelques canonistes l'idée, puis l'habitude de parler des conditions *quæ impediunt matrimonium*; d'où serait sortie l'expression traditionnelle d'*impedimentum*, *empêchement*. Pour mieux l'expliquer, il est à conjecturer que le Droit canon ayant toujours été imbu de cette idée que le mariage n'est en somme que l'union naturelle, disciplinée pour le bien de l'Église et de la société civile, toute règle destinée à limiter cette liberté naturelle, en vue du bon ordre, a pris le caractère et le nom d'*empêchement*. Et c'est bien encore la donnée qui ressort du nouveau Code (can. 1035). Toujours est-il que pour nul autre acte juridique, contrat, testament, voire même l'adoption, ne s'est rencontrée l'idée de qualifier d'*empêchement* les règles ou prohibitions qui leur font obstacle. C'est bien là dans notre droit moderne une donnée juridique spéciale à l'institution du mariage, et qui n'est pas pour étayer l'idée que le mariage rentrerait dans la catégorie générale des contrats (1).

Outre la notion même d'*empêchement*, un autre trait propre à l'institution canonique du mariage fut sa distinction fort ancienne des empêchements dirimants et prohibitifs. *Dirimant* : tout empêchement sanctionné spécialement par une nullité et faisant disparaître le sacrement et le lien. *Prohibitif* : tout empêchement provenu d'une réprobation temporaire ou perpétuelle, mais sans atteindre la validité. L'enfreindre n'était alors qu'un péché, et le mariage était dit contracté « illicitement », ou encore censurable (2).

(1) *Impedimentum* se disait aussi pour le sacrement de l'Ordre en Droit canon.

(2) Bernard de Pavie disait déjà à propos du vœu simple : « *Simplex utique votum matrimonium contrahendum impedit, sed contractum non*

Nous avons gardé aussi en doctrine et jurisprudence civiles, ces expressions, *dirimant* et *prohibitif*, mais il est visible que notre notion moderne des empêchements prohibitifs a dû dévier, puisque notre loi séculière n'a pu conserver cette conception toute religieuse d'une prohibition traduite en péché. Il a fallu leur appliquer quelque autre sanction civile ou criminelle (4). D'autre part, les prohibitions légales ont pu retrouver quelque sanction civile dans le refus ou l'ajournement de la célébration du mariage, comme moyen préventif. Or telle n'avait pu être la première conception canonique du Moyen âge, puisqu'il n'y avait pas alors de célébration obligatoire du mariage, qui pouvait rester consensuel. On s'exposait sans doute à quelque ajournement ou refus de la bénédiction nuptiale, si usitée sans être essentielle. Mais la sanction directe était plutôt quelque pénitence. Aussi l'idée était-elle seulement mariage censurable.

Ceci rappelé, on voit qu'il n'y a eu pour toute époque qu'une idée commune, quant à ce genre d'empêchement, celle de prohibition sans nullité, pour prévenir ou gêner la conclusion de mariages fâcheux et blâmables, sans pousser jusqu'à les anéantir. Ce qui toujours a procédé de cette idée qu'il était grave de briser les mariages conclus et consommés, chose plus grave encore jadis avec la donnée du sacrement.

Nous retrouverons chemin faisant l'indication de quelques-uns de ces empêchements prohibitifs du Droit canon, qui n'étaient pas non plus ceux d'aujourd'hui. Les trois plus remarquables étaient jadis : 1<sup>o</sup> le vœu simple ; 2<sup>o</sup> les fiançailles non régulièrement dissoutes ; 3<sup>o</sup> le *tempus vetitum* (2),

*dirimit* ». Pothier dira plus tard : « La personne en qui se rencontre cet empêchement commet un péché en se mariant, mais son mariage est valable » (n<sup>o</sup> 86). V. aussi le nouveau Code (can. 1036).

(1) Notamment quelque réprimande ou amende prononcée contre l'officier d'état civil.

(2) V. Pothier, n<sup>o</sup> 87 et 88.

qui ont existé, en Droit canonique jusqu'au Code nouveau, dont il faudra noter les remaniements.

Nous aurons seulement à constater comme observation capitale d'histoire, qu'en Droit canon, plusieurs des empêchements par lui introduits n'ont eu d'abord et longtemps que le caractère prohibitif, avant d'être proclamés dirimants, c'est-à-dire entachés de nullité formelle (1). Mais cela tient, avons-nous dit déjà, à ce que l'Église n'eut pas aux premiers siècles la plénitude des sanctions directes de nullité, dont elle disposera après le ix<sup>e</sup>. Là, où elle ordonnait à des conjoints, mariés contre la *lex divina*, de se séparer sous peine d'excommunication, on doit bien reconnaître que l'empêchement avait pour elle caractère et portée d'empêchement dirimant, visant à faire rompre ou dissoudre le mariage coupable.

Ceci dit, attachons-nous principalement aux empêchements *dirimants*, mais non pour en faire la revue complète et détaillée, à titre d'étude canonique. On peut les suivre, soit au point de vue de l'histoire dans les ouvrages que j'ai indiqués, soit au point de vue du Droit ecclésiastique actuel dans les traités doctrinaux et pratiques du Droit canon qui est encore en vigueur, comme ceux de Gasparri et de de Smet. Notre but doit être de montrer en quel sens s'est exercée l'action de l'Église devenue souveraine et appliquant ses conceptions chrétiennes dans sa législation propre et nouvelle des empêchements, autrement dit, de viser à dégager ce qu'elle a voulu faire au seuil même du mariage pour en régler la liberté et la discipline.

Les choses ainsi comprises, je verrai surtout à considérer les points suivants : 1<sup>o</sup> les prohibitions antiques supprimées par l'Église en faveur de la liberté des mariages et qui ne comptent plus dans ses empêchements ; 2<sup>o</sup> les empê-

(1) V. dans Esmein, t. I, p. 205 et s., l'indication de quelques empêchements qu'il y eut tendance à sanctionner comme dirimants, mais qui ne purent rester que prohibitifs.

chements tout nouveaux par elle introduits ; 3<sup>o</sup> les empêchements par elle conservés et développés comme traditionnels, tels ceux de parenté et d'alliance, mais réglés à nouveau dans un système où s'est marquée fortement l'empreinte du Droit canon. Il conviendra toutefois de mettre à part et en dernier lieu les empêchements moins justement qualifiés tels, qui ont procédé de la donnée de mieux en mieux affermie que le mariage implique un consentement libre et publiquement échangé comme éléments positifs de sa formation, à quoi les empêchements proprement dits viennent mettre obstacle.

J'insiste tout d'abord sur cette dernière idée, parce qu'elle appelle une observation capitale qui doit être faite de nos jours au début de tout exposé historique ou pratique des empêchements. Tandis qu'à la fin du Moyen âge on s'était habitué à classer et à enseigner, sous la même dénomination générale d'empêchements, toutes les conditions d'invalidité du mariage en y rangeant jusqu'aux vices du consentement, ou même, depuis le Concile de Trente, le défaut d'assistance du prêtre, une analyse meilleure a conduit les Canonistes modernes à distinguer, entre ces éléments multiples, ceux qui ont trait au consentement même des époux et à la forme solennelle dans laquelle il doit s'exprimer, considérés ainsi comme éléments positifs de la conclusion du mariage, et qui doivent être théoriquement séparés de l'ensemble des obstacles que ne saurait enfreindre ce consentement publiquement échangé. A ces obstacles ou prohibitions est réservé le nom comme le caractère d'empêchements : tels l'inaptitude physique, le lien antérieur, la parenté, etc. Cette distinction judicieuse se rencontrait déjà, quoique imparfaitement, dans le *Traité du mariage* de Pothier. Elle est nettement professée dans l'enseignement canonique moderne ainsi qu'on peut le voir au traité de Gasparri ; et la voilà maintenant consacrée dans le nouveau Code canonique, qui traite : des Empêchements proprement dits dans les chap. 2 à 4, — du consentement

matrimonial au chap. 5, — de la forme de célébration au chap. 6. — C'est cet ordre meilleur définitivement acquis que nous devons suivre ici dans notre exposé tout en conservant quelques traits de l'ancien langage, puisque nous avons surtout à considérer le système canonique et civil tel qu'il se présentait dans l'ancienne France.

Inutile, d'ailleurs à notre dessein, d'insister sur les divisions multiples, faites en Droit canon comme en Droit civil, dans l'ensemble des empêchements dirimants. Il suffira de rappeler, d'après Pothier et tant d'autres, la distinction des empêchements dits *absolus* ou *relatifs*, suivant qu'ils rendent impossible de se marier avec toute personne ou seulement avec quelque personne déterminée. Mentionnons aussi d'un seul mot la distinction faite par le Droit canon entre les empêchements *publics* ou *occultes* (1), distinction à laquelle il attache certains intérêts pratiques. Deux distinctions seules doivent nous arrêter à raison de leur importance pratique et historique. L'une, celle dont nous avons déjà parlé et qui est capitale en Droit canon comme en Droit civil, sépare les dirimants et les prohibitifs quant à leur portée sur la valeur des mariages (2). Une autre, fort importante aussi à signaler dans le système canonique, c'est la distinction faite entre les empêchements dits de Droit naturel et divin, par opposition aux empêchements de Droit ecclésiastique; les premiers, considérés comme des prohibitions remontant aux plus lointaines origines et tracées dans le plan naturel et divin du mariage : tels l'empêchement d'impuberté et d'impuissance, l'empêchement de bigamie, celui de la parenté en ligne directe, etc.; les autres, qui semblent n'avoir été établis qu'après coup par décision spéciale de l'Église pour l'organisation de la société religieuse : tels les empêchements de Vœu ou d'Ordre, telle

(1) Can. 1037; comme aussi entre les empêchements *majoris* ou *minoris gradus*, Can. 1042.

(2) Cod. Can. — Can. 1036.

aussi la grande extension donnée à l'empêchement de parenté et d'affinité. Cette distinction rappelée au *Code canonique* (1) n'est pas seulement fort digne d'attention en histoire. Elle a notamment pour intérêt pratique, en Droit canon, que dispense peut être donnée des empêchements de Droit ecclésiastique, mais non des empêchements de Droit naturel et divin.

## I

Parlons d'abord de ce qui est le plus simple, mais non le moins important en histoire, de tous les obstacles rencontrés dans l'antiquité et supprimés par l'Église, pour élargir singulièrement l'accès du mariage.

Déjà j'en ai signalé un qui tenait grande place dans la famille romaine : 1° l'impossibilité de se marier en justes noces contre le gré du *pater familias*. Nous avons vu comment le Droit canon l'avait rayé de ses cadres, au point qu'il a paru nécessaire au pouvoir civil de réagir aux derniers siècles. C'était déjà un singulier élargissement de la liberté des mariages. Le résultat semblait si bien acquis au Moyen âge que les canonistes ne parlaient même plus d'une exigence de consentement familial, pour la discuter et l'écarter (2).

2° Il y eut bien d'autres obstacles tenant jadis à l'étroite organisation de la cité, dont le christianisme et son Église ont eu raison.

Rome, même entre *cives romani*, avait toujours connu des refus de *connubium* fondés sur des différences de classe ou de condition. Longtemps et jusqu'à la loi *Canuleia*, le Droit romain avait repoussé les *justæ nuptiæ* entre patri-

(1) V. Can. 1014, 1038 et 1040.

(2) Bernard de Pavie, comme P. Lombard n'en disaient plus rien dès le XII<sup>e</sup> siècle. V. plus haut, pp. 131 et s., ce qui concerne cet historique autour du concile de Trente. — Le nouveau Code a maintenu cette doctrine traditionnelle de l'Église en donnant au prêtre mission de recommander aux futurs de prendre l'avis de leurs parents. Can. 1034.

ciens et plébéiens, puis entre ingénus et affranchis, enfin, tout au moins à partir d'Auguste, entre ingénus de condition sénatoriale et les affranchies ou certaines catégories de déclassées. Là même avait été l'une des raisons du *concubinatus*, toléré par Auguste pour échapper aux peines du *stuprum* (1). Dans certaines lois germaniques, on trouverait de même des mesures ou peines rigoureuses contre des unions entre gens de classes différentes, ou même des traditions tendant à en faire des unions inférieures. L'Église a peu à peu levé tout ce qui subsistait de ces barrières et s'est toujours refusée dans son Droit canon à en établir de semblables. Même à l'époque féodale, et si profonde que pourra être alors la différence entre nobles et vilains « entre hauts et bas hommes », nul empêchement de mariage ne sera admis dans ses lois pour consacrer la répugnance ou les préjugés qui pouvaient s'élever dans les mœurs. Entre chevaliers et serfs, un vrai mariage était possible et Beaumanoir l'a supposé plus d'une fois (2).

3° Rome aussi n'avait pas admis à ses *justiæ nuptiæ* les pérégrins entre eux, ou les pérégrins avec citoyens romains, à moins de concession spéciale du *connubium* (3). Si cet obstacle finit par disparaître avec la concession générale du droit de cité dans tout l'Empire, il resta toujours refus de *connubium* avec les barbares placés en dehors de *l'orbis romanus*. Ici encore, en Droit canon, plus de restriction semblable, du moins entre tous les peuples chrétiens. En quelque lieu de la terre qu'eût été reçu le baptême, c'était, entre fidèles, sacrement de mariage et dès lors nul obstacle à raison des nationalités.

4° Rome surtout n'avait pas voulu admettre l'idée d'un véritable mariage pour la multitude de ses esclaves, pas

(1) V. Introduction générale, p. 112 et s.

(2) Ex., ch. 45, n° 29.

(3) Il ne pouvait exister entre eux qu'un *matrimonium ex jure gentium*, d'où ne résultait pour les enfants ni *patria potestas*, ni qualité d'*heredes sui*.

même entre ceux d'un même maître. Quoiqu'on trouve parfois dans les textes le mot *uxor*, se rapportant à quelque *ancilla* vivant en union durable avec l'esclave d'un même ou d'un autre *dominus*, il est certain qu'il n'y avait là en droit ni *justæ nuptiæ*, ni même un *matrimonium ex jure gentium*, de même qu'il n'en sortait ni *heredes sui*, ni *liberi legitimi*. Le *contubernium*, seul possible pour ces couples dédaignés d'esclaves, n'apparaît que comme union de fait, protégée sans doute par les mœurs et surtout par l'humanité ou l'intérêt bien entendu de certains maîtres, mais qui, en droit ne saurait être distinguée d'une liaison toute précaire imposée ou brisée à la volonté du *dominus*. Le maître pouvait à son gré, par vente ou d'autre manière, séparer les père et mère comme les enfants. Les Antonins, qui ont commencé de protester contre l'excès des meurtres et des mauvais traitements, n'ont rien édicté pour relever en droit, par une même pensée de dignité humaine, les accouplements d'esclaves. Pour eux donc, aucune constitution civile d'une famille légitime n'était possible. On ne trouve à relever en Droit romain qu'un seul effet de la *cognatio servilis*, après l'affranchissement, en vue de prévenir ou de condamner des *nuptiæ* incestueuses entre ceux qui avaient pu être unis par le sang durant l'esclavage. Il n'apparaît rien d'autre. Ainsi l'avait impliqué, comme un de ses corollaires, l'odieuse construction juridique de l'esclavage, conçu en vrai *dominium* sur un autre homme possédé à l'instar des choses ou des animaux, comme instrument de service et d'acquisition.

Tel fut le droit antique. On ne voit pas que le droit séculier du Bas-Empire jusqu'à Justinien ait modifié ce droit de l'époque païenne. L'Église elle-même semble avoir dû reconnaître cette tradition romaine au sujet du mariage, puisque tel père de l'Église, comme saint Basile, tel pape comme saint Léon, ont déclaré qu'il ne peut y avoir de *legitimum conjugium* qu'entre personnes

libres (1). Et pourtant dès le premiers temps de l'Église, les esclaves avaient pu compter parmi les chrétiens. Mais l'Église n'avait pu surmonter encore ni les lois ni les préjugés antiques. *Nuptiarum autem foedera inter ingenuos sunt legitima et inter æquales*, telle avait été sa première affirmation et qui servira plus tard à maintenir le droit à nullité du mariage au cas d'erreur sur la condition d'un conjoint, qu'on a cru libre et qui viendrait à être reconnu esclave ou serf.

Chez les *Germaines*, nous ne saurions rencontrer sur cette question du mariage des esclaves quelque donnée précise de coutume juridique. Il semble seulement résulter du témoignage de Tacite (n° 25), que leurs mœurs inclinaient à l'idée d'union plus stable entre leurs esclaves, quand il nous les représente fixés avec de lourdes charges sur les terres qu'ils cultivaient, sans être assujettis aux fantaisies de la domesticité personnelle. Pourtant, c'était bien aussi l'esclavage, avec droit de faire commerce de son esclave. Rien ne prouve qu'au temps des invasions, l'union des esclaves de Germanie ne pût être brisée à la seule volonté du maître séparant les deux conjoints d'une même tenure servile. Sûrement, il n'y avait nulle idée d'un vrai mariage permis entre libres et esclaves, qui nous apparaît bien plutôt prohibé et puni jusque dans les Capitulaires du ix<sup>e</sup> siècle (2). Il fallut qu'après les invasions et dans la confusion qui s'en suivit, l'Église prit parti nettement pour l'union légitime et indissoluble des esclaves, en la

(1) C'était l'empêchement dit alors *Conditionis*; tradition canonique encore rappelée dans l'Édit de Pistes en 864. — V. Boretius, 273, n° 31 *in fine*.

(2) La *Lex Salica*, dans son texte ancien qui fut maintenu, décidait que l'homme ou la femme ingénu qui se marierait avec l'esclave d'autrui tomberait en servitude du même maître. N'était-ce pas, *a fortiori*, prononcer contre le mariage même? Or cette décision conservée dans la *Lex Emendata* fut rappelée dans un capitulaire de 819 (Boretius, C. 142, n° 3), avec aggravation. Elle se retrouve encore dans un capitulaire de 823 (Boretius, C. 159, n° 1).

protégeant par ses moyens propres comme lien sacré ou sacrement. Encore n'aboutit-elle que progressivement, comme on le peut suivre dans les textes. L'Église fit d'abord admettre de bonne heure, dès le vi<sup>e</sup> siècle, que l'union formée entre deux esclaves avec le gré des maîtres, c'est-à-dire de leur maître commun ou même de deux maîtres différents, serait consacrée et respectée comme vrai mariage. Mais le consentement des maîtres était une condition indispensable (1); et pour le cas où des esclaves, ne l'ayant pas demandé ou obtenu, auraient cru pouvoir s'y soustraire en se réfugiant dans quelque enceinte d'Église, le concile d'Orléans de 541 (n° 24) avait déjà décidé qu'ils devraient être rendus à leur maître sans mariage valable, tant que le maître n'aurait pas pardonné et consenti (2). Il en fut ainsi pendant toute l'époque mérovingienne.

Après le viii<sup>e</sup> siècle et quand l'Église devint l'unique souveraine du lien de mariage, elle poussa plus loin et décida nettement que l'union contractée par des esclaves, même à l'insu et contre la volonté de leur maître, devrait être considérée comme mariage valable et respectée, sans que les maîtres puissent obtenir de la faire annuler par le tribunal ecclésiastique, mais sous la restriction des charges conservées au profit du maître: « *debita et consueta servitia haud minus dominis exhibenda* ». Telle fut la décision affirmée au xii<sup>e</sup> siècle dans une décrétale du pape Adrien IV (3), rapportée au L. IV, *Decr.*, t. IX, Constit. I, au titre *De conjugio servorum* (4).

(1) On suit encore cette exigence du consentement des maîtres, nettement formulée dans les textes suivants (Boretius, C. 105, n° 12 et C. 177, n° 21), où il est dit: *Ubi vero mancipia non unius sed diversæ potestatis juncta fuerint, nisi convenientibus utrisque dominis, hujusmodi copulatio rata non erit.*

(2) *Quæcumque mancipia sub specie conjugii ad ecclesiæ septa confugerunt ut per hoc credant posse fieri conjugium, minime eis licentia tribuatur.* V. aussi dans Grégoire de Tours, L. 5, n° 3.

(3) Il n'y avait encore rien de pareil dans Gratien.

(4) V. dans Bernard de Pavie: *Summa*, n° 6, un résumé très net de

Désormais le mariage des hommes de condition servile était pleinement reconnu, ainsi que pour eux la constitution d'une famille légitime, sauves les sujétions du servage et notamment la lourde sujétion du formariage; quand ils se mariaient dans une autre seigneurie ou avec une personne libre et qu'il en pouvait résulter préjudice pour leur seigneur au sujet de la progéniture. Mais c'est qu'aussi dans cet intervalle, l'esclavage proprement dit (la servitude antique) était tombé en désuétude pour faire place au servage, qui n'était pour la plupart des serfs qu'un esclavage adouci. Or, il est certain que l'esclavage tout juridique des Romains paraît d'abord avoir été entamé en droit par la reconnaissance du mariage et, par suite, d'une famille légitime chez l'ancien esclave. Une fois ce premier élément de personnalité juridique admis et consacré, la coutume s'achemina plus sûrement vers le servage substitué à l'esclavage antique. Servage bien dur encore, mais qui impliquait du moins que le serf était une personne dans la société féodale, comme il l'était déjà dans la société chrétienne, ayant au bas de l'échelle certains droits réduits de liberté et de patrimoine, en plus de son mariage et de sa famille reconnus. Et comme ce fut surtout par adoucissement progressif de l'esclavage, c'est le même mot *servus*, serf, qui subsista en changeant de sens et de rigueur.

On le voit, rien qu'en rappelant ici brièvement tout cet ensemble de faits, que d'obstacles supprimés, quelle latitude plus grande assurée dans tout ce Moyen âge au mariage chrétien si largement conçu, quel accomplissement, après des siècles sans doute, mais quelle réalisation éclatante des paroles de saint Paul, rappelées au *Corpus juris canonici*, précisément en matière de mariage, et qui

cet état du Droit canon dans le XII<sup>e</sup> siècle, avec mention du changement survenu : *Novo jure sufficit consensus principalium personarum, etiam si dominis contradicentibus fiat.*

sont bien de celles qui ont le plus retenti dans le monde ! *Non est Judæus nec Græcus, non et servus nec liber, omnes vos unum estis in Christo Jesu.* Ou, comme il le redira aux maîtres eux-mêmes : *Scientes quia et illorum et vester Dominus est in cælis et personarum acceptio non est apud eum* (1).

## II

L'Église par contre n'a-t-elle pas introduit sous le nom d'empêchements, des prohibitions jusqu'alors ignorées; soit pour diversité de religion (*disparitas cultus*) soit pour vœux solennels et prêtrise (*votum et ordo*) substituant ainsi les préoccupations et les répulsions de la société religieuse aux différences de cité et de condition, qui avaient pu être surtout envisagées dans les sociétés antiques. Ainsi arrivons-nous à passer en revue les empêchements de formation nouvelle (2) ou canonique.

I. — Et d'abord la *disparitas cultus*, c'est-à-dire l'empêchement au mariage d'un chrétien avec un infidèle.

La règle s'est établie en Droit canon que le mariage ne saurait être valablement conclu entre chrétiens et infidèles ou autrement dit entre baptisés et non baptisés. Cette règle, on la trouve formulée déjà en termes généraux chez les canonistes du XII<sup>e</sup> siècle, tel Bernard de Pavie, *Summa* (L. IV, t. I, n<sup>o</sup> 10) sous le nom de *dispar cultus*. Cet empêchement toujours conservé en Droit canon est à nouveau formulé au canon 1070 du nouveau Code, comme restreint seulement au mariage du chrétien avec l'infidèle. C'est bien un empêchement dirimant que ce Code

(1) Ép. aux Galates, chap. III, n<sup>o</sup> 28 rappelé dans Gratien, C. 29, C. 2, n<sup>os</sup> 1, 5 et 8. Il se voit bien à travers le *Decretum Gratiani*, comme aussi dans les Décrétales au titre de *Conjugio servorum*, que toutes ces décisions favorables au mariage de serfs ont été fondées d'abord sur les Livres Saints; à quoi s'est ajoutée la donnée que les Sacrements doivent être accessibles à tous, donc aussi le mariage érigé en Sacrement.

(2) V. Esmein, T. I, p. 216 à 232.

a tempéré seulement de quelques réserves favorables, au cas de doute sur les conditions du baptême antérieur.

Quand et comment a été établi cet empêchement? Sur quelles raisons a-t-il été fondé? Jusqu'où s'est-il étendu? Voilà ce qu'il nous faut examiner rapidement.

Aucune prohibition formelle ne se rencontrait, ni dans les Évangiles, ni dans saint Paul. L'Apôtre a bien recommandé aux fidèles d'éviter ou de fuir tout commerce avec les non fidèles. Il pouvait s'en induire le conseil de ne pas s'unir avec eux par mariage. Mais aucune défense n'est formulée et encore moins une nullité. Comment d'ailleurs eût-il été possible au début de l'ère chrétienne de proscrire toute union entre la masse des païens et les chrétiens d'abord si peu nombreux? N'est-ce pas par propagande de l'époux chrétien que se préparaient et se réalisaient alors bien des conversions. Même aux premiers siècles, les docteurs et les pères de l'Église n'ont point formulé de prohibition (1). Mais à mesure que croissait le nombre des chrétiens dans l'Empire, devaient grandir aussi les sentiments de répulsion et d'appréhension suscités par de telles unions de chrétiens, soit avec les païens et plus encore avec les Juifs. On en suit la trace à travers nombre de conciles, à commencer par celui d'Elvire (2). Les Empereurs chrétiens, s'inspirant de ce souci religieux, devaient prohiber et même annuler tout d'abord le mariage avec les Juifs (3). Là semble avoir été le point de départ de l'empêchement dirimant pour différence de culte, qui a commencé ainsi dans les lois impériales.

La pensée se poursuit en nos régions d'Occident comme on le voit au concile d'Orléans de 533 (can. 9). Ce n'est plus seulement les juifs qu'il vise mais les païens, c'est-à-dire les barbares germains non encore convertis et plus

(1) Saint Augustin le reconnaît expressément.

(2) Can. 15 à 17.

(3) Pothier, n° 248.

tard les Sarrasins ou les Musulmans. Sans qu'il y ait eu à cet égard de nouvelles décisions générales, formulées par les Empereurs ou par les Papes, l'opinion prévalut dans l'Église qu'il y avait bien contre de tels mariages empêchement dirimant. C'est donc la coutume qui développa cette prohibition, établie dans toute son étendue au XII<sup>e</sup> siècle, comme on la voit au décret de Gratien et dans les premiers canonistes. Il faut ainsi la compter comme un empêchement dirimant, sorti de coutume chrétienne et de pur droit ecclésiastique.

Comment l'expliqua-t-on? Par deux raisons principales: l'une de morale religieuse, l'autre de théologie. La raison qui fut tout d'abord donnée, la seule même développée par saint Thomas d'Aquin, a été la crainte de perversion de foi dans l'âme du chrétien épousant l'infidèle. En contractant une telle union, ne risquait-il pas de compromettre son salut et celui des enfants par quelque mauvaise influence de son conjoint (1)? Au point de vue théologique, lorsque le mariage fut définitivement rangé parmi les Sacrements, il y eut à ajouter que le Sacrement de mariage, supposant d'abord celui du baptême chez les deux conjoints, ne saurait être valable, même pour l'unique conjoint de foi chrétienne, faute de pouvoir être le mariage Sacrement (2).

Jusqu'où l'empêchement s'est-il étendu? Il est resté de principe que le mariage n'est annulé pour diversité de culte qu'entre chrétiens et non baptisés. Mais au Moyen âge, la grande appréhension et l'animosité vis-à-vis des hérétiques, souvent condamnés jusqu'à la peine du feu, devaient réagir aussi sur le mariage. Les Canonistes du XII<sup>e</sup> siècle comme Bernard de Pavie, enseignaient que le mariage était nul s'il était conclu avec un hérétique déjà jugé et condamné comme tel (3). Ici toutefois ne se rencon-

(1) C'est la raison que de nos jours Gasparri présente encore en première ligne.

(2) Can. 1070.

(3) V. B. P. *Summa*, n° 4, *in fine*.

trait pas l'objection théologique fondée sur le défaut de baptême, l'hérétique ayant été baptisé comme chrétien; mais il subsistait, non moins grave et plus important encore, le souci d'une perversion de foi pour l'époux catholique. C'est la raison sur laquelle on fondait surtout la nullité et qu'invoquera à nouveau Louis XIV lorsqu'il rétablira comme loi de l'État l'empêchement du mariage de catholique à protestant<sup>(1)</sup>. Mais l'Église s'était déjà départie de cette rigueur du Moyen âge et sans doute à l'époque de la Réforme, qui devait tant multiplier les hérétiques à travers toute l'Europe. Dès le xv<sup>e</sup> siècle, on s'était arrêté à l'idée que le mariage, quand il avait pu être conclu entre catholique et protestant ou schismatique, subsistait valable comme mariage Sacrement. Il n'est resté en Droit canon contre de telles unions, qu'un empêchement prohibitif, que le prêtre peut sanctionner d'ailleurs préventivement en refusant de se prêter ou d'assister à l'échange des consentements, mais qui ne saurait l'annuler si ce consentement a été donné en forme régulière. C'est l'empêchement dit *mixtæ religionis*, pour le bien distinguer du *dispar cultus*.

L'Église a reconnu de plus qu'elle pouvait dispenser de cette prohibition; droit de dispense, qui appartient au Pape comme pour toutes dispenses graves dont nous aurons maintes fois à parler. De nos jours cet empêchement prohibitif a bien été classé comme tel aux Can. 1060-1064 du nouveau Code, où l'on peut suivre l'ensemble des précautions minutieuses dictées comme conditions de la dispense de l'empêchement.

Chose plus remarquable encore, il a été admis de nos jours que l'empêchement dirimant de mariage entre catholique et infidèle peut être levé aussi par dispense pontificale, mais bien entendu, avec mêmes précautions que pour le mariage mixte (V. Can. 1071). C'est un exemple remar-

(1) V. Pothier, n° 251.

quable de l'art tout politique avec lequel l'Église a su se plier aux circonstances. Les canonistes d'ailleurs expliquent cette dispense comme souvent nécessaire dans les pays d'Afrique ou d'Extrême-Orient, où le nombre des chrétiens convertis est encore fort restreint, si bien qu'ils ne peuvent guère se marier qu'avec des infidèles : situation analogue à celle des premiers chrétiens dans l'Empire romain.

Nous n'avons pas à traiter ici du mariage entre deux infidèles, c'est-à-dire entre non chrétiens, sur lequel nous aurons à revenir plus tard. L'Église, encore qu'elle déclare que tout mariage implique en lui-même caractère religieux, ne prétend pas régir le mariage des infidèles, qu'elle se borne à tenir pour régulier, *legitimum*, s'il a été contracté conformément aux lois de chaque Etat. La question ne se pose en Droit canon que si l'un des conjoints vient à se convertir et pour savoir s'il en peut ou doit résulter rupture de l'union, mais c'est alors une donnée nouvelle à examiner au sujet de la dissolution des mariages. Quant à l'hypothèse de deux époux infidèles venant à se convertir en même temps, l'Église admet que le mariage se confirme aussitôt comme Sacrement et devient alors indissoluble.

II. — Voici maintenant d'autres empêchements nouveaux et fort importants créés par l'Église dans une visée toute religieuse : pour les *religieux*, l'empêchement des *vœux solennels*, en vue de faire respecter parmi leurs vœux celui de chasteté; pour les *prêtres*, celui des *ordres sacrés* à raison des exigences de la fonction sacerdotale : empêchements tout inconnus de Rome païenne qui n'en avait pas même l'idée, et méconnus du droit moderne séculier, qui veut les ignorer pour son mariage civil.

Ces deux empêchements remontent aux origines de l'Église, mais sans avoir été de prime abord consacrés comme dirimants avec toute leur portée, c'est-à-dire comme entraînant nullité du mariage avec injonction de se



séparer. Il n'y eut longtemps que des peines spirituelles de plus en plus graves, comme on le suit aux textes si nombreux rapportés par les auteurs anciens ou modernes (1). De ces textes, il résulte sans doute que l'Église a montré dès les premiers temps sa tendance à reconnaître et favoriser les vœux de chasteté, comme à désirer et recommander le célibat de ses prêtres. A mesure qu'elle progressait, elle ne manqua pas de réprover plus fortement les mariages contractés au mépris de ses recommandations. Mais elle n'en fit longtemps que des empêchements prohibitifs, au sens le plus grave du mot, c'est-à-dire impliquant des peines spirituelles de pénitence et d'excommunication, comme aussi la déposition des prêtres jugés indignes du sacerdoce. D'ailleurs ces prohibitions semblent avoir été assez communément respectées jusqu'aux grands désordres du x<sup>e</sup> siècle qui appelèrent dans le xi<sup>e</sup> la main plus ferme du pape réformateur, Grégoire VII.

Les deux empêchements ne furent définitivement et généralement consacrés comme *dirimants*, qu'au premier concile de Latran en 1123 et rappelés au deuxième, celui de 1139. Développés alors au livre de Gratien, puis aux décrétales de Grégoire IX, ils furent de nouveau solennellement rappelés au Canon 9, du Concile de Trente qui a pris soin de bien énoncer les deux empêchements comme distincts : *Si quis dixerit clericos in sacris ordinibus constitutos vel regulares castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse, non obstante lege ecclesiastica vel voto... anathemà sit.* Telle a été la loi d'Église acceptée jadis aussi par l'État français jusqu'à la Révolution, avec la nullité pour sanction, prononcée par les officialités et confirmée au besoin par les Parlements.

D'où était venue l'idée de ces empêchements ? Comment

(1) V. Pothier, nos 108 et s.

expliquer leur origine et leur raison d'être en histoire et en Droit canon ? Ils sont venus sans nul doute du fond même de la doctrine chrétienne, qui a considéré le célibat, et bien entendu le célibat de chasteté, comme un état supérieur ou de perfection plus grande. Or cette direction a procédé comme presque tout le fond de la doctrine en matière de mariage, des conseils de saint Paul, tracés dans sa première Épître aux Corinthiens. Répondant à la question même, que lui posaient ses fidèles de Corinthe, sur le célibat comparé au mariage, saint Paul au milieu de nombreuses recommandations avait dit : « Mieux vaut le célibat. Qui n'est pas marié n'a d'autre souci que les intérêts du Seigneur, tandis que les gens mariés, occupés des choses de ce monde et des devoirs mêmes de l'union conjugale, sont partagés. » Mais, ajoutait l'apôtre : « Pour qui n'a pas cette vocation de chasteté, qu'il se marie. Mieux vaut le mariage que le désordre » (1).

Toute la doctrine de l'Église a procédé de là, et des raisons profondes quoique extraordinaires, tracées dans ces quelques paroles de l'apôtre. Elle y est demeurée si bien fidèle qu'au xvi<sup>e</sup> siècle, après les attaques ardentes de la Réforme et l'argumentation de Luther invoquant les instincts ou la loi de nature, le concile de Trente formula nettement dans un de ses canons dogmatiques sur le mariage (le canon X) : *melius ac beatius manere in virginitate et celibatu quam jungi matrimonio.*

Voilà le point de départ. Une direction morale, toute de conseil, car saint Paul avait eu soin de déclarer qu'il ne parlait ainsi que par conseil et non par précepte (2). Il faut suivre maintenant, comment de là on s'est acheminé

(1) *Dico autem non nuptis et viduis : bonum est illis si sic permament sicut et ego. Quod si non se continent, nubant. Melius est nubere quam uri.*

(2) V. même Épître, nos 6 et 10.

en Droit canon à ces deux empêchements distincts, et jusqu'à les rendre dirimants.

Prenons d'abord celui des *vœux solennels*. Suivant les conseils de saint Paul et sans doute aussi par réaction de dégoût contre les désordres païens, les vœux de chasteté et de continence se rencontrèrent bientôt dans la société chrétienne, pour s'y multiplier extraordinairement. On les voit connus entre chrétiens dès les premiers siècles, bien avant la formation des ordres monastiques, mais alors comme vœux individuels. Tertullien, au temps de Papinien et de Septime Sévère, les mentionne déjà. Ils sont cités au concile d'Elvire, nos 13 et 14. Il y eut même tant d'exagération dès les premiers siècles que le concile de Gangres au IV<sup>e</sup> siècle (350) dut frapper d'anathème ceux qui enseignaient « qu'il n'y a plus de part dans la grâce du royaume céleste pour celui qui vit dans le mariage ».

Sans aller jusqu'à une telle aversion contre le mariage, l'exhortation donnée aux vœux de chasteté persista. Les pères de l'Église de la fin du IV<sup>e</sup> siècle les encouragent et en commencent la doctrine (1). Il suffit de rappeler à ce sujet l'exemple et les lettres de saint Jérôme, qui témoignent d'un mouvement extraordinaire dans le sens de ces vœux. Les conciles s'en occupent et aussi les Empereurs, dont les Codes vont viser déjà à faire respecter les vœux des *sanctimoniales* et des veuves ou des vierges *Deo sacratæ* (2).

En Gaule, l'exaltation chrétienne se poursuivait à ce point que le IV<sup>e</sup> siècle avait vu cette histoire singulière et touchante, racontée deux siècles après par Grégoire de Tours, de deux époux appartenant aux plus hautes familles d'Auvergne et qui le soir même de leur mariage, sur les supplications de la jeune femme, s'engagèrent au vœu

(1) V. saint Ambroise et aussi saint Augustin, *Traité de la Virginité*.

(2) C. Th. L. 29, T. 25, L. 2 qui punit de mort ceux qui épousent *volentes vel invitatas virgines vel viduas sacratas* et privent de plus les enfants d'hérédité. On voit déjà la tendance à nullité de tels mariages.

perpétuel de continence (1). La correspondance de saint Augustin nous en montre plus d'un exemple au V<sup>e</sup> siècle, notamment dans sa lettre à Ecdicia. C'était jusqu'alors des vœux de chasteté et de continence se conciliant avec la vie dans le monde, puisqu'il n'y avait pas encore d'ordres monastiques en Occident.

Avec ces tendances antérieures, remontant aux premiers siècles chrétiens, on n'a pas de peine à s'expliquer que les vœux de chasteté furent compris parmi les vœux traditionnels acceptés dans le statut des ordres religieux d'Occident, quoiqu'il reste douteux qu'ils eussent été déjà nettement formulés dans la règle primitive de saint Benoît. Quand ces ordres ou communautés se furent développés, après le VI<sup>e</sup> siècle, sous la double action du sentiment chrétien et des misères ou des besoins de cette époque (besoins de sécurité, de charité, d'éducation ou même alors de défrichement des terres), la question des vœux de chasteté devait se poser surtout dans la vie monastique, où elle se compliquait aussi de toutes les exigences de la vie en commun, incompatible avec le mariage des cénobites. Pour se faire moine ou religieuse, il avait fallu commencer par renoncer au mariage, en même temps que faire vœu de pauvreté et d'obéissance. Telle fut la règle de la plupart des ordres monastiques sauf quelques tolérances pour les ordres militaires. Mais alors la question fut de savoir si on pourrait ensuite sortir du monastère et se délier de ce vœu de chasteté pour contracter un mariage valable. Ainsi se posait la question d'empêchement.

L'Église s'était bornée longtemps à réprover de tels mariages, frappant leurs auteurs de ses peines spirituelles, et leur enjoignant la séparation comme condition d'une absolution complète. On peut le suivre notamment en de nombreux passages des Conciles mérovingiens et carolingiens. Mais elle n'alla pas tout d'abord

(1) Grégoire de Tours, L. I, n° 42.

jusqu'à déclarer nul le mariage du religieux, c'est-à-dire jusqu'à le délier en rendant ainsi toute liberté à son conjoint. Elle arriva pourtant après le XI<sup>e</sup> siècle à formuler expressément et directement la nullité du mariage lui-même, comme en violation d'un empêchement dirimant. Mais comment justifier une telle sanction de ce qui ne semble être à nos yeux qu'un engagement de conscience? On y parvint en se fondant sur la force obligatoire de la promesse religieuse, c'est-à-dire en déclarant que le vœu, comme engagement solennellement pris envers Dieu et après épreuve, pouvait et devait être considéré comme aussi bien obligatoire en droit que des engagements purement humains. Une telle promesse n'était-elle pas plus solennelle encore et plus réfléchie après le temps de noviciat? Et si l'engagement ne semblait pris qu'envers Dieu, le Droit canon n'avait-il pas pour mission de faire respecter avec la *lex divina*, les droits de Dieu (1).

Etant donné ce point de vue, les vœux monastiques devaient être acceptés aussi par la coutume civile; et quand l'idée fut pleinement reçue dans les deux sociétés, civile et religieuse, il en résulta que le pouvoir séculier donnait appui et concours à l'exécution parfaite de ces vœux. Si bien qu'il prêtait main-forte à faire rentrer le moine fugitif dans son couvent en vertu du vœu d'obéissance, comme il avait ouvert sa succession en vertu du vœu de pauvreté. Tout ceci était pleinement admis au XIII<sup>e</sup> siècle et peut se lire dans Beaumanoir au début du chap. 56. De même, s'il y avait eu mariage contracté et consommé par le moine réfractaire, on l'annulait en considérant qu'il n'y avait pas à reconnaître et à maintenir un lien de

(1) L'idée de promesse obligatoire apparaît déjà nettement au VI<sup>e</sup> siècle dans le concile de Tours, de 567, C. 21 : « *Nam si inter homines solet bonæ fidei contractus nulla ratione dissolvi, quantum magis ista pollicitatio, quam cum Deo peregit, solvi sine vindicta non debet* ». — Saint Augustin l'avait déjà invoquée dans ses Traités.

mariage incompatible avec les engagements antérieurs et qui ne pouvait présenter que l'apparence d'un sacrement. Dès lors l'autre conjoint retrouvait sa liberté, mais les enfants étaient réputés illégitimes.

Ainsi arriva-t-on à expliquer et à justifier l'empêchement dirimant, mais en le limitant aux *vœux solennels*, c'est-à-dire en faisant la distinction des vœux solennels dans un ordre consacré, seuls dirimants, à la différence du vœu simple qui pouvait se faire sans profession religieuse, et restait seulement prohibitif. A plus forte raison, le noviciat ou temps d'épreuve n'impliquait pas empêchement.

Pour le *célibat des prêtres* séculiers, lui aussi procéda sûrement de la doctrine de saint Paul, qui le recommandait comme un état plus parfait et plus favorable au souci exclusif des choses du Seigneur, donc au service public de Dieu. Mais il fallut longtemps pour que ce célibat obligatoire passât en coutume générale d'Occident et en règle impérative, se traduisant par un empêchement dirimant. Sans doute les premiers docteurs et pères de l'Église déconseillaient fortement aux prêtres l'état de mariage, comme on le suit très bien à travers les premiers conciles du IV<sup>e</sup> siècle; par exemple, au Concile d'Elvire et au Concile d'Arles. Mais il ne se voit pas que le célibat sacerdotal fut encore organisé et imposé comme institution dès le Bas Empire romain. On sait d'ailleurs que l'Église d'Orient n'a jamais admis aussi pleinement que l'Église latine l'obligation du célibat pour son clergé; ce qui fut consacré formellement au synode oriental *in Trullo* (692), quoique Justinien plus zélé que son Église eut voulu par loi d'Empire imposer la nullité du mariage des prêtres en l'assimilant à un inceste (1).

C'est seulement dans l'Église latine que le célibat des prêtres s'est peu à peu enraciné pour être aussi traduit

(1) V. Loi 45, au Code L. I, T. 3, *De episcopis*, déjà rappelée, p. 51.

plus tard en règle positive et dirimante du Droit canon reconnue jadis en Coutume civile. A l'époque des invasions et d'après les récits mêmes de Grégoire de Tours dans le VI<sup>e</sup> siècle, beaucoup de prêtres et même d'évêques étaient choisis parmi des hommes mariés. La discipline se bornait à exiger d'eux de n'avoir été mariés qu'une seule fois avant leur élection par les fidèles. Et tout ce qui leur fut d'abord enjoint, ce fut de vivre désormais avec leur femme en état de séparation, ou comme frère et sœur. Ainsi s'expriment les conciles mérovingiens, dont beaucoup de dispositions se réfèrent à ces questions et d'une manière générale aux mœurs du clergé (1). A plus forte raison était-il interdit à l'homme déjà prêtre, mais célibataire ou veuf, de prendre femme sous peine d'être déposé. Cela était sans doute assez bien observé, car on ne voit pas que les conciles se préoccupent beaucoup de le rappeler, tandis qu'ils multipliaient d'autres recommandations ou injonctions de convenance pour l'habitation du prêtre avec ses parentes ou avec les personnes prises à son service. Mais à travers tous ces textes, ce qui est bien à noter c'est que du VI<sup>e</sup> au XII<sup>e</sup> siècle il ne se rencontre pas de décision énonçant la nullité du mariage, ni même injonction de séparation forcée, avec liberté reprise par la femme qui aurait pu être ainsi épousée. La principale sanction formulée contre le prêtre, qui se marie ou qui continue de vivre en état de mariage, c'est la déposition de son office sacerdotal. Pothier a rappelé quelques-uns des principaux textes à cet égard et conclut qu'il n'y a eu jusqu'aux deux conciles de Latran qu'empêchement prohibitif, sanctionné par des peines diverses, sans nullité du mariage contracté (2).

Ce sont les conciles de Latran du XII<sup>e</sup> siècle, qui ont formellement édicté qu'il n'y avait pas mariage valable : *matrimonium non esse censemus*, en enjoignant en outre la sépa-

(1) V. Concile de Tours (567), n<sup>os</sup> 13, 16 et 20.

(2) Pothier, n<sup>os</sup> 115 et 116.

ration : *ut separentur*. Il y eut désormais un empêchement perpétuel, même pour qui voudrait quitter l'office sacerdotal. C'est qu'alors l'Église avait édifié sa théorie de l'ordination ou Sacrement de l'Ordre, impliquant par lui-même un caractère perpétuel et irrévocable. Aussi l'Église en avait-elle fait et en fait-elle toujours un empêchement dirimant de mariage, non seulement pendant la prêtrise, mais contre celui-là même qui voudrait l'abandonner, ou qui viendrait à être déposé.

L'empêchement devenu dirimant, comment l'expliquer juridiquement? Il y avait ici une difficulté plus grande que pour l'empêchement des vœux solennels. Car la prêtrise n'avait jamais impliqué par elle-même un vœu préalable et solennel, comme vœu spécial de chasteté, pas plus qu'elle n'implique les autres vœux compris dans la profession religieuse de la part du moine qui veut se retirer du monde. On ne pouvait donc se fonder aussi directement sur un engagement volontaire et solennel pris devant Dieu, puisqu'il n'y a tout au plus qu'engagement implicite et tacite. De fait, on arriva à fonder l'empêchement sur d'autres raisons, c'est-à-dire sur les nécessités ou légitimes exigences de l'Église, s'ajoutant à son principe doctrinal sur la supériorité du célibat. Ainsi, dans la forte organisation de l'Église romaine, le célibat de prêtre n'a pas seulement été prescrit comme un état de perfection plus grande et par cela même plus agréable à Dieu pour qui se voue à son service. Il a été voulu et réglé comme une condition fondamentale du sacerdoce, comme mieux approprié à l'entier accomplissement de tout son office, y compris celui de la confession, plus favorable aussi à l'entretien d'une forte discipline et d'un dévouement absolu et sans partage dans cette grande milice du clergé (1).

(1) Cela apparaît bien au langage même du Concile de Trente, qui distingue les deux empêchements de *Votum* et *Ordo* et ne parle pour ce dernier que de *lex ecclesiastica*. V. le texte plus haut, p. 164 et le nouveau Code Can., n<sup>os</sup> 1072 et 1073.

Ici d'ailleurs l'Église n'a pas poussé l'empêchement plus loin que ne semblait le comporter l'exigence de ses services. Ce n'est pas tout officier de l'Église qui a été soumis au célibat obligatoire, mais seulement quiconque est appelé au service supérieur comme prêtre ou diacre, c'est-à-dire ceux qui ont reçu les ordres majeurs ou sacrés, et non les ordres mineurs auxquels le mariage n'est pas interdit. Mais comme l'ordre majeur est lui-même un Sacrement qui imprime un caractère perpétuel, l'Église en avait fait et en fait encore un empêchement dirimant, qui persiste contre celui-là même qui voudrait abandonner la prêtrise.

### III

Venons maintenant à l'ensemble des empêchements que le droit canon n'a pas créés comme entièrement nouveaux, mais dont il a fortement développé quelques-uns au point d'en faire un système bien à lui. Et d'abord les empêchements se rapportant aux données de parenté et d'alliance : *cognatio* et *affinitas*.

La *parenté*, comme raison d'interdire certains mariages, c'est là, depuis les temps les plus reculés, un fait d'observation générale, sinon universelle, fondé à la fois sur des considérations physiques et morales bien connues, et qui semble avoir formé une des premières règles de l'union conjugale, organisée en institution dans l'espèce humaine.

Les Romains paraissent en avoir tenu compte dans toute la suite de leur droit. Il est à croire aussi qu'avec leur observance sérieuse du mariage, les peuplades germaniques ne toléraient pas d'union entre très proches parents; encore que leur coutume de solidarité familiale pouvait les conduire à se marier de préférence dans leur parenté. Les Hébreux, qui sembleraient avoir pratiqué l'endogamie aux temps primitifs, avaient sûrement réagi jusqu'à poser en principe général la prohibition du mariage dans la

parenté. C'étaient donc autant de précédents qui s'imposaient au Droit canon et dont se dégagait l'idée que, dans la détermination de ces empêchements de parenté, se rencontrent des éléments de droit naturel ou divin, au-dessus même de ce qu'y pourrait adjoindre le Droit ecclésiastique.

Rome, dont nous avons la tradition précise, était restée bien en deçà de ce qu'allait interdire le droit canon. Qu'on se rappelle la doctrine transmise par la loi romaine jusque dans le droit de Justinien : prohibition absolue de mariage *en ligne directe*, à tous les degrés; et il va sans dire que le Droit canonique n'a rien changé sur ce point; en *ligne collatérale*, prohibition seulement jusqu'au troisième degré de computation romaine et même au-delà, entre grands oncles et petites nièces; mais union permise à partir du quatrième degré quand il s'agit de cousins germains, *consobrinus* et de tous autres parents. Tel est redevenu aussi notre droit actuel comme principe et sauf dispense possible au degré d'oncle et nièce (1).

Mais déjà l'Empire romain d'Occident, à la demande de l'Église avait poussé jusqu'à la prohibition entre cousins germains, par l'effet d'une constitution de Théodose-le-Grand, renouvelée par Honorius et qui nous a été transmise par le Code Théodosien (2), tandis qu'elle avait été abrogée en Orient (3). Donc, en Occident et à l'époque des invasions, prohibition générale au quatrième degré, voilà bien la tradition romaine avec ce nombre 4 qui restera, sauf à s'entendre d'une autre computation.

A mesure qu'on avance dans le Moyen âge, l'empêchement s'est singulièrement étendu. Même au dernier état du Droit canon, après les restrictions et fixations définitives du 4<sup>e</sup> concile de Latran (de 1215), l'empêchement s'appliquera jusqu'entre cousins du huitième degré de com-

(1) Art. 163 et 164 du Code civil.

(2) V. L. unic, C. Th., *De incestis nuptiis*, IV, 40.

(3) L. 19, C. J., *De nuptiis*, V, 4.

putation romaine, correspondant à ce qu'on appellera dès lors le quatrième degré de computation canonique. Le changement de computation avait suffi pour doubler l'étendue des prohibitions, qui furent consacrées dans notre Droit canon et civil jusqu'en 1789. Mais en plein Moyen âge, vers la fin du ix<sup>e</sup> siècle, à l'époque où l'Église avait pris son plein empire sur le mariage, on vit le mariage interdit entre parents jusqu'au septième degré canonique, avec tendance même à une prohibition indéfinie entre tous parents, qu'on voit rapportée notamment dans Bernard de Pavie (*Summa*, IV, T. 14, § 7).

Ceux qui, de nos jours, ont étudié à fond ces questions, tels Freisen et Esmein, ont relevé que, jusqu'au temps de Charlemagne, le quatrième degré n'avait pas été franchi, sauf à l'entendre au sens canonique; et c'est ce qui résulte du concile de Verberie de 752 et du concile de Mayence 813<sup>(1)</sup>. L'extension démesurée, jusqu'au septième degré, n'a donc pas été le droit initial de l'Église, mais un système canonique ultérieur et temporaire qui correspond, pour les x<sup>e</sup> et xi<sup>e</sup> siècles, à une époque de grande confusion. Cette extension a été relevée surtout dans un concile de Donzy tenu au temps de Charles-le-Chauve<sup>(2)</sup>, mais n'a pas survécu à la fin du xii<sup>e</sup> siècle<sup>(3)</sup>.

Arrêtons-nous seulement aux explications qui peuvent être données, tant de ce développement extrême des empêchements de parenté que du système de computation canonique qui les a toujours conservés ainsi, avec une portée double.

Il y a une explication toute simple que d'éminents juristes répétaient au milieu du xix<sup>e</sup> siècle et qui se retrouve dans les notes de l'édition de Pothier, dirigée par Bugnet.

(1) V. dans Pothier, nos 137 à 148 une longue exposition des changements de discipline sur ce point. V. aussi Esmein, I, p. 339 et s.

(2) V. Pothier, n° 144.

(3) V. dans Beaumanoir, les nos 1370 et 1686.

On sait que des dispenses de l'empêchement de parenté ont pu être obtenues facilement à partir du degré de cousin germain, c'est-à-dire de ce qui était permis à Rome. Eh bien! les extensions canoniques auraient eu pour principale raison de fournir l'occasion d'octroyer ces dispenses en les faisant payer<sup>(1)</sup>! L'esprit de dénigrement et le goût des raisons mesquines ne sont pas de bons guides en histoire. Qu'il y ait eu jusqu'au xvii<sup>e</sup> siècle abus des dispenses, le concile de Trente l'a reconnu lui-même. Mais il n'est pas moins certain, comme Pothier le constate, qu'au Moyen âge les empêchements de parenté ont été renforcés et appliqués assez longtemps, avant qu'il fut permis de les lever par dispense bursale<sup>(2)</sup>. Il faut recourir à des explications plus sérieuses.

Le point de départ de l'extension semble avoir été que, dans l'Église et par un désir excessif de moralité sévère, on éprouva de bonne heure un sentiment de répulsion contre toute union dite incestueuse, en poussant de plus en plus loin cette notion d'inceste<sup>(3)</sup>. On le voit bien tant au langage des Pères de l'Église, qu'aux réprobations multipliées dans les premiers conciles et sans cesse répétées ensuite. Pourtant, ni l'Évangile, ni les Épîtres de saint Paul n'avaient formulé de règle sur ce point, pour étendre les degrés d'inceste<sup>(4)</sup>. Mais il se trouvait dans l'Ancien Testament, aux Livres de Moïse, un passage du Lévitique dont il fut fait usage, après les invasions, d'autant plus aisément qu'on cherchait dans l'Écriture sainte plus volontiers qu'en droit romain les règles du mariage<sup>(5)</sup>.

(1) V. dans Pothier, sur n° 146 la note 2.

(2) V. Pothier, nos 279 et 290.

(3) La fréquence des divorces pouvait y contribuer.

(4) Saint Paul a fulminé souvent contre les incestueux sans avoir précisé ce qu'il considérait comme incestueuse. Et saint Ambroise n'a demandé que la prohibition du mariage entre cousins germains.

(5) Exemple : Concile de Tours, n° 22, qui répète et développe le passage du Lévitique.

Le Lévitique (Ch. 18, N° 6) avait dit, d'une manière générale, en tête des versets qui déterminent les prohibitions de parenté : *Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedet*. On l'entendit à la lettre : « Aucun homme n'épousera une parente de son sang », sans s'attacher aux limitations des versets suivants, qui n'étendaient guère qu'au troisième degré les articulations précises de l'inceste. De là, certains conciles régionaux auraient tiré l'idée des empêchements indéfinis de parenté suivant la formule initiale et si large du 1<sup>er</sup> verset. De là, tout au moins à partir du ix<sup>e</sup> siècle, l'extension au septième degré canonique parce qu'il avait été de tradition romaine que la parenté, notamment dans les successions, ne produisait effet que jusqu'au septième degré; ce qu'on trouvait de même aux lois barbares limitant le droit de succéder jusqu'à la cinquième ou septième génération.

Pour toute explication Pothier (n° 138) et quelques auteurs ont insinué qu'on s'était trompé peut-être sur le sens et la portée du texte biblique. Malgré tout ce qu'on peut prêter d'ignorance à cette époque, il n'est pas vraisemblable qu'il y ait eu tant de méprise sur le Lévitique, étant donnée la suite des versets. L'Église eut d'autres raisons pour pousser aussi loin les empêchements. L'état social de cette époque dut contribuer à ces conceptions nouvelles d'empêchements de parenté poussés à l'extrême. On en peut discerner deux motifs généraux :

1° N'oublions pas qu'au Moyen âge, dans chaque étroit milieu seigneurial, la vie sur place et pour des suites de générations était celle de la masse des serfs et des tenanciers. Les familles se perpétuaient autour de l'église, au pied du château, et menaient une existence fort concentrée par communautés familiales dans les mêmes tenures. Il y avait là quelque raison de se montrer plus rigoureux pour la prohibition de parenté. Si, de nos jours, l'empêchement entre frère et sœur, entre oncle et nièce, a encore en grande partie pour cause la nécessité de maintenir plus de

moralité et de décence dans l'intérieur des familles, en coupant court à tout espoir de voir les familiarités conduire jusqu'au mariage (1), combien cette nécessité devait être plus prononcée dans les familles rurales du Moyen âge, vivant plus nombreuses au milieu des mêmes champs et sous les mêmes toits! 2° Voici encore une autre raison plus générale, plus haute, applicable à toutes les classes de la société, celle de viser à prévenir les discordes et les guerres entre familles différentes, en les obligeant ainsi de s'unir par des mariages. On était à l'époque des guerres privées, dont il y eut alors tant d'exemples entre seigneurs, ou même jusqu'au xiii<sup>e</sup> siècle entre bourgeois. La solidarité familiale entraînait tous les parents jusqu'au septième degré dans les guerres privées, comme Beaumanoir nous le rappelle (2). Pour se mieux soutenir, les familles pouvaient avoir tendance à se concentrer. Par suite, dans les familles riches et seigneuriales surtout, on n'aurait été que trop porté à conclure les mariages dans la parenté, entre cousins plus ou moins éloignés, pour y mieux conserver les biens et resserrer les liens de famille. Ainsi des haines ou discordes héréditaires, comme celles des Montaigu et des Capulet, n'auraient que plus fortement troublé la cité et la société. Eh! n'est-ce pas d'ailleurs à un cousin, Tybalt, que Capulet songe à donner sa fille plutôt qu'à Roméo?

Ce motif, l'Église l'avait dégagé elle-même d'après un texte emprunté à saint Augustin, *Copulatio maris et femine quantum ad genus attinet mortalium quoddam seminarium charitatis* (3), comme on le lit au décret de Gratien. Elle l'a redit encore en 1880, dans l'Encyclique de Léon XIII. Prohiber le plus possible les unions entre parents, c'était faire du mariage une source continue de concorde et d'affection entre les hommes de groupes différents. A aucune

(1) V. aux Travaux préparatoires du Code.

(2) Beaumanoir, Ch. 59, n° 1686.

(3) Gratien, *Causa*, 35. *Questio* 1.

époque ce besoin n'a dû être aussi impérieux qu'au Moyen âge; et s'il y eut là une part de rêve, comme les puissances arrivées à leur apogée semblent y avoir visé dans l'histoire, au moins était-ce un beau rêve de charité et de paix sociale!

L'Église n'avait-elle pas dépassé la juste mesure, au point de gêner ainsi l'ordre naturel des affections, qui doivent surtout dominer dans les questions de mariage et qui peuvent naître, légitimes et fréquentes, entre parents un peu éloignés? C'était d'ailleurs heurter les préjugés et les exigences de la société féodale. Beaumanoir le montre bien quand il observe qu'avec cet empêchement du septième degré les nobles ne trouvaient plus à se marier entre eux (1)! Il y avait encore un défaut plus grave. C'est qu'avec la confusion de l'époque et le manque d'état civil, la parenté lointaine était très difficile à découvrir au moment du mariage, ou fournissait trop facilement des prétextes à invoquer ensuite pour faire rompre nombre d'unions (2). Là semblent avoir été surtout les raisons qui ont fait ramener l'empêchement au quatrième degré, en 1215, tel qu'il s'est maintenu en Droit canon jusqu'au Code nouveau qui l'a restreint au 3<sup>e</sup> (Can. 1076), tel que le Concile de Trente l'avait déjà rappelé contre les réclamations de la Réforme. Mais c'était toujours le quatrième degré canonique. Et pourquoi cette *computation canonique* si différente de l'antique *computation romaine* redevenue notre *computation civile*?

Il est connu qu'au lieu de compter dans la ligne collatérale les degrés de parenté en prenant et additionnant des deux côtés le nombre de générations qui séparent de l'auteur commun, le droit canonique ne les compte que d'un seul côté, du côté du parent collatéral le plus éloigné de cet auteur commun (3). Si bien que, pour lui, le neveu est

(1) Beaumanoir, ch. 44, n° 1370.

(2) On sait combien il y en eut d'exemples à travers tout le Moyen âge.

(3) B. Pavie, p. 166.

au deuxième degré de son oncle, au lieu du troisième, et des cousins germains seulement au deuxième au lieu du quatrième. Il est clair que ce système, rien qu'en conservant le chiffre de degrés marquant à Rome les empêchements, arrivait à en doubler l'étendue. Pourquoi donc ce mode de computation qui nous paraît moins raisonnable, et ne fut-ce encore qu'un artifice?

Pothier constate que de son temps on ne savait pas dire quand ni comment avait commencé cette manière de compter les degrés. Le plus ancien document canonique, trouvé dans les textes, était de la fin du vi<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire postérieur aux invasions (1). Il y a lieu de conjecturer, et c'est la conjecture actuelle, que l'influence des traditions et des coutumes barbares fut pour beaucoup dans ce changement. Il paraît en effet résulter de ces coutumes germaniques qu'au point de vue des successions elles avaient, pour noter les degrés, un système autre qu'à Rome, en les déterminant et calculant par séries de parentèles. On était appelé suivant qu'on faisait partie de la première, de la deuxième parentèle, etc... jusqu'après la cinquième dans la loi des Thuringiens. Or qu'était-ce qu'une parentèle? L'ensemble des parents descendant d'un auteur commun. D'où il suivait que des collatéraux étaient, vis-à-vis l'un de l'autre, au degré de parentèle marqué par le nombre de générations séparant le *de cuius* de l'auteur commun. On comptait ainsi d'un seul côté (2). C'est cette idée que l'Église, sauf à la modifier plus au moins dans le détail, a du prendre aux coutumes barbares pour l'appliquer aux empêchements de mariage, comme il se fit aussi alors pour les successions. N'y eut-il point quelque force des choses? Ne fallut-il pas, sur ce point comme sur tant d'autres, amalgamer plus ou moins la tradition romaine avec les traditions barbares? C'est un point malaisé à suivre,

(1) Pothier, n° 127. *Id.* Esmein, I, p. 337 et s.

(2) V. ce que nous en avons dit au sujet des successions, T. I, p. 38.



mais c'est l'idée la plus vraisemblable pour l'époque et qui le paraît plus encore si l'on se reporte à un chapitre très singulier de Beaumanoir sur les degrés de lignage (ch. 19). Il y expose un système de coutume civile qui ne paraît être, ni tout à fait le système romain, ni tout à fait le système canonique et dont il est difficile de trouver la clé, mais qui a bien aussi pour trait caractéristique de ne compter que d'un seul côté en collatérale. Ce qui tendrait à prouver qu'on avait perdu alors, dans certaines coutumes, les vraies notions simples et raisonnables, pour tomber dans la confusion. Aussi, faut-il voir à la fin du xiv<sup>e</sup> siècle, dans le Grand coutumier et dans Bouteiller, avec quel soin et complaisance on restituait la computation des lois romaines, en figurant l'arbre de généalogie. Cette computation fut dès lors appliquée tout au moins quant aux successions; et les papes reconnurent eux-mêmes cette réforme civile, tout en maintenant la computation canonique au sujet des mariages<sup>(1)</sup>.

La vraisemblance subsiste ainsi qu'il y avait eu, pour introduire ce système canonique, une influence qui contraria la computation romaine et la fit abandonner quand les royaumes barbares furent définitivement constitués. D'ailleurs les premiers documents que l'on signale sur la computation canonique tendent à montrer cette influence barbare. Après avoir constaté que l'Église, au temps de saint Ambroise, ne connaissait que la pratique romaine et qu'il en était encore ainsi aux conciles des temps mérovingiens, il s'observe que la computation nouvelle apparaît tout d'abord dans une lettre écrite à un évêque anglais, pour la discipline de l'Église anglaise, c'est-à-dire pour un pays soumis exclusivement aux coutumes barbares. La lettre est du pape saint Grégoire le Grand, qui avait tant contribué à la conversion de la Grande-Bretagne<sup>(2)</sup>. Il sub-

(1) Gratien, C. 35, Q. 1, n° 2; d'après une décrétale du pape Alexandre III.

(2) V. dans Pothier, n° 127, le passage de cette lettre qui considère net-

sistait pourtant quelque incertitude alors, dans l'Europe occidentale car si les Anglais comptaient ainsi les degrés, d'après ce témoignage du vii<sup>e</sup> siècle, on ne faisait pas de même alors en Espagne où l'on suivait encore le Droit civil romain, comme il apparaît bien dans la loi des Wisigoths<sup>(1)</sup>. En France, il semble établi qu'avec la deuxième race, c'est le système de computation germanique et canonique qui prévalut<sup>(2)</sup>; et par effet de la prédominance barbare dans l'Empire franc cette computation nouvelle l'emporta partout jusqu'à la renaissance du Droit romain. Si cette renaissance fit reparaitre dans les coutumes civiles, le système de computation romaine, le droit canonique n'abandonna pas sa tradition, et le concile de Trente l'a maintenue<sup>(3)</sup>.

L'empêchement de parenté, ainsi compris et étendu, n'était pas restreint aux liens légitimes résultant des filiations par mariage. Il s'appliquait, aussi largement, à toute parenté du sang résultant de liaisons ou même de rencontres extra-conjugales, si cette parenté pouvait être prouvée ou découverte. Là même était une des rares suites juridiques de la parenté naturelle, qui ne produisait aucun effet civil au sujet des bâtards. Pour alléguer et faire appliquer l'empêchement dirimant, il n'y avait pas à reculer devant la révélation d'unions adultérines ou incestueuses; d'où sont venues, en droit canon, au sujet des obstacles de parenté ou d'alliance, les principales hypothèses d'empêchement, qu'il appelle *occultes* et qu'il a toujours visé à sanctionner, mais aussi à écarter, si possible, avec des ménagements particuliers quand il advient qu'ils ont pu être ignorés des deux conjoints, ou même d'un seul<sup>(4)</sup>.

tement les cousins germains comme du deuxième degré, et conclut ainsi : *Nam secunda quam diximus a se omnino debet abstinere.*

(1) V. au Liv. 3 le titre de *Gradibus*.

(2) Capitulaires de Compiègne et de Verberie.

(3) V. C. canon, c. 1076 et s.

(4) V. aussi C. canoniq., Can. 1037 et 1135.

A l'empêchement de parenté venait s'adjoindre dans le même ordre d'idées l'empêchement d'alliance (*affinitas*). Le droit romain classique n'avait défendu le mariage qu'entre alliés de ligne directe, mais ne l'avait pas prohibé entre alliés collatéraux, même vis-à-vis d'un beau-frère ou d'une belle-sœur, qu'on pouvait dès lors épouser après divorce comme après veuvage. Il en résultait à Rome maints abus possibles, surtout avec l'usage immodéré des divorces. De bonne heure l'Église s'éleva contre ces désordres au sein des familles. Dans les conciles anciens, tel celui d'Elvire, ou chez les pères de l'Église, on voit réprouber le mariage entre alliés, si proches, surtout le mariage avec la sœur ou la nièce d'une première épouse. Cette prohibition pouvait d'ailleurs s'appuyer sur un texte du Lévitique. Et déjà sous cette inspiration, les empereurs chrétiens<sup>(1)</sup> interdirent d'épouser une belle-sœur, mais sans aller d'abord au delà. On ne pourrait trouver un empêchement d'alliance beaucoup plus étendu, aux temps mérovingiens. Les conciles, qui en parlent souvent, ne semblent pas aller au delà des degrés d'oncle ou neveu par alliance<sup>(2)</sup>.

A partir du XI<sup>e</sup> siècle, en même temps que s'étendaient démesurément les empêchements de parenté, celui d'alliance reçut aussi un développement extraordinaire, puisqu'il allait être interdit d'épouser les alliés aussi loin que les parents. Avant le concile de Latran, la veuve d'un cousin du septième degré ne pouvait pas être épousée, non plus qu'une vraie cousine. Et cela est resté par la suite jusqu'au quatrième degré<sup>(3)</sup>.

Comment l'expliquer? Sans doute par les mêmes raisons générales déjà données sur les conditions de la vie familiale et sociale du Moyen âge. Mais ne fallait-il pas

l'appuyer sur quelque texte. Là peut se reconnaître encore l'action des Livres saints dans ces siècles de foi profonde et naïve. De même que, pour étendre l'empêchement de parenté, on avait invoqué la formule du Lévitique, de même pour l'alliance on voulut faire l'application rigoureuse de la parole biblique : *Erunt duo in carne una*. Puisque les époux ne faisaient plus qu'une même chair, les parents de l'un devenaient comme véritables parents de l'autre, d'où l'empêchement d'alliance si intimement relié à celui de parenté. Et même le droit canonique, fidèle à cette maxime, ne faisait résulter l'affinité proprement dite que d'un mariage consommé<sup>(4)</sup>. C'était là une extension démesurée de l'empêchement d'alliance, mais ce ne fut pas tout encore. Dans le cours du Moyen âge il y avait eu tendance à développer bien davantage la notion d'affinité. Des canonistes avaient prétendu la trouver entre un conjoint et les alliés de son conjoint, par exemple entre la veuve de Primus et l'époux veuf de la sœur de Primus. C'était l'affinité du second genre. Il y eut même, encore plus loin, une affinité du troisième genre<sup>(2)</sup>. Le concile de Latran de 1215 restreignit l'empêchement à la vraie affinité du premier genre, celle gardée aujourd'hui. Mais l'empêchement d'alliance jusqu'en collatérale fut conservé au même quatrième degré que pour la parenté; et même on l'appliqua comme affinité pouvant résulter d'un commerce illicite et « notoire » ajoute Pothier (n° 162). C'est seulement au concile de Trente qu'on restreignit au deuxième degré l'empêchement d'affinité illicite<sup>(3)</sup>.

Est-ce tout dans l'ordre des empêchements de parenté? Le Droit canonique, et ici par inspiration purement religieuse, avait encore introduit cet empêchement dans un autre ordre d'idées, celui de la *parenté spirituelle* sortant des

(1) L. 5 C. J. *De incestis nuptiis*.

(2) V. Pothier, n°s 154 et s.

(3) V. Pothier, n° 158.

(1) V. Pothier, n° 152.

(2) V. Pothier, n° 161.

(3) V. aujourd'hui C. can. 1077.

relations établies par les Sacrements de baptême ou de confirmation; empêchement fondé sur cette idée qu'aux yeux de l'Église, les parrains et marraines ainsi que ceux qui administrent ces sacrements, par où le chrétien naît à la vie spirituelle, servent à l'enfant baptisé comme de second père ou de seconde mère et deviennent ainsi parents et alliés tant de leur filleul que de ceux qui l'ont mis au monde. De là les empêchements suivants : 1° entre la personne baptisée et ceux qui l'avaient tenue sur les fonds de baptême : *Paternitas*. 2° Empêchement aussi entre les père et mère de l'enfant baptisé et ses parrain et marraine, considérés comme compère et commère : *Compaternitas* (1). De tels empêchements avaient été tout aussi bien compris et acceptés dans une époque de foi, où la vie religieuse avait une autre intensité que de nos jours; si bien que les filleuls tenaient souvent la place d'enfants adoptifs, tout au moins dans les mœurs, sinon dans le droit positif. Ces empêchements ont toujours été maintenus, même au concile de Trente et se retrouvent encore au Code canonique, C. 1079. Mais nul empêchement entre parrain et marraine, qui pouvaient avoir par mariage des fils de leur sang après avoir eu un filleul commun. Il n'aurait pas été bon, insinue Pothier (n° 177 et 211) de prohiber entre eux un mariage que le baptême d'un filleul commun servait parfois à préparer.

A ces empêchements de parenté ou d'alliance se reliait pour les compléter, un autre empêchement dit *d'honnêteté publique* qui s'appliquait notamment dans les cas suivants :

1° Au cas d'alliance provenue d'un mariage non consommé. Si l'on n'avait pas cru pouvoir l'appeler proprement empêchement d'affinité (Poth., n° 222 et s.) par la raison dite plus haut, on avait bien senti que le lien conjugal noué valablement suffisait à lui seul pour impli-

(1) Pothier, n° 176.

quer les effets d'alliance. Et cet empêchement qui s'est toujours maintenu sous ce nom jusqu'en Droit canonique moderne (C. 1078) s'étend aux mêmes degrés que celui d'affinité proprement dite.

2° L'engagement résultant de fiançailles non suivies de mariage, produisait empêchement de se marier avec les très proches parents de celui ou de celle avec qui l'on avait été fiancé (1). La pensée avait été d'empêcher de rompre des fiançailles pour épouser le frère ou la sœur de la personne avec qui on s'était d'abord engagé. Aussi cet empêchement restait un empêchement dirimant, même après fiançailles dissoutes, tandis que pour toute union avec d'autres, les fiançailles, même non régulièrement dissoutes, n'étaient qu'un empêchement prohibitif (Pothier, n° 213) (2).

Il est clair que tous ces empêchements tendaient à faire ressortir plus encore la gravité morale du lien conjugal. Mais le Droit canon en avait établi un autre qui témoigne encore mieux de cette moralité scrupuleuse, c'était l'*empêchement de crime* qui avait alors trois applications :

1° Pour interdire au conjoint, meurtrier de son conjoint, d'épouser celui avec qui il avait conspiré ce meurtre;

2° Pour empêcher, après meurtre de son conjoint, d'épouser celui avec qui aurait été commis l'adultère, même sans complicité prouvée quant au meurtre;

3° Pour empêcher enfin, même en dehors d'un cas de meurtre, d'épouser celui ou celle avec qui auraient eu lieu des relations d'adultère, jointes à quelque promesse de s'unir après veuvage (3).

(1) Du moins jusqu'au premier degré collatéral (Pothier, n° 216), d'après la discipline fixée au concile de Trente qui l'avait ainsi restreint.

(2) Il a même été rayé d'entre les empêchements prohibitifs fixés par le Code canonique de 1918.

(3) Pothier expose ces décisions canoniques sous deux chefs distincts : n° 231 à 239, comme empêchement résultant de l'adultère — n° 240 à 242, comme empêchement résultant de meurtre. Mais il était plutôt reçu

Tous ces empêchements que je viens d'énumérer étaient des empêchements dirimants, c'est-à-dire entraînant la nullité du mariage, si on les avait enfreints sans dispense. Mais, pour beaucoup, la dispense pouvait être obtenue sauf à la demander par voie régulière, soit au pape en cour de Rome, soit en quelques diocèses à l'évêque maintenu, par tradition séculaire en possession de ce pouvoir. Nous y reviendrons au sujet du système général des dispenses. Toujours est-il que même, en dehors de ce qui peut être attribué à certaines confusions commises au cours du Moyen âge, cette extension ou multiplication des empêchements a témoigné surtout de hautes visées morales et religieuses dans la réglementation canonique du mariage sacrament. L'empêchement de crime est de ceux qu'aurait pu conserver notre Droit civil, qui a tendance moderne à tolérer trop facilement les unions nouvelles entre complices d'adultère après veuvage ou divorce (4).

#### IV

Resterait maintenant comme dernière catégorie, celle des empêchements que nous retrouvons dans l'ancien Droit canon, tels à peu près qu'ils ont été conservés jusque dans le Droit civil moderne, ceux qu'on désignait volontiers jadis comme empêchements dérivant plus directement de la nature du mariage (2), et que le Droit canon fait rentrer dans ce qu'il appelle empêchements *ex jure naturali et divino*. C'étaient les trois empêchements dits de défaut d'âge (*ætas*), d'impuissance, de lien antérieur (*ligamen*), et aussi ceux qui dérivait du principe que la validité du

d'englober les trois cas sous le nom général d'empêchement de crime ; et c'est encore ainsi qu'ils demeurent groupés au nouveau Code dans le Canon 1075.

(1) La tradition s'en est conservée aux Codes civils d'Espagne et d'Italie.

(2) V. Pothier, n° 91.

mariage implique un véritable et libre consentement des époux ; tels le défaut de discernement, les vices d'erreur et de violence et, tout voisin, l'empêchement spécial de rapt.

Pour bien comprendre ici la théorie fortement ordonnée du Droit canon il importe d'observer tout d'abord qu'il a eu pour trait caractéristique de se placer franchement au point de vue le plus large et le plus humain en visant à régler le mariage non pas seulement comme une association morale des époux, mais comme leur union charnelle voulue par notre nature même et nécessaire à la perpétuité de l'espèce humaine, dans l'Église comme dans l'État. Ce n'est point d'une définition trop sentimentale et philosophique, comme celle de Portalis, qu'il s'est inspiré et que la masse des hommes aurait encore moins comprise au Moyen âge qu'aujourd'hui. Il a vu surtout dans le mariage l'union naturelle ou sexuelle de l'homme et de la femme, tournée en union légitime comme sauvegarde de la société et des bonnes mœurs. Comme il l'a dessiné en plus d'un trait précis, c'est bien l'œuvre de chair, mais ordonnée et sanctifiée dans l'union indissoluble d'un seul homme et d'une seule femme, qu'il a voulu envisager et organiser comme mariage canonique. Il l'avait fait déjà en le rendant très largement accessible pour les enfants de famille, afin de ne pas subordonner aux désirs ou aux calculs de leurs parents leur inclination naturelle de corps et d'âme. Nous le verrons mieux au rôle que va jouer la consommation du mariage dans toute la théorie du Droit canon.

Toujours les canonistes ont énoncé et enseigné, ce que répète encore le nouveau Code, que le consentement au mariage doit impliquer pour chaque époux droit réciproque au corps de l'autre, que la fin principale du mariage est la procréation et l'éducation des enfants, et que, dans ses fins secondes, rentre aussi bien le remède de concupiscence que l'aide ou le concours mutuel des époux (1).

(1) C. 1013 et 1081-1°.

L'aptitude physique aux fins naturelles du mariage voilà d'abord une condition essentielle d'où dérivait deux empêchements distincts : celui d'impuberté et celui d'impuissance<sup>(1)</sup>.

L'empêchement d'*impuberté* s'est fixé sous le nom d'empêchement d'âge ou par défaut d'âge, parce qu'il a paru plus sûr et mieux séant de déterminer, comme à Rome, un âge légal de puberté. Mais c'est bien au fond l'empêchement fondé sur l'impuberté, comme le marquait aux Décrétales le titre : *De desponsatione impuberum*. Conformément à l'esprit du Droit canon, les textes plus anciens décidaient non seulement que l'âge légal de puberté suffit pour le mariage, mais en outre que la puberté pouvait se déterminer individuellement, de manière plus précoce, ce qui s'appuyait en outre sur des traditions romaines au sujet de la condition de puberté<sup>(2)</sup>. Il en résultait que le mariage contracté avant l'âge légal restait valable s'il y avait eu œuvre de chair. Pothier n° 94, rapporte pour son temps l'exemple d'une jeune veuve de onze ans et quelques mois, qui avait eu à défendre son douaire contre les héritiers du mari et qui triompha de leur action en nullité en justifiant de sa grossesse. Nous suivons cette tradition jusque dans notre Code civil (art. 184). Au reste comme il fallait bien une règle générale, le Droit canon avait admis et fait admettre en France l'âge de puberté romaine, quatorze ans et douze ans, et il l'avait maintenu dans toute la chrétienté comme règle uniforme, sans plus tenir compte de la constitution physique de l'espèce humaine en rapport avec les climats. C'est notre Code qui en France a retardé l'âge légal de nubilité quant au mariage à dix-huit et à quinze ans<sup>(3)</sup>.

(1) Dans Bernard de Pavie ils étaient rangés tous deux sous un même chef : *impossibilitas coeundi*.

(2) Instit. *De nuptiis*, pr.

(3) Le Code Italien a suivi en cela l'exemple donné par notre Code civil. Le nouveau Code canonique vient enfin de consacrer en partie cette idée dans son art. 1067, en exigeant au moins seize et quatorze ans ; sans comp-

*Impuissance*. — Où le Droit canon a le mieux montré sa conception plus largement humaine que raffinée du mariage, c'est quant à l'empêchement d'impuissance. Il y avait sans doute quelque chose d'analogue en Droit romain, où d'ailleurs les *justæ nuptiæ* avaient été conçues nettement pendant des siècles : *liberorum quærendorum causa*. Mais pour quels cas d'impuissance, à Rome ? C'est là un point discuté entre les interprètes. Au surplus la répudiation ou le divorce permettaient à Rome de sortir pratiquement d'embarras. C'est bien en partie pour éviter ces difficultés, aussi obscures que délicates, que notre Code civil de 1804, admettant le divorce par consentement mutuel, n'avait pas parlé de l'impuissance. Mais le Droit canon, en tenant le mariage pour indissoluble et en le considérant aussi comme institué surtout pour ordonner l'union naturelle au double point de vue sans cesse rappelé : *proles et remedium*, ne pouvait manquer de rencontrer bien en face et sans le moyen de la tourner, cette grave difficulté de l'impuissance<sup>(1)</sup>. Sans s'attarder sur les textes et sans insister sur des détails, dans lesquels il ne conviendrait guère de s'égarer, voici comment il l'a résolue. Le Droit canon admettait qu'on alléguât pour nullité toute impuissance, aussi bien naturelle qu'accidentelle, mais avec une double limitation : 1° que l'impuissance fut antérieure au mariage et non survenue depuis, parce que les époux, une fois unis, ont pour devoir de supporter leurs maladies ou leurs misères ; 2° que cette impuissance antérieure apparut comme perpétuelle et incurable. Ainsi l'a résumé Pothier dans ses n° 97 et 98. Et le nouveau Code canonique le redit encore<sup>(2)</sup>.

ter qu'il recommande au prêtre de veiller à ce que les jeunes gens se conforment aux lois ou coutumes de leur pays.

(1) Bernard de Pavie, L. 4, T. 16, commence ainsi son développement assez long sur cet empêchement : *Inter alia impediment, impossibilitas coeundi maximum obtinet locum*.

(2) *Impotentia antecedens et perpetua*, c'est ce que décide le nouveau

Le grand embarras pratique, c'était la preuve de cette impuissance. Elle avait de tout temps suscité des difficultés devant les juridictions ecclésiastiques pour savoir dans quelle mesure on pouvait accueillir l'aveu, invoquer le serment dit *testimonium septimæ manus*, ou recourir à l'examen corporel. En France on avait vu s'introduire une procédure, singulièrement grossière et choquante, celle du *congressus*. Bornons-nous à dire qu'un arrêt de règlement de 1677 vint l'interdire en France après deux ou trois siècles de pratique indécente, et Pothier qui le rapporte (n° 458) se borne à dire que le juge prescrit seulement la visite médicale de celui ou de celle qui est dit impuissant (1).

*Ligamen*. — L'empêchement d'un lien conjugal déjà contracté et non dissous, formulé comme étant de droit naturel et divin, pour être développé dans toute sa portée, c'est là une des plus fortes créations du Droit canon dans son œuvre de restauration du mariage. Du mariage conçu comme devant être l'union d'un seul homme et d'une seule femme, résultait la prohibition sévère de la polygamie et même de toute bigamie, c'est-à-dire l'empêchement de lien antérieur toujours admis dans l'Église et rappelé au concile de Trente (Canon 2). Cette prohibition de bigamie s'entrevoyait déjà dans le droit romain et dans la Coutume germanique, d'où il semblerait que le Droit canon n'a fait que la transcrire, sauf à la faire prévaloir contre les mœurs des rois ou des grands, barbares, se permettant plusieurs femmes *ob nobilitatem*; sauf aussi à la faire accepter de toutes les nations où a pénétré la foi chrétienne. Mais en y regardant de plus près, l'Église a fait de cet empêchement bien autre chose que le Droit romain, et elle lui a donné aussi un autre nom très justifié, celui d'empêchement de lien, *liga-*

Code (c. 1068-1°) en excluant au 3° toute idée d'empêchement pour stérilité.

(1) V. ici le nouveau Code canonique, c. 1975 et s., qui conserve la *septima manus* et réglemente l'*inspectio corporalis*.

*men*. Rome sans doute ne permettait pas d'avoir deux épouses à la fois. Mais, par la singulière facilité des répudiations ou des divorces, Rome admettait fort bien une série d'époux ou épouses successifs. Cela est confirmé par nombre de traits empruntés à l'histoire romaine, même chez ses plus grands citoyens. C'est ce qu'on a pu appeler depuis la polygamie successive. quand Luther et Melancton ont essayé d'expliquer par quelque tradition antérieure leur concession de deux épouses conservées ensemble au Landgrave de Hesse.

Avec le christianisme venant créer le lien conjugal et le resserrant jusqu'à le rendre indissoluble, l'empêchement prenait un nouveau caractère et une autre rigueur, puisqu'il n'était plus possible à un conjoint de retrouver une autre union légitime tant que vivait son premier conjoint, même y eut-il cessation de vie commune (1). Et remarquons de plus que, dans l'application, le Droit canon et d'après lui notre ancien droit, s'était montré de plus en plus sévère. Seule, la mort naturelle d'un des époux rendait sa liberté à l'autre conjoint. Ni la captivité, ni la mort civile ne permettaient de se remarier sans bigamie; la mort seule, et il fallait qu'elle fut rigoureusement prouvée. Nous voyons bien qu'au Moyen âge, après sept ans d'absence sans nouvelles du mari, la femme avait été admise à se remarier. Il en était encore ainsi sans doute au temps des Croisades. Mais Beaumanoir (ch. 57, n° 11) confirme que, de son temps déjà l'Église exigeait la preuve régulière du décès.

Voilà donc bien l'empêchement, appelé *ligamen*, qui faisait si nettement ressortir la notion nouvelle et chrétienne du mariage indissoluble. Comme il résultait du Droit canon, pour être appliqué par les tribunaux ecclésiastiques, l'empêchement subsistait même en vertu de mariages privés d'effets civils.

(1) Saint Paul, après l'Évangile, l'avait nettement rappelé dans ses Épîtres.

On sait comment le Droit canon fait dériver cet empêchement du droit divin, en le montrant formulé par l'Écriture Sainte, déjà dans la Genèse, plus fortement encore dans l'Évangile et dans saint Paul, en le rattachant de plus à la donnée chrétienne du Sacrement. Le nouveau Code canonique a consacré toute cette tradition en redisant solennellement que Jésus-Christ a érigé le mariage en sacrement et que les propriétés essentielles du mariage sont l'unité et l'indissolubilité tout particulièrement assurées dans le mariage chrétien *ratione sacramenti* (Cass. 1013-22).

Mais comment formuler aussi bien cet empêchement comme *ex natura*? les canonistes s'étaient objecté à eux-mêmes que non seulement le divorce avait pu être longtemps permis jusque chez les Hébreux, mais que la polygamie avait été pratiquée en nombre de pays et par les patriarches eux-mêmes. Ils reconnaissent d'ailleurs encore aujourd'hui que la polygamie ne saurait susciter autant de répulsion naturelle que la polyandrie. Comment donc ont-ils pu parler ici d'empêchement naturel? Ils l'ont fait surtout en redisant d'après saint Thomas d'Aquin que, dans le droit naturel, il y a lieu de faire deux parts et comme deux couches distinctes, l'une (*prima præcepta*) inférieure et plutôt commune à l'ensemble des êtres animés; l'autre plus élevée et mieux appropriée à la condition de l'homme comme créature supérieure (1). Au fond, sous cette enveloppe scolastique, c'est dire que dans l'espèce humaine et à raison de sa nature plus haute, l'institution du mariage commande l'unité et l'indissolubilité pour ses meilleures fins terrestres, pour le bon ordre de la famille et de la société, surtout à cause des enfants, *propter educationem prolis*. C'est là ce que Léon XIII redit encore dans son Encyclique, comme

(1) Quant à la polygamie des patriarches, les théologiens ont répété depuis saint Augustin qu'elle avait été de plan divin, nécessaire au premier développement de la race humaine, tandis que de nos jours elle serait inutile et désordonnée dans nos sociétés devenues populeuses.

nous pourrions aussi le raisonner en droit séculier pour le mariage civil.

## V

Il est une autre catégorie d'obstacles tirés aussi de la nature même du mariage, qui doit être union toute volontaire, qui même, au dire des canonistes et des civilistes, suppose d'abord un vrai contrat. A quoi se rattachaient les empêchements pour défaut ou vice de consentement des époux et par suite aussi l'empêchement spécial dénommé l'empêchement de *Rapt*.

Ici toutefois nous devons observer que le terme d'empêchement tend à disparaître de la doctrine, même chez les canonistes, et n'est plus appliqué par eux qu'à la prohibition spéciale réservée au cas de rapt. Pour ce qui est des mariages conclus là où le consentement de l'un des époux a été totalement absent, ou gravement vicié par erreur ou violence, il est parlé plutôt de nullité pour défaut du *consensus matrimonialis*. C'est donc une théorie distincte à exposer d'ailleurs rapidement (1).

Le droit romain avait fini, à l'époque classique, par proclamer le principe que le consentement libre des époux est essentiel dans le mariage. C'est le texte de Paul, L. 2 au Digeste, *De Ritu nuptiarum*, qui laisse encore apparaître la prépondérance de la *patria potestas*. Cette idée du consentement libre des époux, l'Église l'a reprise plus largement encore pour la soutenir au Moyen âge tant à l'encontre des exigences du consentement familial des droits romain et germanique, qu'à l'encontre des abus de la puissance féodale pesant sur les mariages des vassaux ou des sujettes. Elle dut le soutenir aussi contre les attentats trop fréquents à la liberté des personnes dans

(1) Ainsi l'expose le nouveau Code canonique au chap. V, C. 1081 et s. Et tel était aussi l'ordre suivi dans le Traité *De matrimonio* de Gasparri, Cap. IV, n° 871 et s.

une société désorganisée et de mœurs aussi violentes que celle du Moyen âge, aux époques franque et féodale. Peut-être même a-t-elle poussé un peu loin la manière d'entendre ce principe de liberté dans l'hypothèse du rapt dont il faut dire d'abord quelques mots en histoire, d'autant qu'il y a eu un empêchement spécial de rapt que notre Droit civil n'a plus conservé comme empêchement distinct, mais qui est toujours prévu et réglé en Droit canon comme en certaines législations modernes, notamment celles d'Italie et d'Espagne.

Le *rapt* fut d'abord et longtemps l'enlèvement par force d'une femme, fille ou veuve, en vue de l'épouser. C'est la notion naturelle du rapt, celui de violence, et ce n'est que plus tard qu'est venue l'idée du rapt de séduction.

Ce *rapt de violence*, on ne le voit guère désigné dans les textes du droit romain classique, malgré le souvenir légendaire de l'enlèvement des Sabines. Il y a bien en sociologie toute une thèse sur les premières étapes du mariage, qui aurait dû se pratiquer par voie de rapt ou d'achat (1). Mais si nous songeons surtout à l'histoire véritable de notre ancien Droit romain et français, nous devons constater que c'est seulement dans le Bas-Empire qu'on trouve le rapt prévu et fortement réprimé. Il y est envisagé à la fois comme : a) Rapt de la femme contre elle-même, par exemple, le rapt d'une veuve *sui juris*; b) Mais surtout rapt de la femme contre le gré de son chef de famille. Or les lois romaines décidaient, outre des peines très graves, que le mariage contracté avec la femme enlevée serait nul à toujours, quand bien même elle et ses parents viendraient à consentir (2). C'était mesure d'ordre public dans l'Empire romain.

Ce même rapt nous paraît aussi prévu fréquemment

(1) Je l'ai combattue dans l'*Introduction*, comme une hypothèse de préhistoire douteuse. V. au 14<sup>e</sup> Cours.

(2) L. unic. C. J., *De raptu* (9-13).

dans les lois barbares et encore dans les capitulaires, surtout comme rapt des femmes libres ou esclaves à l'encontre de leurs parents ou de leurs maîtres (1). Il y est gravement puni. On remarque toutefois une tendance à admettre les transactions et compositions. Des formules nous montrent que, grâce à l'intervention des *boni homines vel sacerdotes* (2), le ravisseur pouvait apaiser la colère des parents, sauver sa vie et rendre même son mariage valable avec la fille enlevée, en lui constituant une *dos ex marito*. Sinon c'était la vengeance privée avec le système des compositions, ou plus tard des peines publiques, notamment celle de mort, reprises du Droit romain.

Voilà les précédents du Droit canon (3). Quand l'Église commença de gouverner exclusivement les mariages, elle semble bien avoir accepté tout d'abord la tradition romaine et franque de la nullité absolue et perpétuelle du mariage entre la femme ravie et son ravisseur. Il y a des textes en ce sens relevés par Pothier dans son n<sup>o</sup> 225. Mais elle se relâcha ensuite de cette rigueur en s'inspirant de cette double idée : 1<sup>o</sup> que le consentement des parents ne devant pas être regardé comme nécessaire à la validité du mariage, celui de leur fille enlevée suffirait si elle venait à consentir; 2<sup>o</sup> que le sacrement de mariage devait être le plus possible favorisé et maintenu entre ceux qui s'étaient charnellement unis avec l'intention de se traiter en époux. De là ce nouveau principe, encore un peu embrouillé dans Gratien, mais nettement écrit dans une Décrétale rapportée comme d'Innocent III : *Rapta puella legitime contrahit cum raptore, si prior dissensio transeat post modum in consensum et quod ante displicuit tandem incipiat complacere, dummodo ad contrahendum*

(1) L. des Bavares, T. 2, n<sup>os</sup> 6 et 7; L. Rotharis, n<sup>os</sup> 208 à 214; L. Rip., T. 36, n<sup>o</sup> 2.

(2) De Rozières, n<sup>os</sup> 241-244.

(3) V. à cet égard les textes relevés dans les Tables adjointes aux recueils des Conciles Mérovingiens et des Capitulaires.



*legitimæ sint personæ* (Décr. L. 4, T. 7, C. 7) (1). Ce consentement du lendemain, c'était une doctrine un peu facile et qui n'était pas faite pour décourager le rapt à l'époque féodale. D'abord une fille pouvait ainsi se faire enlever après s'être fiancée secrètement, et comme elle avait consenti, on disait alors : *Propriae sponsae non fit raptus*. En outre, même sans l'assentiment préalable de la jeune fille, les audacieux, emportés par quelque passion violente, pouvaient chercher dans le rapt le plaisir de braver le péril pour gagner le cœur de la fille ravie, et le plaisir encore plus raffiné d'atteindre des ennemis ou des rivaux au point sensible. L'histoire en offre plus d'un exemple, et il n'était pas toujours impossible d'obtenir après coup le consentement volontaire de celle qui avait été enlevée violemment. C'est la famille qui semblait ainsi la plus atteinte dans ses prérogatives traditionnelles; mais l'Église n'exigeait pas le consentement des parents comme condition nécessaire.

Le concile de Trente, qui ne voulut pas consacrer comme dirimante l'exigence du consentement des parents, apporta du moins une correction à ces abus du rapt, en décidant que le mariage ne serait possible qu'après que la femme ravie, même devenue consentante, serait sortie de la puissance et de la maison du ravisseur. Restait donc l'empêchement de rapt, comme dirimant, tant qu'elle est encore dans la maison ou sous la main du ravisseur (2).

Tel resta le droit quant au rapt de violence, qui d'ailleurs, ne pouvait plus être aussi fréquent aux derniers siècles, dans notre France mieux ordonnée, avec l'exigence de la célébration publique et celle du consentement des parents jusqu'à vingt-cinq ans, pour la validité des mariages. Mais

(1) V. Pothier, nos 225 et 227.

(2) Conc. de Trente, Décret *De reformatione* confirmé par l'art. 3 de la Déclaration de 1639 (V. Pothier, nos 225 et s.). C'est la décision canonique confirmée au nouveau Code, Can. 1074.

alors devait se développer, surtout dans la jurisprudence française, la notion d'un autre rapt, celui de *séduction*. Le terme même *seducere* (*qui rapiunt vel seducunt*), se rencontrait déjà dans certains textes du Droit canon. Il visait l'enlèvement d'une fille, non plus arrachée mais détournée de ou dans la maison paternelle, c'est-à-dire entraînée par les manœuvres dolosives d'un amoureux ou d'un libertin (supercherie, philtre, etc.). Un tel rapt était possible, même sans qu'il y eut évasion de la maison paternelle, par le moyen des « paroles de présent » ou même d'un mariage contracté et béni secrètement. C'était un crime aussi, surtout contre la famille, mais l'application d'empêchement devait être rare au point de vue canonique, dès lors que le consentement obtenu de la fille suffisait à valider le mariage, puisque la séduction même impliquait qu'elle s'était unie volontairement.

Le concile de Trente n'avait pas prévu à part la séduction dans sa réformation sur le rapt; il avait pensé surtout à la violence mettant la femme en puissance du ravisseur. L'ancien rapt de supercherie restait donc un moyen pouvant être invoqué, mais à la condition de faire preuve de manœuvres dolosives et excessives, n'ayant laissé qu'une apparence de consentement. S'il fut toujours d'application rare et difficile, comme voie canonique, il servit à notre jurisprudence française des derniers siècles, qui sut en tirer parti, comme nous l'avons vu, et l'élargir singulièrement dans le but d'assurer l'exigence du consentement paternel. Pour les mineurs de vingt-cinq ans, qui s'en étaient affranchis, le rapt de séduction fut présumé sans qu'il fut besoin de prouver des manœuvres véritables, ni même le détournement de la maison paternelle; et de plus sans le restreindre aux filles, mais en l'étendant tout aussi bien aux fils mineurs ainsi mésalliés. Il est vrai qu'en pareil cas et sans preuve fournie d'artifices coupables, on n'appliquait pas, au criminel, les peines du rapt contre celui qui avait épousé le mineur, nouvel indice de la fiction de

cette jurisprudence. Mais on arrivait ainsi à casser le mariage, en paraissant demeurer dans le cadre canonique, sauf à punir aussi le conjoint soi-disant séduit, par l'exhérédation (4).

Si maintenant nous faisons abstraction de toute l'histoire spéciale à ces empêchements de rapt, l'empêchement général pour défaut ou vice de consentement ne se présentait plus que comme application logique des principes communs du droit (2). Ici surtout le mariage se rencontre avec les autres contrats par une analogie manifeste. Et le droit Canon ne semble avoir eu que trop de tendance à exagérer cette ressemblance.

Et d'abord le *défaut absolu du consentement* chez l'un des époux rendait le mariage nul. On tenait donc pour nul le mariage d'un fou dans un instant de démence, mais valable au contraire dans ses intervalles lucides (Pothier, n° 92) (3).

L'*erreur* aussi pouvait donner lieu d'invalidier le mariage, mais seulement l'erreur dite « sur la personne », qui ne semblait admise que dans deux cas (4) : erreur sur l'identité même de la personne, suivant l'exemple toujours rappelé de Jacob ayant épousé Lia quand il croyait épouser Rachel; erreur sur la condition, dans le cas seulement d'union avec une personne esclave, qu'on avait crue libre; ou, longtemps au Moyen-âge, avec un serf qu'on avait cru franc. Si en effet l'Église, au Moyen-âge, avait fait prévaloir l'idée d'un vrai et légitime mariage pour les esclaves et pour les serfs, elle avait toujours tem-

(1) V. au 14<sup>e</sup> Cours, p. 134 et s. Le nouveau Code canonique n'a rien dit du rapt de séduction.

(2) C'est bien ainsi que l'entend le Code canonique qui n'en parle plus au chap. IV sur les empêchements, comme il a fait pour le rapt, mais au chap. V sur le consentement matrimonial.

(3) Les Canonistes donnent à ce sujet de longs développements sur les hypothèses de mariages simulés et nuls pour défaut d'un véritable consentement. V. Gasparri, t. 2, n°s 908 et s., et au Code de 1918, le C. 1086.

(4) Pothier, n°s 308 et s.

péré cette règle d'une réserve spéciale pour le cas d'erreur sur leur condition (1).

On n'allait pas au delà comme empêchement d'erreur. Dans la doctrine très ferme du Droit canon et des Parlements, nulle erreur n'était admise sur les qualités, si conséquentes fussent-elles à tous les points de vue de naissance, de fortune ou d'honneur. Pothier nous affirme qu'on refusait la nullité au cas d'erreur sur l'état civil, fût-ce en épousant par erreur un mort civilement (n° 313). Mais ces points restaient toujours discutés (2).

La *violence* était aussi cause de nullité, et nous entendons ici la *metus* distincte du rapt, c'est-à-dire non plus le cas d'une fille enlevée de la maison paternelle, mais celui de tout conjoint déterminé au mariage par une crainte sérieuse éprouvée à la suite de menaces graves, venues de sa famille même, ou de l'autre conjoint, ou de tiers; bref la contrainte morale, mais très grave. La seule crainte révérentielle n'aurait pas suffi, pour tant d'exemples de mariages dictés, surtout aux filles, en même temps que leur renonciation successorale (3).

Quant au *dol*, il n'était pas ici cause de nullité en dehors des hypothèses du dol prouvé ou présumé pour le détournement des mineurs par rapt de séduction. Et ainsi, que l'un des conjoints eût été amené au mariage par d'habiles manœuvres ou réticences produisant la plus grave méprise sur les qualités de l'autre, le Droit canon ni la jurisprudence n'en avaient cure pour annuler le sacrement de mariage. Ici le vieil esprit gaulois répondait dans les Institutes de Loisel : « En mariage trompe qui peut ».

Toutes ces décisions ne sont que l'application judicieuse et que nous avons gardée, des principes généraux relatifs

(1) V. textes principaux dans Pothier, n° 311, mais v. aussi n° 312 sa restriction pour le peu de serfs très doucement traités qui subsistaient aux derniers siècles.

(2) V. au Code canonique C. 1083 et 1084.

(3) Pothier, n° 316. V. le Code canonique, n° 1087.

aux actes de volonté, sagement combinée en vue d'assurer, dans la conclusion du mariage, à la fois son caractère essentiel d'union volontaire, mais aussi d'union conjugale qui ne doit être ni trop aisément, ni trop longtemps exposée à la nullité. C'est pourquoi nous avons de nos jours limité la durée des actions en nullité relative, se rattachant aux règles du consentement, et reconnu des fins de non recevoir jusque contre certaines nullités absolues. Il n'en était pas tout à fait ainsi dans notre ancienne jurisprudence. Pothier ne parle point d'un délai rapide pour éteindre de telles actions par seul laps de temps. Il rappelle d'ailleurs (n° 461), comme acceptée une règle singulière et traditionnelle du Droit Canon d'après laquelle il reste toujours possible de soutenir ou de contester la validité des mariages, même après première décision ayant acquis force de chose jugée. Le Code de 1918 le redit encore, au Canon 1989.

Il y aurait plus à dire pour qui voudrait poursuivre, au point de vue canonique, l'étude des règles qu'il a posées à propos du consentement matrimonial. Les canonistes, s'attachant à l'idée juridique d'un contrat véritable inclus dans le mariage sacrament, ont visé à lui appliquer les données contractuelles, non seulement quant aux vices mais aussi quant aux modalités du consentement. C'est ainsi qu'ils examinent encore l'effet ou la portée de conditions, tout au moins suspensives, que les époux pourraient imaginer de mettre à leur accord de mariage. L'application de cette idée s'est appuyée depuis le XIII<sup>e</sup> siècle sur une Décrétale de Grégoire IX datant de l'époque du Moyen âge où le mariage, pouvant se former par de simples paroles, paraissait mieux susceptible d'être subordonné à des conditions, qu'il y avait lieu de discuter comme licites ou illicites, possibles ou impossibles, etc. (4).

(1) Sur les mariages faits sous condition, V. dans Gasparri, t. 2, nos 977 et s., et dans Esmein, t. 1, p. 171 et s. Le Code de 1918, au

Depuis que le Concile de Trente est venu exiger l'assistance du prêtre à l'échange du consentement des époux, l'hypothèse de mariages conditionnels ne se conçoit plus aussi bien, d'autant qu'il est enjoint canoniquement au prêtre de n'admettre aucune adjonction formelle de modalités. Des conditions convenues en arrièrè et en secret ne peuvent plus soulever que des questions de conscience. Nos légistes français n'ont pas même songé à examiner cette hypothèse de mariages faits sous condition. Pothier n'en a rien dit. Nos parlements n'auraient sûrement tenu aucun compte de telles modalités apposées. Il en serait de même aujourd'hui dans notre droit civil où le mariage, tel qu'il semble devoir être organisé en institution, ne peut être conçu que comme un accord ferme et définitif, qui ne comporte pas de conditions exprimées ou tenues secrètes.

C. 1092 traite encore des conditions qui pourraient être apposées au mariage, en précisant ce qu'avait décidé la Décrétale de Grégoire IX (D. L. 4, I. 5, C. 7), ainsi conçue : « *Si conditiones contra substantiam conjugii inserantur, puta si alter dicat alteri « contraho tecum, si generationem prolis evites » vel : « donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem »*, aut si « *pro quaestu adulterandam te tradas »*, matrimonialis contractus, quantumcunque sit favorabilis, caret effectu; licet aliae conditiones appositae in matrimonio, si turpes aut impossibiles fuerint, debeant propter ejus favorem pro non adjectis haberi ».

## VINGT-SEPTIÈME COURS

## Les conditions de forme du mariage.

Ainsi passés en revue tous les empêchements de fond, il reste à examiner s'il n'existait pas quelques conditions de validité tenant à la manière de conclure le mariage et pouvant susciter des empêchements pour défaut de forme ; ce qui nous amène à reprendre dans l'ancien droit l'histoire de la formation du mariage, pour voir comment on est arrivé au système moderne de la célébration.

Aujourd'hui nous avons à cet égard, dans notre mariage civil, un système et une doctrine très nets. Après certaines formalités préalables, dont font partie les publications affichées, on va se présenter devant le maire. Il demande à chacun des futurs s'ils veulent se prendre pour mari et femme. Il prononce au nom de la loi qu'ils sont unis par le mariage ; point de mariage tant que le maire n'a pas prononcé l'union. C'est la célébration publique. L'officier d'état civil y joue un rôle actif et capital ; si bien que quelques-uns ont pu dire que la société, elle aussi, est partie en chaque mariage pour le confirmer (1). Du moins l'engagement conjugal, ainsi for-

(1) On trouverait l'idée exprimée dans les travaux préparatoires du Code civil, ce qui est exagéré ; mais il y a là du moins une organisation propre à mieux faire observer les empêchements tant prohibitifs que dirimants, à donner publicité au mariage dans l'intérêt des tiers, à mieux fixer aussi la réflexion et la volonté des futurs au moment même d'être conjoints ; toutes choses auxquelles était arrivé aussi le Droit canon, mais péniblement, à partir du Concile de Trente complété par le décret *Ne Temere* de 1907.

mulé dans un accord solennel, nous apparaît-il comme un des points essentiels d'une bonne institution du mariage.

Il s'en faut que ce système simple et juridique de célébration publique ait été créé en un jour et tout d'une pièce. Ni Rome, ni les Germains n'en avaient l'idée, et rien n'a été plus complexe dans l'histoire du droit. Pour le suivre dans notre ancien droit français, deux époques doivent être distinguées : avant et depuis le Concile de Trente.

A. — A partir du Concile de Trente et des Ordonnances royales qui l'ont suivi, il a été de règle canonique et civile qu'un mariage, pour être valable, doit être convenu publiquement devant un prêtre et des témoins. Là se voit le début de notre principe de célébration par officier public, quoiqu'il n'y eut pas encore une véritable forme de célébration, puisque le prêtre fut appelé d'abord au rôle juridique de témoin plutôt que de célébrant ; mais sa présence était devenue nécessaire et il en était résulté un empêchement dirimant pour défaut de solennité ou vice de clandestinité.

B. — Mais avant le Concile, dans la donnée qui avait prévalu surtout aux derniers siècles du Moyen âge, le mariage n'impliquait par essence que le consentement des époux et pouvait se conclure à la rigueur *solo consensu*, au besoin même en secret. Toute la cérémonie publique d'église, très usitée en fait, n'était comme l'ont dit à diverses reprises Bernard de Pavie et saint Thomas d'Aquin, qu'*ex honestate* mais *non ex necessitate*. C'était au fond la tradition bien imparfaite du Droit romain, acceptée et continuée pour le mariage devenu sacrement et indissoluble, ce qui rendait autrement grave l'absence de toute solennité. Car pour l'Église, ce n'était toujours que le consentement de l'homme et de la femme à s'unir en qualité d'époux, imitant par là l'union de Jésus-Crist et de son Église, qui constituait le sacrement. Aussi a-t-on dit, pour mieux marquer, l'idée que les époux s'administrent eux-mêmes le

sacrement de mariage. Telle est d'ailleurs restée la vraie doctrine de l'Eglise quant au sacrement, même après le Concile de Trente prescrivant la présence obligatoire du prêtre. Elle l'est encore d'après le Décret de 1907 comme au nouveau Code canonique, qui ont pourtant accru le rôle actif du prêtre célébrant. On y suit la théorie canonique demeurée inébranlable; si bien que le prêtre n'est toujours à considérer que comme témoin nécessaire des solennités du mariage, mais non comme le ministre du sacrement. *Assistere matrimonio*, telle est l'expression constante du droit canonique pour marquer la fonction limitée du prêtre (1).

## I

Ceci dit, n'allez pas croire que, même avant le Concile de Trente, les mariages se concluaient d'ordinaire ainsi, *solo consensu*. Les mœurs familiales et religieuses faisaient en sorte, autant et plus qu'à Rome, d'ajouter beaucoup dans la pratique à la simplicité juridique par trop grande du mariage purement consensuel. Une longue accoutumance y avait ajouté et conservait deux usages principaux, presque universels dans la chrétienté, en outre des rites nuptiaux assez nombreux et variés suivant les pays: c'étaient les *fiançailles* et la *bénédition nuptiale*, qui donnaient en fait le plus souvent publicité et solennité au mariage. Aussi faut-il bien dire un mot de leur tradition et de leur rôle, d'autant que nul exemple ne fait mieux ressortir la différence de ce qui compte seulement parmi les mœurs et usages, à côté mais en dehors de ce qui a pu s'en dégager comme coutume juridique ou loi formelle. Rien ne laisse mieux apercevoir comment le mariage, si important qu'il

(1) Tous les canonistes s'accordent à le dire. V. à cet égard la note du P. Monsabré dans ses Conférences de 1887. V. aussi Boudinhon dans son Commentaire du décret *ne temere* et le Traité de Gasparri, n° 32. Le Code canonique n'y a rien changé, Can. 1004 et s.

soit, a été long à s'organiser de tous points en institution.

1° Les *fiançailles*, c'était la promesse réciproque de se prendre un jour pour mari et femme. Elles avaient jadis dans le mariage canonique beaucoup plus d'importance que de nos jours, puisqu'elles formaient une coutume juridique, tandis qu'elles ne sont plus chez nous au point de vue civil qu'un usage des mœurs, sans reconnaissance et consécration légale dans notre Code, à la différence de plusieurs codes voisins. Et pourtant de nos jours il subsiste au moins quelque donnée de fiançailles, même comme pratique séculière, mais aussi pour beaucoup en passant par l'église. Nous voyons encore qu'on s'agréé et qu'on se lie, moralement du moins, quelque temps ou quelques semaines d'avance, tant pour se mieux connaître que pour être à même de préparer et d'annoncer autour de soi le mariage prochain. Le terme de fiancés et la bague de fiançailles ne sont pas près de sortir de nos usages. Le Code d'ailleurs, aussi bien que l'Eglise, ne fait-il pas une nécessité de cet accord de fiançailles par l'exigence des publications préalables, qui supposent bien quelque promesse réciproque antérieure au mariage?

Nous n'avons plus cependant de loi, ni de coutume juridique de fiançailles, comme à Rome, comme chez les Germains, comme dans notre ancien droit. Une convention de fiançailles, fut-elle écrite par acte notarié avec clause pénale, n'aurait rien d'obligatoire à titre de contrat. Telle est du moins notre jurisprudence civile. Jadis au contraire, comme on peut le suivre dans le Droit canon et encore dans Pothier (n°s 23 et s.), les fiançailles étaient un véritable pacte de droit, produisant des effets déterminés et susceptible d'être invoqué comme pacte obligatoire, surtout devant les tribunaux ecclésiastiques (1). Elles n'étaient pas sans doute un préliminaire indispensable du

(1) V. Pothier n°s 25 et s.

mariage, mais leur pratique était très répandue et leurs effets juridiques n'étaient pas sans portée.

Bien plus, les fiançailles, considérées au sens large comme promesse réciproque d'un mariage futur, ne s'entendaient pas seulement d'un pacte intervenu entre les deux jeunes gens, déjà pubères et capables de mariage. Tel était sans doute leur sens principal et même le seul au point de vue vraiment juridique. Elles se concluaient encore, sous ce même nom, comme promesse réciproque des pères ou des familles de marier ensemble leurs enfants. Les Romains l'avaient déjà pratiqué et tenaient ces promesses comme obligatoires entre *patres familias*, à titre de vraie *sponsio*. Le Moyen âge féodal nous les montre d'application fréquente, surtout dans les familles royales ou seigneuriales. On a pu voir ainsi des promesses de mariage faites au sujet d'enfants en bas âge, qui ne pouvaient d'aucune manière participer dès le berceau à ce pacte familial.

Ces accords matrimoniaux entre familles, s'ils étaient reçus en usage séculier, n'étaient pas les fiançailles ou *sponsalitia* du Droit canon. La coutume canonique s'était fixée en ce sens que de vraies fiançailles supposaient un consentement donné par des enfants déjà capables de discernement. Elles ne pouvaient donc intervenir qu'entre enfants d'au moins sept ans, c'est-à-dire sortis de l'*infantia* comme on disait à Rome, ou ayant, disons-nous encore, l'âge de raison (1).

Les fiançailles ainsi considérées s'analysaient en un véritable contrat consensuel, auquel s'adjoignaient des arrhes comme moyen de preuve et sanction de dédit (2). Elles étaient d'ordinaire accompagnées d'un serment. Il était d'usage de les bénir et d'y joindre des présents, souvent

(1) Bernard de Pavie, *h. t.*, n° 3 : *Possunt contrahi post septennium. Tempus enim discretionis est post septennium tam in femina quam in viro.*

(2) V. Pothier, n° 32.

même la promesse du douaire consignée par écrit dans le *sponsalitium* ou *dotalitium*.

De telles fiançailles, comme accord juridique, produisaient en Droit canon des effets importants. Elles donnaient action pour exiger la conclusion du mariage, avec dommages et intérêts ou perte des arrhes contre qui les reniait sans juste motif. Elles n'étaient pas sans doute irrévocables et pouvaient se dissoudre d'un commun accord, ou même à la demande d'un seul, notamment s'il y avait eu mauvaise conduite, grave changement de fortune ou vœux de religion (1). Mais tant qu'elles n'étaient pas régulièrement dissoutes, elles formaient empêchement prohibitif de tout autre mariage, et même, nous l'avons vu, empêchement dirimant d'honnêteté publique contre un mariage avec la sœur de sa fiancée. Les fiançailles étaient en outre suivies de la *publication des Bans*, qui étaient aussi d'usage ancien avant de devenir vraiment obligatoires en Droit canon par décision du Concile de Trente, reprise et réglementée par l'Ordonnance de Blois (art. 40) (2).

2° Fiancés ou non par avance, les époux avaient coutume en outre, au jour du mariage, de passer par l'église et de recevoir la *bénédiction nuptiale* donnée par le prêtre après échange de leur consentement exprimé en face de lui. C'était la pratique très ancienne du mariage chrétien, avant que s'en dégagât en Droit canon une règle obligatoire. Or il convient de rappeler brièvement les traits principaux de cette cérémonie nuptiale, telle qu'elle existe encore et semble remonter très haut dans le rituel des Églises d'Occident. Avant tout, l'échange des consentements précède cette bénédiction. Mains jointes, les deux époux sont inter-

(1) V. Pothier, nos 55 et s.

(2) V. Pothier, n° 66. — Le nouveau Code canonique a gardé et soigneusement réglé la publication des bans. Mais, tout en conservant en Droit canon l'usage des fiançailles, il a restreint assez fortement leur portée juridique. V. Can. 1017.

rogés par le prêtre qui demande successivement à l'homme, puis à la femme, s'ils consentent à se prendre pour époux et à se promettre fidélité selon le commandement de Dieu. Le prêtre, après avoir reçu leur double consentement, prononce les paroles : « *Ego conjungo vos in matrimonium* ». Telle est la forme consacrée, que le Concile de Trente a rappelée comme usage ordinaire de la chrétienté et auquel demeuraient conformes la plupart des rituels de nos diocèses de France (1).

Dans la cérémonie de l'Église, vient ensuite la bénédiction nuptiale que le prêtre donne après échange des consentements, du moins en cas de premier mariage (2). On sait que dans les rites du mariage religieux se rencontre la bénédiction et de l'anneau, que l'époux remet à sa femme en gage d'alliance indissoluble conclue entre eux, et de la pièce de monnaie ou pièce de mariage qui est interprétée comme symbole, suivant les uns, de la *dos* qu'il a dû lui constituer (3), selon d'autres, de la communauté de biens qui devra s'établir entre époux dans le mariage.

N'omettons pas enfin que, dans cette cérémonie d'Église et dans la messe qui suit d'après l'antique usage les consentements échangés et bénis, l'Épître et l'Évangile ont été empruntés, l'une au grand passage de saint Paul aux Éphésiens qui trace les devoirs des époux, l'autre à la réponse du Christ aux Pharisiens formulant l'indisso-

(1) V. le n° 2 du décret *Tametsi* : « *Ad celebrationem matrimonii in facie ecclesiae procedatur, ubi parochus, viro ac muliere interrogatis, vel dicat : Ego vos in matrimonium conjungo vel aliis utatur verbis juxta receptum unius cujusque provinciae ritum* ». Il est visible que de là a été tiré le rite civil consacré dans notre Code, impliquant la double interrogation et le prononcé de l'union par l'officier de l'état civil, mais qui a pris seulement alors un caractère plus marqué de formalité essentielle à l'existence de mariage.

(2) La bénédiction nuptiale ne se donne pas entière au second mariage d'une veuve, qui n'est pas suivi des mêmes prières.

(3) « *Nummus qui ut signum constitutae dotis datur sponsae* », comme le porte le rituel de Paris.

lubilité, et lue d'après le texte de saint Mathieu. Ces mêmes textes se rencontraient aussi d'ordinaire, au moins par extraits, en tête des *libelli dotis* de l'époque franque. On est mieux à même d'observer et de saisir par là comment dans ces siècles de foi profonde, mais de droit confus, ces préceptes sans cesse répétés ont pu donner l'inspiration et la direction des coutumes matrimoniales naissantes (1).

Ces cérémonies remontaient aux premiers temps du christianisme, puisqu'on voit déjà la bénédiction signalée et recommandée dans Tertullien, sous peine de péché. Il en devait résulter, du moins en fait, une certaine publicité du mariage entre chrétiens, quoique non juridiquement ordonnée pendant plusieurs siècles. Or, il est à remarquer que, pour l'Empire et l'Église d'Orient, elles sont devenues obligatoires comme condition de validité du mariage à partir du ix<sup>e</sup> siècle. Ainsi fut-il décidé par la Nouvelle 89 de Léon le Philosophe, dont le texte est très net et s'observe encore : *Ne matrimonia circa sacram benedictionem confirmentur. Ubi a nubentibus hæc forma adhibita non fuerit, ne omnino matrimonium dicatur, neque ejus jura talem conjunctionem sequantur*.

Il est bien à regretter qu'une direction législative semblable n'ait pas organisé la même mesure en Occident pour parer plus tôt à cette grande lacune que nous avons dû relever comme singulière dans le Droit Romain (2). Le mariage serait devenu en droit un accord public, où la solennité légalement exigée eût été condition essentielle de validité, mais où elle eût suffi d'autre part à la

(1) Sur tous ces rites nuptiaux, il n'est qu'à consulter l'étude que leur a consacrée M. Chénon dans la *Nouvelle Revue historique du Droit* de 1912.

(2) V. *Introduction générale*, p. 155 et 198. A Rome, jusqu'au Bas-Empire, le mariage des chrétiens est resté valable, dans la société religieuse et civile, sans observance de forme, si utile fût-elle. Cela est encore vrai au temps de Justinien. On trouve, à cet égard, nombre de textes rassemblés dans Pothier pour les premiers siècles (nos 344 et s.).

formation parfaite du lien sacré et indissoluble. On eut ainsi échappé à toute une série de difficultés de pratique et de doctrine, qui rendent cette histoire si ingrate à travers le Moyen âge. Mais pour l'Occident, la bénédiction nuptiale et toute cérémonie d'église ne fut, à travers la longue période du Moyen âge, qu'un pieux usage, très recommandé par l'Église, très suivi en fait et le plus apte à mieux assurer la preuve du mariage, mais sans être obligatoire autrement que pour la conscience. Y manquer n'était qu'un péché. Vainement les rois Francs, d'accord avec plusieurs conciles de l'époque, semblent-ils avoir voulu, pour éviter les mariages secrets, exiger la bénédiction nuptiale précédée même d'une enquête sur les empêchements (1). L'usage des publications ou bans de mariage commença sans doute alors, mais sans que rien parut prescrit à peine de nullité. C'était d'ailleurs une époque de confusion croissante, où ne subsistait nulle direction législative ou scientifique. Aucune construction juridique n'était facile à travers les matériaux de coutume canonique ou civile, amoncelés de toutes part. Malgré la formule maintes fois répétées aux capitulaires ou aux conciles « *Publicæ nuptiæ fiant* » ni rois, ni conciles, ni *leges*, ni *canones*, n'ayant prescrit une forme déterminée avec sanction de nullité, il ne se dégagait aucune organisation précise et juridique des formes du mariage. Il en fut ainsi sous les deux premières races pendant que les rois Francs légiféraient encore à côté de l'Église. Il en fut de même longtemps dans le Droit de l'Église devenue pleinement souveraine du lien de mariage, mais qui se souciait peu de préciser, dans les cérémonies religieuses d'usage, ce qui devrait être rigoureusement exigé. Beaucoup de textes jusqu'à Gratien et aux Décrétales montrent ou supposent avec évidence cette

(1) V. *Concil. Vernense*, n° 15, et Capitulaire de 807 (dans Boretius, n° 98); avec ce qu'y a ajouté *Ben. Levita* livre VI, n°s 130 et 133, et livre VII, n°s 179 et 463. — V. aussi les textes rapportés par Pothier, n° 346.

lacune du Droit canon quant à une réglementation de solennités. Tous d'ailleurs se rattachent à une lettre souvent appelée du pape Nicolas I, qui, à la fin du ix<sup>e</sup> siècle, répondant à une demande des Bulgares, et leur ayant d'abord énuméré les cérémonies d'usage dans l'Église de Rome, terminait sa lettre ainsi : « *Sufficiat secundum leges solus eorum consensus de quorum conjunctionibus agitur. Qui solus si defuerit, cetera etiam cum ipso coitu celebrantur frustra* » (1). La tradition première ainsi établie, comment le Droit canon, quand s'élabora sa doctrine à partir du xii<sup>e</sup> siècle, allait-il concevoir et ordonner cette formation du mariage reconnu comme pouvant n'être que consensuel et exempt de toute solennité, mais pourtant indissoluble comme Sacrement? Deux théories semblent alors s'être produites et formulées, qui se disputèrent la prépondérance en Droit canon. Toutes deux datent du milieu du xii<sup>e</sup> siècle : en Italie, celle de Gratien, le moine de Bologne; en France et, à Paris même, celle de Pierre Lombard, un peu antérieure à ce qu'il semble.

Dans le système de Gratien (2), bien singulier et au fond assez obscur, il y avait lieu de distinguer deux choses et comme deux temps dans la formation juridique du mariage : 1<sup>o</sup> son accord initial; 2<sup>o</sup> sa perfection, ce qu'il appelle *conjugium initiatum* et *conjugium ratum vel perfectum*. Le mariage était déjà noué, *initiatum*, dès la promesse de s'épouser faite entre personnes nubiles, sans même distinguer nettement s'il devait s'agir de promesse immédiate, ou seulement de fiançailles. L'*initiatum* pouvait résulter ainsi de l'antique *desponsatio*, sauf à se rompre dans des cas déterminés, mais assez nombreux, tant qu'il n'était pas consommé. Le mariage n'était parfait, *perfectum*

(1) V. dans Gratien, *Causa*, 30, *Quæstio* 5, c. 1, et dans Pothier le n° 345. *Secundum leges* se réfère à la tradition romaine, dont l'insuffisance pesait ici sur le Droit Canon.

(2) V. surtout Gratien, *Causa* 27 et 28.



ou *ratum*, qu'après avoir été consommé par l'union charnelle, parce qu'alors seulement le mariage devenait le sacrement vraiment indissoluble, à l'imitation du Christ qui s'est fait chair pour s'unir à son Église. La formule, où Gratien résumait sa théorie, est ainsi conçue : *Sciendum est quod conjugium desponsatione initiatur, sed commixtione perficitur* (1). Il restera des conséquences de cette théorie, mais n'y insistons pas davantage, puisqu'elle ne devait pas prévaloir comme principe doctrinal. Au fond, elle se préoccupait plus encore de déterminer quand le mariage deviendrait indissoluble que de bien fixer quand il serait juridiquement formé. Mais elle pouvait conduire à des résultats singuliers quant à la conclusion des mariages (2).

Dans la théorie exposée par Lombard, et qui l'emporta comme plus simple et plus nette, le mariage, pour être parfait, n'avait besoin que du consentement manifesté, entre personnes capables, par des termes ou des signes suffisamment précis. Il exigeait seulement un consentement actuel à se prendre pour mari et femme, et tels étaient par excellence les termes usités dans les *verba de præsenti* : *Ego te accipio in meam, ego te recipio in meum*. Ce consentement actuel, voilà l'essence du mariage, qu'il eut été donné devant le prêtre, ou même en dehors de lui devant témoins comme l'exposait P. Lombard au Lib. 4 de ses *Sentences*,

(1) C'est bien ainsi que le rappelle Bernard de Pavie, *De sponsalibus*, n° 22 : « *Nec illam vulgatam distinctionem credo silentio transeundam, quod matrimonium dicitur initiatum, consummatum et ratum... Initiatur in desponsatione, consummatum in carnis commixtione, ratum efficitur in personarum legitimitate vel separandi impossibilitate ut ecce...* ».

(2) Voir à cet égard Gratien, C. 27, Q. 2, et C. 28, Q. 1, n° 17. N'est-il pas étrange de n'avoir pas regardé comme absolument parfait et indissoluble le mariage, tout au moins celui convenu et solennellement béni dans l'Église, alors même qu'il n'avait pas été consommé ? C'est là pourtant à quoi aboutissait Gratien, par suite de l'importance décisive attachée au fait de l'union charnelle comme condition de l'indissolubilité et du sacrement.

*Distinctio 22*, sous cette rubrique *De consensu qui efficit conjugium*.

Ainsi, ni l'union charnelle ne devait être nécessaire pour rendre le mariage parfait et indissoluble ; ni des fiançailles, c'est-à-dire au sens propre du mot la promesse de s'épouser un jour, ne devaient suffire pour impliquer quelque état juridique de mariage, même à titre de *conjugium initiatum*. Cette théorie, très nette, l'emporta dès la fin du XII<sup>e</sup> siècle et fut admise couramment dans les Décrétales du XIII<sup>e</sup> siècle (1). C'est elle qui enracina alors dans l'usage la distinction devenue classique des *sponsalia de futuro* et *de præsenti* : *De futuro*, se marquant par l'idée et les paroles *accipiam* et *recipiam* ; *De præsenti*, par les termes *accipio* et *recipio*. C'est elle aussi qui fit poindre, tout d'abord parmi les canonistes, l'idée que le mariage implique juridiquement un contrat dans le sacrement, idée nouvelle qu'ils ont acceptée et développée pour en tirer maintes conséquences en vue de régler le consentement nécessaire au mariage, mais sans prendre garde aux conséquences bien autres qu'en pourraient faire sortir les légistes séculiers (2).

Tels furent les deux systèmes canoniques, dont l'un restait exposé au Décret de Gratien, tandis que le second sembla prévaloir à partir des Décrétales de Grégoire IX. Toutefois et comme par une sorte de transaction entre les deux doctrines, il resta, des théories bolonaises sur l'effet juridique spécial aux mariages consommés, deux conséquences ou applications singulières, qui furent maintenues longtemps en Droit canon :

1<sup>o</sup> Que le mariage *de præsenti*, quoique en principe sacrement indissoluble, pourrait, tant qu'il n'avait pas été

(1) Voir aux Décrétales, L. 4, t. 1, p. 32. On la voyait déjà nettement adoptée par Bernard de Pavie au tit. 4, n° 1 et 2.

(2) Il y a lieu d'observer que Lombard n'avait pas plus que Gratien rangé le mariage dans la catégorie des contrats, et qu'il n'avait donné pour définition du mariage que celle de Justinien. V. plus loin ce qui sera exposé au 32<sup>e</sup> Cours.

consommé, se rompre à la volonté seule de l'époux qui faisait vœu de chasteté par profession religieuse, liberté étant rendue alors à l'autre conjoint (1);

2° Que des fiançailles, *verba de futuro*, se transformaient en sacrement de mariage par l'union charnelle des deux fiancés, sans qu'il fut besoin de justifier à nouveau de *verba de præsenti*. Il y a plusieurs textes en ce sens aux Décrétales, notamment : Lib. 4, T. 1, C. 15 et 30, et cette décision singulière ne disparut qu'avec l'exigence ultérieure de formes publiques pour la validité du mariage.

Il n'est pas douteux que la théorie de Lombard était en droit préférable à celle de Gratien, plus rationnelle d'abord, parce qu'elle s'attachait du moins à un fait juridique, celui du consentement précis et actuel. Elle tenait pour nécessaire mais suffisant l'accord conjugal, pouvant se conclure devant témoins ou par écrit, dont elle tendit à faire une sorte de contrat verbal et même purement consensuel sans exigence de *certa verba*; tandis que Gratien s'était perdu à travers un singulier mélange des raisons mystiques et naturalistes, en voulant donner la prédominance juridique à une seule des conséquences du mariage, sa consommation, la moins aisée de toutes manières à justifier. Plus conforme aussi aux traditions antérieures, puisque toujours, en Droit romain et peut-être aussi chez les Barbares, les fiançailles avaient été considérées comme distinctes du mariage, tandis que Gratien semblait les confondre. D'ailleurs jamais ni à Rome, ni chez les Francs n'avait été donnée à l'union charnelle, pour la conclusion du mariage, cette importance qui laisse une impression un peu étrange sur tout ce Droit canon du Moyen âge (2).

(1) Tandis qu'après consommation du mariage les époux, ou l'un d'eux ne peut faire profession religieuse qu'avec leur consentement mutuel; et le lien conjugal n'est alors que détendu comme par séparation, mais non dissous. *Id.* Beaumanoir, n° 598.

(2) M. Esmein s'est efforcé en de longs développements (t. 1, p. 95 et

La doctrine de Lombard semblait l'emporter au XIII<sup>e</sup> siècle. Bernard de Pavie l'admettait déjà avant qu'elle fut consacrée par les Décrétales de Grégoire IX. C'est celle qui fut acceptée aussi et enseignée par saint Thomas d'Aquin. Mais avec de telles notions sur la conclusion des mariages par *verba de præsenti*, les embarras pratiques allaient se multiplier par-dessus les théoriques, à cause de la facilité qui en résultait pour l'abus des mariages, dits clandestins, se concluant sans aucune cérémonie religieuse, voire même sans témoins. Dans ce système, en effet, c'était toujours un simple accord de volontés qui formait le mariage, comme sacrement indissoluble. Il en résultait sans doute une grande aisance laissée au mariage, suivant l'esprit de l'Église, puisqu'il pouvait suffire, le jour où deux jeunes gens pubères étaient décidés ou disposés à s'épouser, d'échanger les *verba de præsenti* devant témoins, ou par écrit, ou devant un notaire, sans célébration religieuse, sans formalités antérieures, voire même sans publicité. Mais que d'inconvénients aussi, non seulement pour la famille à qui ce mariage pouvait être caché, mais à l'encontre de la Société et des tiers qui ont intérêt à bien connaître le mariage et les changements d'état ou de capacité qui en résultent. Et même, avec ce qui s'était conservé de la théorie de Gratien, quel danger pour les jeunes gens, qui pouvaient s'engager à ce titre sans réflexion suffisante par entraînement d'un jour, ou qui, s'étant seulement promis

133) d'exposer l'« évolution de cette théorie » avec ses deux systèmes, surtout la genèse, de celui de Gratien, qu'il déclare lui-même obscure, et où il voit la combinaison de divers précédents romains, germaniques et bibliques. Au fond il semble bien que la raison principale de cette importance donnée à la consommation du mariage, s'explique surtout par sa nécessité tout humaine et d'ailleurs prépondérante dans la donnée canonique, qui a toujours déclaré comme fin première du mariage la procréation des enfants (*proles*) et pour droit et devoir essentiels de chaque époux, l'union charnelle (*jus in corpus*). C'est de là qu'est venue en Droit Canon l'idée persistante que, seul, est absolument indissoluble le mariage consommé. V. plus loin 29<sup>e</sup> Cours, p. 254, note 1.

*de futuro*, pouvaient tomber d'une heure à l'autre dans l'état de mariage indissoluble par imprudence ou impatience de fiancés. Plus d'un se trouva pris alors dans ce système un peu étrange des *matrimonia præsumpta*, comme le montrent plusieurs textes des Décrétales et de nombreux exemples rapportés dans les sentences d'officialités (1).

Bien plus, comme on le voit aussi par ces textes, il arrivait souvent que l'un des conjoints, le mari surtout, lassé plus ou moins vite d'une union trop aisément contractée, venait à en conclure une autre plus manifeste, avec bénédiction nuptiale. Il n'avait alors qu'à feindre d'ignorer et dénier le mariage antérieur qui lui était opposé. Comment faire preuve certaine contre lui de véritables *verba de præsenti*, ou même d'un commerce marital après promesse, quand ce premier mariage avait pu être clandestin? Les textes nous montrent tout cet embarras (2) qui sera rappelé et corrigé au Concile de Trente. En sens inverse, il arrivait souvent qu'une femme, prise seulement en concubinage, après commerce plus ou moins prolongé, alléguait des *sponsalia de futuro* imaginaires, sans preuve écrite, au moyen de témoins ou de présomptions, et se prétendait ainsi mariée pour faire tomber un nouveau et véritable mariage de son amant.

Si l'on veut bien se rappeler qu'un tel mariage pouvait être alors conclu, en arrière ou à l'insu des parents, par des pubères de quatorze et douze ans, on n'a pas de peine à s'expliquer qu'aux abords du xvi<sup>e</sup> siècle et malgré l'autorité vénérée de l'Église, il s'élevait des réclamations nombreuses et pressantes contre l'abus de ces mariages par simples paroles de présent, dits clandestins. Le mal était ressenti dans toute la chrétienté. Il l'était tout particulièrement en France. On a relevé en effet, dans une

(1) V. notamment pour l'Officialité de Paris, les sentences nouvellement éditées de la fin du xiv<sup>e</sup> siècle

(2) V. aux Décrétales le titre *de sponsa duorum*.

suite de conciles provinciaux ou nationaux, des doléances répétées et même des mesures déjà prises en certains diocèses en vue d'exiger la publicité du mariage dans l'église, où devraient et non pas ailleurs s'échanger les *verba de præsenti* (1). Il est dit notamment dans un concile national tenu à Lyon en 1449 au canon 14 : « *Ad evitanda clandestina matrimonia prælati in suis diocesisibus subditis suis prohibeant ne contrahant matrimonium per verba de præsenti, nisi intra fores ecclesie parochialis* ». On saisit là l'idée d'une célébration publique bien exposée.

Rien n'y fut changé pourtant jusqu'au milieu du xvi<sup>e</sup> siècle; mais alors, devant le sentiment de ces abus et les critiques ardentes de la Réforme, il fallut bien songer à mieux régler la discipline des mariages. D'où le décret de *Réformation*, qui d'ailleurs sur ce point fut vivement sollicité par pétition du roi de France (2).

## II

Le Concile de Trente délibéra longuement sur cette question des mariages clandestins (3). Tout en reconnaissant les inconvénients antérieurs et le besoin d'une publicité légale des mariages, l'hésitation fut grande à s'engager dans la voie d'une réforme imposant comme condition de validité l'intervention du prêtre. Il fut même proposé qu'on se bornât à exiger les *verba de præsenti* prononcés et constatés par devant notaires, comme pour d'autres actes civils; et cela pour bien marquer que l'accord des volontés était le seul point essentiel, même pour le sacrement. On objecta d'ailleurs qu'exiger l'intervention du prêtre comme nécessaire et prononcer à

(1) Pour le texte entier consulter la thèse de Léon Desforges (1887) : « Étude historique sur la formation du mariage en Droit romain et en droit français », p. 112 et s.

(2) V. le texte de la pétition rapporté au 32<sup>e</sup> Cours, p. 306, note 1.

(3) V. dans Esmein au tome II l'exposé de l'œuvre du Concile de Trente au sujet du mariage.

son défaut la nullité du mariage, semblerait mettre en doute la régularité de tant de mariages antérieurs qui avaient été tenus pour valables. N'y eut-il pas aussi le scrupule de gêner le mariage des hérétiques, qui auraient pu appréhender le concours du prêtre catholique? Le Concile œcuménique devait, avant de s'engager dans une réforme, penser aux besoins comme aux situations de la Chrétienté tout entière. Malgré toutes ces objections, le Concile aboutit à l'exigence du mariage public et contracté en présence du prêtre, mais en la formulant d'une manière longue et embarrassée, dans un texte d'où l'on peut extraire et observer les quatre points suivants :

1° Réserve formellement exprimée de la validité de tous les mariages antérieurs, avec anathème contre ceux qui prétendraient les contester. Tel est le début même du décret *Tametsi*, où il est affirmé que l'Église avait toujours blâmé les mariages clandestins, sans les avoir encore annulés.

2° Déclaration que désormais les personnes seront tenues pour inhabiles à contracter mariage autrement que devant un prêtre, d'après le texte ainsi conçu : *Qui aliter quam præsente parochi (vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentia), et duobus testibus, vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentaverint eos S. Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos præsenti irritos facit et annullat*. Ainsi était introduite cette nullité, plutôt sous l'apparence d'une condition nouvelle de capacité que d'une formalité substantielle du sacrement : ce qui concordait assez avec l'idée traditionnelle que les époux eux-mêmes s'administrent le sacrement de mariage. On les déclarait à ce inhabiles, à moins de passer par l'Église, avec sanction de nullité (1).

(1) Cette donnée singulière de personnes déclarées « inhabiles » à se marier sans présence du prêtre, a été d'ailleurs abandonnée peu à peu dans la

3° Le texte n'exigeait d'ailleurs comme forme que la présence du curé et d'autres témoins (deux au minimum), sans prescrire la bénédiction nuptiale, ni même une mission précise et active du prêtre comme ayant à interroger les futurs et à prononcer leur union. Il en ressort clairement que le rôle, assigné au prêtre par le Concile, était seulement celui de témoin nécessaire de l'accord des futurs époux, rien de plus; témoin spécial ou qualifié comme aurait pu l'être un notaire; et ainsi n'était pas rendu impossible le mariage des hérétiques, notamment des réformés, qui auraient pu toujours se présenter au prêtre catholique, hors de son église, sans avoir à demander ou à recevoir la bénédiction nuptiale catholique.

4° Ce qui montre bien encore cette préoccupation, c'est que cette décision du Concile et la nullité qui en résultait ne devaient pouvoir s'appliquer dans toute paroisse chrétienne que 30 jours après y avoir été publiée. Or on pouvait bien s'attendre à ce que, dans maint pays où dominait l'hérésie, le décret du Concile ne serait pas publié; et dès lors y pouvait subsister la coutume antérieure des *verba de praesenti*.

Tel est le dispositif essentiel de cette longue résolution du Concile : décisions en somme très prudentes et modérées qui ont valu en Droit canon jusqu'en 1907, où le décret *Ne temere* est venu déterminer plus nettement le rôle assigné au prêtre dans le mariage canonique. Suivons maintenant ce qui se passa en France et pour notre Église gallicane. A la différence des canons dogmatiques du Concile, le décret *Tametsi*, qui n'avait trait qu'à la discipline, ne fut ni reçu, ni publié en France (1).

doctrine canonique, qui a substitué ultérieurement l'idée d'une règle de forme à celle d'incapacité. Et le nouveau Code la consacre dans son Chap. VI, intitulé *De forma celebrationis* en édictant au Can. 1904 : *Ea tantum matrimonia valida sunt quæ contrahuntur coram parochi*.

(1) Il y eut seulement certaines publications diocésaines et quelques tentatives d'officialités. V. Desforges, p. 127.

Dès lors, de 1563 à l'Ordonnance de Blois, on put continuer de se marier valablement par *verba de praesenti* prouvées par tous moyens. Les abus et réclamations reprirent de plus belle, jusqu'à la réunion des États-généraux de Blois qui demandèrent d'y porter remède. L'ordonnance de 1579, dans ses articles 40 et suivants, vint enfin résoudre la question en France par autorité du roi agissant à la fois comme chef d'État et comme chef de l'Église gallicane (1). Mais l'Ordonnance manquait de précision dans les termes. Elle marquait seulement pour les sujets du roi, l'exigence d'« être épousés publiquement » et « y assisteront quatre personnes dignes de foi ». Pour sanction, le texte ajoutait : « sous la peine portée par les Conciles ». Cette peine, c'était la nullité. On voit par là que le roi ne croyait pas pouvoir la formuler à lui seul, comme aussi en prescrivant de s'« épouser publiquement » il n'avait pas été jusqu'à dire formellement « en présence du prêtre ». Pourtant il n'y a guère de doute qu'on entendait exiger la présence du prêtre puisque telle avait été en 1563 la demande formelle du roi de France. D'ailleurs l'article 44 prohibait absolument le mariage par devant notaire, en prenant soin d'ajouter : « Défendons à tous notaires sous peine de punition corporelle de passer ou recevoir aucune promesse de mariage par paroles de présent ». C'est pourquoi il fut bientôt entendu que le terme « publiquement » signifiait *praesente parôcho* comme d'après le Concile et que la présence seule des quatre témoins n'aurait pu suffire. Ce qui fut d'ailleurs confirmé dans plusieurs édits ou ordonnances ultérieurs, notamment l'ordonnance de 1629, la Déclaration de 1639 et l'Édit de 1697.

Voilà donc la règle nouvelle de forme du mariage, enfin consacrée par le Concile et l'Ordonnance de Blois. Mais à partir de là, deux questions principales furent encore sou-

(1) V. les textes dans Pothier, n° 349.

levées : 1° Comment entendre la présence et le rôle du prêtre : 2° Quel prêtre devait être compétent.

1° Quant au rôle du prêtre, il est certain que dans la pensée du Concile il devait se réduire à celui de témoin de l'accord matrimonial formulé devant lui, comme assistant qualifié. La formalité plus active de l'interrogation et du prononcé d'union, quoique usitée déjà dans la pratique et rappelée, recommandée même par le Concile, n'était nullement exigée à peine de nullité. Rien non plus n'en fut dit dans l'article 40 de l'Ordonnance de Blois. On n'en pourrait lire davantage aux diverses mesures royales qui ont suivi, quoiqu'elles parlent de solennité et de célébration, mais toujours en ne se référant qu'aux peines édictées par les Conciles. Il n'y avait là aucun changement formel au système adopté prudemment par le Concile de Trente.

Il est vrai qu'en France les prêtres refusaient en général d'assister à tout échange de consentement matrimonial donné en dehors de l'église, où devait s'y adjoindre la bénédiction nuptiale. Ils n'admettaient pas de marier les futurs époux dans leur presbytère ou chez les parties elles-mêmes, comme aurait pu faire un notaire. Autrement dit, ils répugnaient à ne remplir qu'un simple rôle de témoin, et ainsi contraignaient-ils indirectement les conjoints à passer par la solennité d'Église. Mais il y eut des futurs, opiniâtres ou ingénieux, qui surent tirer parti de la réserve du Concile pour surmonter parfois cette résistance du clergé. On venait trouver le prêtre à l'église en se faisant accompagner d'un notaire et de témoins. On le surprenait au besoin dans quelque recoin ou derrière un pilier et là, brusquement, on déclarait devant lui se prendre pour mari et femme, en requérant le notaire de dresser acte de cet accord matrimonial *praesente parôcho*. C'était faire du prêtre le témoin involontaire du mariage, tout en paraissant satisfaire aux exigences du Concile et des Ordonnances. Il fut jugé d'abord que de tels mariages, dits mariages de surprise, étaient valables. Il y en eut plus d'un exemple dans la première

moitié du xvii<sup>e</sup> siècle, où cette pratique resta connue sous le nom « de mariage à la Gaumine », du nom d'un huissier qui l'imagina pour lui-même. Mais la jurisprudence changea au temps du président de Lamoignon. Elle annula de tels mariages comme abusivement contractés et s'engagea ainsi dans la voie d'une véritable célébration du mariage exigeant l'intervention active du prêtre, ce qui est bien expliqué par Pothier, aux nos 350 et suivants. C'était sans doute aller plus loin que l'Église alors ne demandait. Mais, avec la doctrine séculière du contrat civil, on expliquait les choses en disant que le prêtre, étant aussi bien le ministre de la solennité voulue par l'État pour le contrat préalable au sacrement, devait y jouer le rôle de célébrant (Pothier, n° 353).

L'Église elle-même s'en est de plus en plus rapprochée pour le mariage canonique. Le décret *ne temerè* de 1907 (1) est venu décider que le prêtre devait être prié d'assister à l'échange du consentement et le recevoir sans nulle contrainte. Le Code de 1918, dans le Ch. VI *De forma celebrationis matrimonii*, exige que les prêtres, s'ils n'ont toujours pour mission que d'*assistere matrimonio*, doivent l'accomplir en toute liberté : *Dummodo neque vi neque metu gravi constricti requirant excipiantque contrahentium consensum* (C. 1095, n° 3). C'est donc bien à eux d'interroger d'abord : *requirant excipiantque*. Mais d'ailleurs ni la messe, ni la bénédiction nuptiale, ni même le prononcé : *Ego conjungo vos*, ne sont essentielles à la célébration canonique.

2° Sur la compétence du prêtre paroissial, le Concile n'avait rien dit d'absolument précis. Mais il était de tradition dans les usages matrimoniaux de l'Église que la bénédiction fut donnée par le prêtre de l'un ou l'autre des

conjoints et de préférence par celui de l'épousée, comme l'avaient rappelé nombre de conciles antérieurs. Toutefois rien n'ayant été exigé sous peine de nullité, il y eut hésitation, malgré le sens vraisemblable de ces expressions *præ-sente parochi*. C'était d'ailleurs le sens utile pour avoir un prêtre bien au courant de la situation des parties et responsable d'avoir prêté mal à propos son ministère. Aussi des ordonnances royales développèrent et fixèrent cette interprétation, surtout l'édit de 1697 qui parlait à plusieurs reprises du « propre curé de ceux qui contractent » (Poth. n° 361). Et, comme sanction, fut prononcée la nullité pour défaut de compétence. Telle est aussi la solution qu'ont consacrée en Droit canon le Décret *ne Temerè* et le nouveau Code canonique (C. 1097), mais toujours avec prudentes réserves pour les diverses situations (4).

(1) Il convient ici d'observer que le Droit canon va jusqu'à reconnaître la validité du mariage contracté sans ministère du prêtre et *coram solis testibus* lorsqu'il s'agit d'un mariage *in extremis*, ou même s'il est seulement impossible ou très difficile de se procurer l'assistance du prêtre (C. 1098 et s.). — Le mariage dit de conscience (C. 1104 et s.), ou mariage contracté plus secrètement pour raisons graves, est aussi dans le système canonique un tempérament sensible aux exigences de forme, mais qui n'exempte pas de l'assistance du prêtre.

(1) V. à cet égard le commentaire de l'abbé Boudinhon sur ce décret, dont le texte art. 3, § 3 portait : *Dummodo invitati ac rogati et neque vi neque metu gravi constricti requirant excipiantque contrahentium consensum*.

## VINGT-HUITIÈME COURS

### La sanction des empêchements.

Après avoir envisagé les conditions de fond et de forme du mariage telles qu'on les entendait sous leur nom traditionnel d'empêchements, il reste à considérer leurs sanctions.

Sans entrer ici dans des détails trop minutieux (1), il est d'autant plus nécessaire de rappeler les traits principaux de cet ancien système des sanctions, construit d'après le Droit canon et les Ordonnances, que nous lui avons dû pour la plus grande part celui que nous appliquons maintenant d'après le Code civil et qui n'avait certes aucun précédent dans le Droit romain.

Aujourd'hui nous avons, pour faire respecter les conditions ou empêchements de mariage, une double sanction, préventive et répressive, qui nous apparaissent intimement reliées l'une et l'autre à notre système de célébration par le ministère de l'officier public, lequel a charge, au nom de la Société, de contrôler la formation du lien conjugal et de le sceller par le prononcé de l'union.

a) Le *moyen préventif*, c'est le refus de célébration, refus qui est de devoir pour l'officier de l'état civil quand il a

(1) V. à ce sujet dans Esmein, T. I, p. 403 et s., le chapitre sur « les Actions en nullité et oppositions » pour le Droit canon antérieur au Concile de Trente, complété pour le droit ultérieur dans le T. 2, p. 290 et s.

connaissance de l'empêchement, et par où il peut mettre obstacle à tout mariage interdit par la loi, puisqu'aucun ne saurait être valable sans célébration. Ce refus préventif est destiné avant tout à faire respecter les empêchements les plus graves : les dirimants. Il est fondé sur cette idée simple et juste, qu'étant toujours chose grave et fâcheuse d'avoir à briser des mariages comme nuls, il vaut mieux faire en sorte d'éviter leur célébration. Aussi la loi a-t-elle en outre consacré des moyens juridiques de provoquer la révélation des empêchements, pour en mieux assurer le respect. L'opposition au mariage n'a guère d'autres motifs (1), et c'est aussi la principale raison des publications de mariage. Mais ce moyen préventif du refus de célébration a encore reçu dans notre droit un autre usage. Il peut s'appliquer aux empêchements prohibitifs et forme même à peu près leur unique sanction civile. Quand il sait l'empêchement, le maire doit refuser la célébration, ou du moins l'ajourner s'il s'agit, comme bien souvent, de prohibitifs temporaires, tels que le défaut d'actes respectueux ou le délai de viduité.

b) Le *moyen répressif* c'est la nullité du mariage qui, lorsqu'elle a été prononcée, le fait considérer comme n'ayant pas juridiquement existé et fait tomber en même temps toutes ses conséquences de droit. Cette nullité n'est appliquée qu'aux seuls empêchements dirimants (2). Elle n'existe que dans les cas nettement déterminés dans la loi ; et l'on s'accorde généralement à reconnaître qu'elle ne peut être invoquée comme ayant lieu de plein droit, c'est-à-dire comme alléguée simplement en cours d'autres questions, mais qu'il est besoin qu'elle soit judiciairement et spécialement prononcée. Ce qui paraît bien aujourd'hui

(1) Sauf en ce qui concerne le droit d'opposition spécialement réservé aux ascendants.

(2) C'est-à-dire, dans le sens large du mot, à tout ce qui a été posé comme condition de validité du mariage, aussi bien règles de forme ou de consentement qu'empêchements proprement dits.

se rattacher à notre principe de célébration du mariage; car cette action en nullité semble destinée à faire prononcer qu'il n'y a eu qu'une célébration illégale ou apparente, avant de poursuivre les autres conséquences de l'annulation du mariage au point de vue des intérêts divers qui s'y rattachent pour les époux ou les enfants.

C'est d'ailleurs une donnée reconnue que la théorie des nullités de mariage demeure assez distincte de celle des nullités de tous autres actes juridiques. La comparaison pourrait s'en faire à plus d'un point de vue, quant aux personnes qui peuvent intenter de telles actions, à leur durée, aux fins de non-recevoir. Mais toujours l'idée qui domine est qu'il n'y a pas quant au mariage de nullité s'appliquant de plein droit, ni en dehors des cas légalement formulés.

N'oublions pas enfin que cette nullité, qui a de si graves conséquences pour les époux et pour les enfants, peut être atténuée quant à eux par le tempérament du *mariage putatif*, qui forme bien encore une théorie toute spéciale aux nullités de mariage.

Voilà notre système en ses principaux traits. Sûrement vous ne l'avez pas vu en droit romain, qui n'a montré aucune sanction préventive organisée pour faire respecter ses quelques prohibitions de mariage. Il ne semble avoir connu que le mariage nul, et nul par application pure et simple des principes généraux du droit puisque, dans son ensemble d'actions si bien cataloguées, ne se trouvait aucune dénomination, ni théorie spéciale d'action en nullité de mariage (1).

Si notre système moderne n'est pas venu de Rome, il n'a pas non plus été inventé tout à nouveau pour notre

(1) On constatait cette nullité pour en tirer parti au cours d'une instance ouverte sur quelque question de dot ou de donation, mais rien ne montre à propos des *justae nuptiæ* quelque application des *præjudicia*, comme il s'en rencontrait au sujet du *status libertatis*. Les Romains d'ailleurs n'avaient nulle célébration publique du mariage, pouvant déterminer quelque action spéciale en nullité.

mariage civil. Presque tout ici nous est venu de l'ancien droit, reçu en France, où nous retrouvons les publications sous le nom de *bans de mariage* faits aux prônes des paroisses, les *oppositions dites aux bans* et enfin les demandes spéciales en nullité ou, comme le dit Pothier, *en cassation*, terme qui rendait mieux encore l'idée de faire casser le mariage célébré (1). Sauf, en ce qui concernait la compétence et les attributions ecclésiastiques largement reconnues jadis, c'est le même système de sanctions que notre Droit moderne a sécularisé comme la célébration elle-même. Cette double sanction, préventive et répressive, comment la voir naître et se développer en histoire? Que ce système ait pu exister jadis pour les derniers siècles, nous nous l'expliquons aisément à partir du Concile de Trente et de l'Ordonnance de Blois, qui ont organisé la publicité des mariages, qui ont prescrit surtout la présence du prêtre et son intervention tournée de plus en plus à l'idée d'une véritable célébration du mariage (2). Mais, déjà bien avant et dès le Moyen âge, ce système existait en germe comme coutume canonique, encore que moins rigoureusement organisé en droit positif. Il importe de nous rendre compte qu'il remonte jusqu'aux premiers siècles, aux origines mêmes du Droit canonique, à raison des caractères que l'Église allait imprimer dans l'institution, par elle régénérée, du mariage.

Dans la doctrine chrétienne et dès le début, le mariage a pris un caractère de gravité inconnu du paganisme. C'est un acte éminemment religieux, soumis à une discipline sévère d'empêchements et à la grande règle toute nouvelle d'indissolubilité. Se marier ou divorcer contre la *lex divina* formulée dans l'Église, c'est un crime ou péché

(1) V. à ces divers points de vue Pothier : nos 66 et s., quant aux *Bans*; nos 81 et s., quant aux *Oppositions*; nos 442 et s., quant aux *Cassations de mariage*.

(2) V. plus haut, p. 221.



qu'il importe de prévenir ou de réprimer pour conjurer les scandales qui en résulteraient dans la société des fidèles, et ramener les coupables dans la voie de leur salut. Aussi vit-on de bonne heure se dessiner des mesures tendant à ce but, et se rattachant d'ailleurs à la pratique chrétienne de la bénédiction nuptiale donnée par le prêtre.

1° Il était prescrit aux premiers chrétiens de faire connaître à l'évêque leurs projets de mariage, d'où la possibilité d'enquérir sur les empêchements et de refuser au besoin la bénédiction nuptiale. Cet usage apparaît déjà dans Tertullien et plus tard en divers conciles d'époques romaine et franque. Il se retrouvera aux Capitulaires et fut l'origine des bans de mariage aux prônes des paroisses, qui seront réglementés en Droit canon par le Concile de Latran de 1215 et définitivement par le Concile de Trente. Sur cette coutume des bans se greffera l'opposition dite aux bans, signifiée au curé qui devra surseoir après l'avoir reçue et qu'on déclarera tenu de la transcrire sur un registre spécial (arrêt de Règlement de 1691) (1).

Tel fut le moyen préventif pouvant aboutir au refus de la bénédiction, puis de la célébration, laquelle était de tradition chrétienne avant de devenir nécessaire juridiquement après le Concile de Trente et l'Ordonnance de Blois.

2° Si pourtant le mariage avait eu lieu contrairement aux lois de l'Église qui le réprouvaient, il en résultait un péché grave qui devait être réprimé tant par des peines spirituelles infligées aux conjoints coupables (pénitences, excommunication, déposition, etc.) que par l'injonction de se séparer pour ne pas consommer ou prolonger leur faute

(1) V. Pothier n° 82, où il enseigne en outre qu'en droit canon comme en droit civil « le mariage n'est pas nul par cela seul qu'il a été célébré au mépris de l'opposition lorsqu'elle n'était pas fondée ». Il a décidé de même pour le simple défaut de publication des bans (n° 69).

de vie commune. Or, comment assurer cette répression ? Il s'établit, dans la société chrétienne, qu'il y aurait devoir et droit pour les fidèles de réclamer la punition et l'amendement de ceux qui auraient voulu s'unir en violation des lois saintes du mariage ; c'était l'*accusatio matrimonii* portée devant l'évêque. Elle apparaît de bonne heure sous ce nom dans le Droit canonique. Elle est déjà réglementée au Décret de Gratien ; elle le sera plus complètement aux Décrétales de Grégoire IX comme elle venait d'être exposée par Bernard de Pavie au Titre 19 de son livre IV : « *Qui matrimonium accusare vel testificari possunt* » (1).

Ainsi conçue, l'*accusatio matrimonii* eut d'abord le caractère et la procédure d'une poursuite d'ordre criminel, ainsi que l'a fortement développé M. Esmein (2). Primitivement, il est certain qu'elle fut ouverte, recommandée même à tout fidèle à l'instar des actions populaires du Droit romain (3). Mais on suit, depuis la fin du Moyen âge jusqu'à nos jours, comment ses traits s'atténuèrent et se modifièrent jusqu'à la transformer en action plus limitée quant à ses fins et quant aux personnes admises à l'intenter ; si bien qu'elle a pu se transmettre en Droit séculier au titre d'action purement civile, mais d'action pouvant être intentée aussi bien et même plus encore en vue d'intérêt moral que d'intérêt pécuniaire, et au besoin par le ministère public quand l'ordre public veut la cessation du scandale d'unions entachées de bigamie ou d'inceste, ou célébrées devant un prêtre incompetent. C'était bien ainsi que nos civilistes, comme Pothier, exposaient ce qu'ils appellent les demandes en cassation de mariage, sauf à faire la part respective

(1) *Accusatio*, tel est encore le terme consacré par le nouveau Code canonique, art. 1970 à 1992, pour ce qui a trait aux nullités du mariage dans le Titre *De causis matrimonialibus*.

(2) Esmein, T. I, p. 403 et s.

(3) Bernard de Pavie, Tit. : n° 3 : « *Matrimonium accusare possunt omnes qui non prohibentur, ad instar popularis actionis maxime cum hic de periculo animarum agatur* ».

des juridictions ecclésiastique ou séculière dans ces actions à fins civiles et non plus pénales.

Quoique le Droit canon ait conservé son expression traditionnelle d'*accusatio*, il avait de bonne heure et de lui-même restreint la portée de ce genre d'action, comme on le peut voir déjà dans Bernard de Pavie et aux Décrétales de Grégoire IX. L'*accusatio* pouvait n'être qu'une simple *denuntiatio* (1); et le Droit canon a même déterminé les personnes *habiles ad accusandum* plus strictement que ne le faisait déjà notre jurisprudence séculière sous l'ancien régime (2).

A quoi aboutissait cette procédure canonique de l'*Accusatio matrimonii*, lorsqu'il était démontré que le mariage avait été contracté contre les lois de l'Église? Si l'empêchement était de portée dirimante, il s'ensuivait l'injonction faite aux conjoints de cesser toute vie commune; c'était la *sententia divortii* à laquelle s'ajoutaient, dans la rigueur des premiers siècles chrétiens, les peines spirituelles d'excommunication, perpétuelle ou temporaire, ou de grave pénitence. *Sententia divortii!* voilà qui surprend bien tout d'abord lorsqu'on songe que, depuis des siècles, le mariage était proclamé et imposé comme indissoluble par l'Église. Mais c'est que le terme *Divortium*, dans les textes canoniques des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, veut dire le plus souvent nullité, à moins de signifier séparation de corps quand on ajoute *divortium quoad thorum*. Tel est le langage ordinaire des anciens canonistes comme Bernard de Pavie, et il s'en trouve un exemple très net aux Décrétales dans une constitution qui parle de *sententia divortii* pour un mariage contracté au mépris de la parenté; cas évident de nullité

(1) V. Bernard de Pavie au § 7 « *Accusatur matrimonium per denuntiationem non autem per solemnen accusationem* ».

(2) Il semble même que le Code de 1918 les ait réduites plus encore. Comparez à cet égard, avec nos articles du Code civil, les canons 1970 à 1973 du nouveau Code de l'Église.

sous cette dénomination de divorce (1). Comment l'expliquer? C'est qu'à défaut d'une terminologie juridique bien faite d'avance et qu'on ne pouvait puiser ici en Droit romain, le Droit canon et les canonistes du Moyen âge ont été d'abord embarrassés pour exprimer et classer nettement les situations nouvelles qui venaient à se produire dans le développement de l'institution canonique du mariage. Ils ont alors englobé sous le même terme trois hypothèses, où ils employaient aussi bien le mot *divortium*: 1<sup>o</sup> les mariages brisés à raison d'un vice initial et que nous appelons annulés ou cassés; 2<sup>o</sup> les mariages vraiment dissous pour faits postérieurs, comme opérait jadis en droit romain le vrai divorce, ou depuis, en droit chrétien, la profession religieuse; 3<sup>o</sup> les mariages simplement départis ou détendus par la séparation d'habitation. Dans tous ces cas, on ne regarda tout d'abord qu'au fait apparent de l'union matrimoniale venant après coup à se modifier par une cessation de vie conjugale, enjointe aux époux. D'où le mot *divortium* ou *dessaurement* appliqué pour les trois cas dans le cours du Moyen âge (2). C'est seulement aux abords du XVI<sup>e</sup> siècle que la jurisprudence, canonique et civile, a rétabli nettement les distinctions nécessaires, avec netteté dans l'expression, quand le classement se fut mieux dégagé dans le fond des idées. On eut alors les trois termes distincts: nullité, dissolution, séparation. Il se voit

(1) L. 4, T. 14, C. 4: *Quod si gradu consanguinitatis attingit non differas sententiam divortii promulgare*.

(2) Il convient de lire à cet égard le Tit. XII de Bernard de Pavie sous la rubrique de *Divortis*, où il définit le *Divortium: Viri ab uxore legitima, separatio*. Après avoir dit que l'*accusatio matrimonii, causa probata*, est suivie de *divortium*, il distingue ensuite au § 2 et suivant ce qu'il appelle *divortium aliud totale, aliud particulare*, comprenant bien nettement dans le *totale* les cas de mariage annulé *propter impedimenta*, tandis que le *divortium particulare* n'est que la *separatio quoad coitum et quantum ad cohabitationem*. — Beaumanoir aussin'a qu'un terme, celui de *dessaurement*, qu'il emploie dans les deux sens en ses ch. 18 et 57.

aux Canons 5 et 8 du Concile de Trente que la confusion a disparu enfin dans les termes latins : *dirimere, dissolvi, separare quod torum*. *Dirimere* fut bien le terme réservé au cas d'action en nullité, d'où le nom même qui s'est transmis d'empêchement *dirimant*. Et d'ailleurs, à partir de cette époque, la solennité et bientôt la célébration du mariage étant organisées en droit comme condition de validité, on put s'acheminer à une théorie vraiment juridique que notre droit moderne a gardée en la perfectionnant pour son mariage civil, celle du refus de célébration comme sanction préventive, ou de l'action en nullité de célébration pour les cas dirimants. Ainsi c'est bien de là que tout nous est venu. La nullité, dès le XIII<sup>e</sup> siècle, avait comme atténuation possible le tempérament du *mariage putatif* que nous avons gardé. Il n'était pas connu en Droit romain (1) et compta parmi les meilleures trouvailles du Droit canonique dans son organisation souple et humaine du mariage. Il était d'ailleurs d'autant plus désirable qu'à raison de la multiplication des empêchements, surtout de ceux de parenté et d'alliance, pouvaient se produire plus souvent des infractions commises par erreur. Il paraît bien que cette grâce, accordée à la bonne foi des époux ou de l'un d'eux, ne fut d'abord appliquée que comme décision d'espèce pour des cas éminemment favorables. C'est ainsi qu'elle apparaît dans la constitution *Ex tenore* d'Innocent III de 1205 (Décr., L. 4, T. 17, C. 14). Il s'agissait d'un bigame épousé de très bonne foi par sa seconde femme, et le pape prononçait *in favorem proli* qu'aux enfants serait maintenue leur qualité d'enfants légitimes. Comme ce rescrit particulier n'avait été donné qu'après un grand examen, *habito cum fratribus nostris diligente tractatu*, et qu'il fut inséré dans le recueil des Décrétales de Grégoire IX, au titre *qui filii sunt legitimi*,

(1) Encore qu'il y ait eu une décision analogue mais isolée au temps de Marc Aurèle.

il s'en dégagait un principe général de Droit canon s'appliquant même en dehors des cas de bigamie, par exemple à des cas de parenté ignorée, comme le dit Beaumanoir au ch. 18, n<sup>o</sup> 5, où il parle de l'*apostole* confirmant le mariage s'il lui plaît, « par pitié des enfants ». Ce mariage putatif fut donc une heureuse innovation qu'on peut dater du XIII<sup>e</sup> siècle et qui s'interpréta largement en n'exigeant que la bonne foi des deux époux, ou d'un seul d'entre eux, c'est-à-dire toute erreur excusable, mais avec cette restriction toutefois que le mariage n'eut pas été clandestin. Aussi, même avant le Concile de Trente, toute union non contractée *in facie ecclesiae*, quoiqu'alors elle ne fut pas nulle en la forme, ne pouvait mériter les effets gracieux du mariage putatif (1).

Il y a toutefois, dans cette institution du mariage putatif, une question qui semble se poser en histoire du droit. Nonobstant cette faveur faite à la bonne foi initiale, le mariage est déclaré nul et reste tel pour l'avenir. Le sacrement de mariage était tenu pour non venu et les conjoints obligés de se séparer, parce que le lien conjugal n'a pu se maintenir. Ce qui subsistait du mariage, c'étaient principalement des effets civils, notamment ceux de succession pour les enfants, ou certains effets matrimoniaux pour l'époux de bonne foi, tels que douaire et communauté. Comment une telle théorie a-t-elle pu venir de l'Église qui ne disposait que du lien, mais non des effets civils? On peut voir dans la Décrétale d'Innocent III qu'il ne se prononçait que sur un point précis, sur la qualité d'enfant légitime à maintenir aux enfants, comme réputés canoniquement issus d'un vrai mariage. Or, pris en son essence, le titre d'enfant légitime comme celui d'époux rentrait bien dans les attributs de l'Église, parce qu'intimement rattaché au sacrement et au lien. Si les conséquences

(1) On n'en trouve pas encore trace dans la *Summa* de Bernard de Pavie, qui date de la fin du XII<sup>e</sup> siècle.

civiles de ce titre d'enfant légitime ont été conservées aux enfants par suite de la donnée des mariages putatifs, cela ne peut s'expliquer que par la condescendance ou le bon accord des autorités séculières. Mais puisqu'elles s'unissaient avec l'Église d'un même sentiment, comme on le peut lire entre les lignes de Beaumanoir (1), il ne dut pas même venir à l'idée de contester les suites civiles de cette légitimité proclamée par le pape (2). A côté de ces observations générales sur la sanction des empêchements, pris au sens large du mot, il y aurait encore beaucoup à dire au sujet de l'organisation des actions en nullité de mariage dans l'ancien droit, surtout aux derniers siècles. La lutte longue et tenace engagée par la jurisprudence des Parlements et par la doctrine des civilistes, en vue « de restaurer les droits de l'État », s'était portée surtout à l'encontre de la juridiction ecclésiastique, pour la restreindre dans l'étendue de son domaine et dans l'indépendance de son action. Tandis que jusqu'au xvi<sup>e</sup> siècle, l'Église décidait souverainement sur toutes les questions relatives au lien du mariage, couramment

(1) Beaumanoir, ch. 18, n<sup>o</sup> 600.

(2) Tout à l'opposé de la belle innovation du mariage putatif, conservant les effets civils d'un mariage annulé, s'était produit dans notre ancien Droit le fâcheux résultat des mariages, maintenus comme sacrement mais privés d'effets civils, que poussa jusqu'à ses dernières limites la déclaration de 1639 (V. plus haut, p. 115 et s.). Or, le souvenir de ces mariages privés d'effets civils amène encore une autre réflexion par comparaison à la donnée des empêchements prohibitifs, venue aussi du Droit canon. Comment ne pas reconnaître que la théorie canonique de l'empêchement tenu pour simplement prohibitif valait bien mieux que la théorie civiliste des mariages privés d'effets civils. L'empêchement prohibitif, au sujet d'un mariage qu'on veut interdire, vise à empêcher le mariage de se former, mais il lui maintient tous ses effets, s'il a pu être contracté. Tandis que le mariage privé d'effets civils, c'était le lien subsistant comme indissoluble, sans qu'aucun des effets civils du mariage pût être reconnu ou appliqué. Il se conçoit bien que nous ayons pu garder dans notre Code, et le mariage putatif et les empêchements prohibitifs, sans rien qui ressemble à des mariages privés d'effets civils.

appelées *causæ matrimoniales*, ainsi que vint l'affirmer encore le canon 12 du Concile de Trente, il y eut dès cette époque et plus encore aux deux derniers siècles, une action constante des Parlements pour ramener à eux, surtout par le moyen des appels comme d'abus, la connaissance et la décision suprême de la plupart des difficultés soulevées sur la validité même des mariages. Je n'en voudrais toucher que quelques points.

1<sup>o</sup> Quant au juge compétent, il demeura reconnu, comme principe, que le juge ordinaire en matière de cassation de mariages était le juge ecclésiastique, l'Évêque et par délégation de lui l'official du diocèse. C'était la tradition du Moyen âge et du Concile de Trente. Il appartenait à l'official d'examiner si le mariage avait été valablement contracté dans les formes requises, en dehors de tout empêchement, et d'en prononcer validation ou nullité. D'ailleurs, des textes d'ordonnances royales avaient reconnu cette attribution (édits de 1606 et de 1695), en ajoutant seulement « à la charge qu'ils seront tenus de garder les ordonnances comme les canons » (1). Mais représentant aussi par un côté la puissance séculière, à raison du contrat civil regardé comme la matière même du sacrement, les juges ecclésiastiques n'étaient pas sans contrôle. On pouvait de leur sentence interjeter appel comme d'abus au Parlement, en alléguant quelque violation des ordonnances ou même des canons reçus en France, et les Parlements pouvaient ainsi confirmer ou réformer les décisions d'officialités.

Du moins était-ce un mode, cet appel de leurs sentences, qui ne supprimait pas la compétence première des juges d'Église. Or, il importe de remarquer, aux derniers siècles, une tendance à faire prononcer les cassations de mariage directement par les Parlements, en appelant comme d'abus et de prime abord de la célébration. Depuis que

(1) V. ces textes dans Pothier, n<sup>os</sup> 452 et s.

l'assistance du prêtre était devenue nécessaire au mariage, on pouvait dire que toute union, conclue au mépris d'un empêchement dirimant, avait été abusivement célébrée par le prêtre et dès lors appeler d'emblée comme d'abus de cette célébration, sans passer par le juge d'Église. Il y en eut nombre d'applications (1). Mais il y avait surtout l'empêchement purement civil résultant du défaut du consentement des père et mère, pour lesquels il était tout simple d'aller directement au Parlement par appel comme d'abus, puisque l'official ne pouvait en tenir compte d'après le Droit canon.

2° Il y eut une autre restriction à la juridiction des juges d'Église, dans la visée, constamment poursuivie, de sa limitation stricte à tout ce qui concernait *foedus et sacramentum*. Toutes les fois qu'il ne s'agissait pas exclusivement de faire tomber le lien de mariage entre les époux, pour rompre définitivement leur vie commune, on en vint à dire que le juge ecclésiastique cessait d'être compétent. Si la question de validité d'un mariage se posait après la mort d'un des conjoints contre la veuve ou contre les enfants, pour les questions temporelles de douaire et de succession, la compétence fut revendiquée par les tribunaux séculiers; pour qui l'on prétendit alors le droit exclusif de juger le point de savoir s'il y avait eu mariage valable. Pothier l'explique ainsi au n° 455 : « L'official ne peut être compétent que pour juger du lien du mariage, dont il ne peut être question après la mort de l'une des parties, mais seulement d'intérêts temporels ». Ainsi plus de question préalable à porter devant le juge d'Église pour des questions de validité de mariage soulevées après la mort d'un des époux. S'il y avait toujours, au cours du procès d'ordre temporel, question spéciale et préjudicielle au sujet de la validité du mariage, c'était aux Parlements de la juger par la voie d'appel comme d'abus, sauf à revenir

(1) V. Pothier, nos 453 et s.

au juge inférieur pour le fond du litige. Tout cela tenait dans notre ancien régime aux rapports complexes de l'Église et de l'État et n'aurait plus d'application aujourd'hui (1).

3° Si nous pensons toujours à la comparaison de notre droit actuel, ces différences dans la théorie des nullités n'étaient pas les seules. Aujourd'hui que nous avons un ensemble de dispositions codifiées sur le mariage, avec un chapitre spécial des nullités, nous avons été conduits à n'admettre que les nullités toutes littérales, c'est-à-dire fondées sur les empêchements auxquels un texte de loi a expressément attaché la nullité. Rien d'aussi strict n'apparaît dans les anciens auteurs. Les empêchements, ayant le caractère dirimant, avaient été déterminés par doctrine et tradition aussi bien que par des textes législatifs; et l'exigence du consentement des parents nous a montré qu'on pouvait se passer d'une nullité littérale. Mais elles n'en étaient pas moins déterminées et spécifiées strictement en doctrine et jurisprudence, avec tendance à les restreindre comme on le peut voir dans Pothier, nos 69 et 82, et telle est restée la théorie canonique (2).

Voici encore d'autres points à signaler. Aujourd'hui nous distinguons nettement deux sortes de nullités, dites absolue et relative. En cas de nullité absolue, la loi ouvre largement cette nullité aux époux ou à ceux qui ont un intérêt moral comme les ascendants, voire même au ministère public, ou enfin à quiconque a un intérêt pécuniaire né et actuel. Tout cela n'était pas aussi bien dessiné

(1) Il est curieux d'avoir à observer que la compétence, surtout bien reconnue et laissée au juge d'Église, c'était au sujet de la validité ou de la rupture des fiançailles, quoiqu'il ne s'agit pas vraiment alors du lien et sacrement de mariage. Mais c'est qu'aussi les fiançailles n'étaient guère que de coutume religieuse.

(2) On le peut voir encore au nouveau Code et dans la contexture des canons consacrés à la détermination des empêchements et autres conditions du sacrement de mariage.

dans nos anciens auteurs. Pothier (n° 444) reconnaît bien des vices qu'il appelle « respectifs » et « absolus », ces derniers donnant lieu à une demande en cassation plus largement admise. Mais la seule différence qu'il semble faire entre eux était, quant aux conjoints mêmes, que tous deux pouvaient invoquer les vices absolus tels qu'empêchements de parenté, de lien, d'ordre ou de vœu, mais le conjoint lésé, seul, les vices respectifs, tels que violence, erreur, impuissance. Quant à d'autres personnes pouvant agir en cassation de mariage, cette ancienne jurisprudence nous paraît plus limitée que de nos jours. Il ne paraît pas que les père et mère aient pu attaquer un mariage en qualité d'ascendants autrement que pour défaut de leur consentement (n° 446) et le ministère public ne pouvait agir qu'en cas de scandale avéré. C'est seulement lorsqu'il s'agissait d'intérêts pécuniaires, après décès d'un des conjoints, que tout intéressé pouvait agir, mais bien entendu à condition de pouvoir justifier d'un intérêt né et actuel (Pothier, n°s 448 et s.). Notre droit civil, en son système des nullités de mariage, a mieux armé le ministère public pour le bon ordre de la société, et les ascendants pour le bon ordre de la famille. On n'aurait pas une idée complète de tout ce système des empêchements canoniques, si l'on n'observait en même temps que la multiplicité des empêchements pouvait être tempérée par les dispenses, auxquelles nous avons eu déjà à faire mainte allusion (1).

Les *dispenses* ont été le plus ancien et le principal moyen reçu dans l'Église pour modérer la sévérité des règles qu'elle avait établies ou développées à travers le Moyen-âge. De nos jours elles ont encore grande importance pratique dans le mariage catholique et donnent lieu à d'amples exposés chez les canonistes. S'il n'en est plus

(1) V. an Code de 1918 les C. 1035 et s. au chapitre de *Impedimentis in genere*.

guère question dans notre législation de mariage civil, les dispenses de l'Église conservent tout leur intérêt pour les fidèles. C'est même une des raisons qu'ils peuvent donner pour en obtenir, que de montrer parfois comment elles leur permettraient de satisfaire aux deux lois de l'État et de l'Église pour leur double célébration.

Dans notre ancienne France, où le mariage était régi principalement par le droit de l'Église, sauf les réserves ou le contrôle d'État, la question des dispenses avait toute sa portée devant les deux juridictions. Nos civilistes, eux-mêmes en traitaient assez longuement, comme il se voit au chapitre IV de Pothier (n°s 252 à 305), qui renferme à ce sujet les éléments de la doctrine finale d'avant 1789 (2). Je me bornerai à quelques mots.

Comment expliquer en doctrine ce pouvoir de déroger à la loi en levant par dispenses les empêchement posés comme règles de l'institution du mariage? Le Droit Canon a défini de longue date la dispense : *quædam in casu speciali juris relaxatio*. Ce que Pothier commentait ainsi : « C'est le droit qu'a le supérieur ecclésiastique de déclarer juridiquement et avec autorité que le demandeur est dans un cas auquel la règle doit souffrir exception ». L'idée de la dispense n'est donc pas celle d'une faveur arbitraire, mais d'une application réfléchie et plus équitable de la loi dans tels ou tels cas particuliers.

Ainsi conçue, la dispense ne pouvait s'appliquer à tous les empêchements. Possible à concevoir pour les prohibitifs, et même pour les dirimants que l'Église avait pu établir de son chef au-delà des empêchements commandés par la nature même du mariage et par le droit divin, il n'en saurait être question pour ces empêchements pri-

(1) On trouvera dans Esmein (t. II, p. 314 à 368) une dissertation historique sur l'origine et les développements de l'institution canonique des dispenses, tandis que Gasparri et De Smet l'exposent surtout au point de vue pratique.

mordiaux et fondamentaux. Telle a été toujours la doctrine de l'Église (1).

De qui devait émaner la dispense? D'après la doctrine canonique qui a toujours tendu à prévaloir, c'est au Pape, comme investi dans l'Église du pouvoir législatif, qu'il appartient de dispenser exceptionnellement de la loi canonique. Jadis on le reconnaissait sans conteste dans la plupart de nos diocèses de France. Mais il y en avait plusieurs où, de temps immémorial, les évêques avaient possédé et continuaient d'exercer le pouvoir de dispense. Nos civilistes soutenaient volontiers comme thèse gallicane ce prétendu droit des évêques (Pothier, n° 256) et semblaient vouloir la généraliser (2).

D'ailleurs pour nos légistes se posait une autre question doctrinale. Le mariage n'était-il pas contrat civil en même temps que sacrement? Comment expliquer que la dispense, donnée par le supérieur ecclésiastique seul, portât aussi bien sur le contrat civil que sur le sacrement? A quoi, faisant toujours même réponse, ils observaient que le Prince était censé avoir confié tacitement cette mission des dispenses en ce qui concerne le point de vue séculier.

En réalité toute la procédure de supplique et de fulmination des dispenses était procédure canonique. C'est le supérieur ecclésiastique qui avait à vérifier et apprécier les causes alléguées. On peut lire dans Pothier (n°s 283 à 290) l'énoncé des principales causes invoquées communément jadis, surtout pour les dispenses les plus fréquentes, celles relatives aux empêchements de parenté et d'affinité. Les Canonistes en ont toujours énuméré bien davantage, comme on le verrait encore chez ceux de notre temps. En

(1) Pothier voulait encore excepter les empêchements désignés comme d'honnêteté publique (n°s 272 et s.), mais le Droit Canon ne paraît pas avoir été si rigoureux, vu que la plupart de ces derniers empêchements n'étaient que *juris ecclesiastici*.

(2) Le Code de 1918 la rejette expressément, C. 1040.

les parcourant, il n'est pas sans intérêt d'observer comment l'Église, à toute époque, et sans se départir de ses règles traditionnelles qu'elle n'abroge pas, a su se plier aux circonstances, soit à raison des changements de mœurs, soit pour des convenances politiques ou princières, soit enfin de nos jours par désir de concilier les difficultés venues de l'établissement des mariages civils.

On sait que la multiplicité des dispenses et leur concession parfois abusive ont suscité des plaintes, qui ont retenti dans l'Histoire. Il y eût là un sujet de récriminations faciles et populaires, aux temps de la Réforme comme à ceux de la Révolution. Il en est résulté que nous avons supprimé, quant au mariage civil, tout système général de dispenses, en même temps qu'on supprimait nombre d'empêchements, tels que ceux de rapt, de crime, d'honnêteté publique, qui pourtant n'avaient pas des causes purement religieuses et qui auraient pu être maintenus par convenance morale, sauf dispense possible.

Je n'ai parlé que des dispenses demandées avant mariage, pour lever des empêchements s'opposant à sa célébration. Mais le Droit Canon connaît aussi, pour prévenir l'*accusatio matrimonii* et parer aux nullités, les dispenses obtenues après mariage déjà conclu. Pothier trouvait même quelque raison de se montrer plus facile à ces dispenses d'après célébration (n° 280) parce qu'il ne s'agit plus d'autoriser, comme pour l'approuver, une infraction aux règles d'empêchement, mais de se résigner à la tolérer, en vue d'éviter le mal plus grand de la rupture d'un mariage conclu et consommé. Le raisonnement peut paraître singulier, mais on retrouve là encore ce souci charitable et constant pour l'Église d'assurer l'état des enfants, comme d'éviter les scandales, ou encore de venir en aide aux mourants.

Ces dispenses survenant après mariage ont amené des théories canoniques nouvelles, qui ne semblent guère remonter au delà du xviii<sup>e</sup> siècle et qui ont pris place au

Code de 1918, sous les termes consacrés de : *convalidatio simplex* et de *sanatio in radice*.

La simple convalidation, qui rétablit le mariage mais sans effet rétroactif, si elle est admise, n'implique qu'une *renovatio consensus* sans forme solennelle, émanant même parfois d'un seul des conjoints; ce qui pourra grandement servir au cas d'empêchements occultes connus parfois d'un seul époux, comme aussi d'un consentement insuffisant donné au début (C. 1135 et s.).

La *sanatio in radice* va plus loin, puisque là où elle est accordée il n'est nul besoin de la *renovatio consensus*, et que son effet rétroagit, au jour même du mariage annulable. Elle ne peut s'appliquer d'ailleurs que s'il s'agit d'empêchements dirimants *juris ecclesiastici*, ou d'un défaut de forme dans la célébration canonique (C. 1138 et s.). Il en a été fait une large et bienfaisante application aux mariages conclus en France pendant la période révolutionnaire, lorsqu'il y eut pour le culte catholique si grande gêne ou cessation.

La donnée de dispense tempérant la règle aux cas particuliers. *juris relaxatio*, n'était pas seulement appliquée au sujet des empêchements. Il est visible, à travers tout le Droit Canon du mariage, qu'il a eu la préoccupation constante de se plier à l'extrême diversité des situations et des circonstances, pour permettre de modérer au besoin l'application de ses règles générales, telles qu'il a dû les formuler pour toute la Chrétienté. Nous l'avons observé, au sujet des formes du mariage, en ce qui concerne l'assistance du prêtre qui n'a pas été partout et toujours rigoureusement exigée depuis le Concile de Trente. Combien de fois ne lit-on pas au Code de 1918 la restriction *nisi* laissant une large faculté d'appréciation aux administrateurs et aux juges ecclésiastiques, sans qu'il s'agisse à proprement parler de cas et de procédure de dispense? Mais il est encore, et sous ce terme même, une autre application des plus importantes de vraie dispense, pour

modérer au besoin l'indissolubilité absolue, cette autre grande sévérité du mariage canonique, Nous la retrouverons au Cours suivant, comme dispense *de rato et non consummato*.

N'omettons pas de mentionner ici une autre disposition canonique d'invention récente, elle aussi, dont nos civilistes du XVIII<sup>e</sup> siècle ne parlaient pas encore. C'est l'institution du *defensor vinculi*, chargé d'intervenir dans tout litige sur le lien de mariage, au for ecclésiastique pour surveiller la procédure, déjouer la collusion des parties ou la défaillance du juge, faire valoir en un mot tout ce qui peut être invoqué pour maintenir le lien : *omnia deducere quæ ad matrimonium tuendum utilia censuerit*. Tandis que le *promotor justitiæ* n'a mission d'attaquer le mariage que s'il y a eu violation d'un empêchement public (C. 1971, 2<sup>e</sup>), le défenseur du lien doit, en toutes hypothèses, être là pour débattre la nullité. Et son rôle n'est pas d'ailleurs borné aux contestations de nullité, puisqu'il doit intervenir encore, et dans le même sens, s'il est question de faire dissoudre un lien valablement formé, par le moyen de la dispense *de rato* (C. 1967).



christianisme : 1° sur quelles raisons l'Église l'a-t-elle fondée; 2° à quelle époque a-t-elle fait prévaloir le principe comme absolu; 3° avec quelles conséquences et aussi 4° avec quels tempéraments? Voilà pour nous les questions à examiner.

## VINGT-NEUVIÈME COURS

### Le lien indissoluble et la séparation de corps.

L'union conjugale rendue indissoluble jusqu'à la mort d'un des époux et comme application d'une des grandes paroles de l'Évangile, tel a été dès le Moyen Age et jusqu'à la Révolution l'un des principes fondamentaux du mariage. Tel il redevint même en France de 1816 à 1884 avant le rétablissement du divorce, qu'on n'a pas voulu d'ailleurs ramener, ni aussi facile, ni conçu dans le même esprit qu'à Rome ou parmi nous en 1792. Le principe d'indissolubilité a donc été l'une des principales conquêtes de l'Église sur le droit romain, disons même sur la tradition générale du monde antique, où l'idée d'une rupture volontaire du mariage par le divorce, semble avoir été partout largement admise; avec cette différence toutefois que le droit romain des temps classiques, dans l'union *sine manu*, l'avait consacrée aussi amplement pour la femme que pour l'homme, tandis que chez les Germains comme chez les Hébreux, la répudiation apparaît surtout permise aux maris<sup>(1)</sup>.

Cette indissolubilité, qui a tant compté dans la régénération morale où fut l'une des causes du triomphe du

(1) Renvoi sur ce point aux Traditions Romaine et Germanique dans l'*Introduction générale*.

### I

Pour établir le principe nouveau du lien indissoluble, il y a eu à la fois des raisons d'ordre purement religieux, c'est-à-dire tirées de l'autorité des Livres saints et de la donnée même du mariage comme sacrement; puis des raisons de morale universelle, qui se sont peu à peu dégagées de leur cadre premier de morale religieuse pour devenir des objections sérieuses et d'ordre humain contre toute idée de divorce, même aux yeux de ceux qui ne visent qu'à régler le mariage pour le bien de la société civile et en dehors de toute confession religieuse.

1° L'Église s'est appuyée d'abord et avant tout sur les textes saints faisant de l'indissolubilité absolue un précepte divin, de révélation directe et formelle. C'est ici la grande parole du Christ qui a dominé toute cette doctrine en la résumant : *Quod Deus conjunxit, homo non separet*; telle qu'elle se lit dans saint Mathieu, ch. 19 et dans saint Marc, n° 9. Pas de divorce, ni de répudiation possibles par volonté des deux époux ou d'un seul, tout le passage incline en ce sens. Il se trouve appuyé, en outre, sur le rappel des mots de la Genèse : *Erunt duo in carne una*, c'est-à-dire sur l'idée que le mariage avait été *ab initio* et dans le plan de la création institué comme indissoluble.

Toutefois, l'Évangile de saint Mathieu avait laissé un doute qui partagea longtemps les docteurs de l'Église, pour le cas unique d'adultère de la femme. Cet Évangile disant au ch. 19, n° 9 : *qui dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem et aliam duxerit mæchatur et qui dimissam duxerit mæchatur*, beaucoup allaient prétendre que le droit

de répudier l'épouse adultère était maintenu pour le mari, avec liberté pour lui de se remarier (1). Cette opinion fut défendue pendant des siècles. Elle semble admise encore dans la loi des Wisigoths du xvii<sup>e</sup> siècle, au Livre III (2). On en voit trace en Gaule jusqu'au ix<sup>e</sup> siècle, et elle est restée de doctrine et décision constante dans l'Église grecque. Mais elle avait rencontré dès le début, sur le sens même du texte sacré, des contradicteurs qui en eurent raison pour l'Occident. On fit observer que saint Marc et aussi saint Luc, rapportant les mêmes paroles du Christ, n'y avaient joint aucune réserve, même apparente, pour le cas d'adultère et que d'autre part saint Paul avait rappelé le principe comme absolu dans sa première Epître aux Corinthiens, ch. 7, n<sup>os</sup> 10 et 11. On ajouta que les mots *nisi ob fornicationem*, ne portant dans le passage même de saint Mathieu que sur le *dimiserit* en vue d'autoriser le renvoi de la femme coupable, pouvaient et devaient s'entendre aussi bien d'un simple renvoi par séparation de corps, avec relâchement du lien sans le briser. Saint Augustin fut parmi les plus puissants défenseurs de cette interprétation et réussit à la faire triompher dans la doctrine de l'Église catholique, en insistant surtout sur cette idée que, si le mari pouvait répudier sa femme et se faire libre, il n'y aurait plus égalité entre les deux conjoints, puisqu'aucun texte n'aurait autorisé la femme à agir de même, ni dans l'Évangile, ni dans saint Paul. L'indissolubilité absolue, n'était-ce pas d'ailleurs le sens direct et logique de la parole fondamentale, *quod Deus conjunxit, homo non separ* qui ne semble pas comporter de restriction? — Ainsi, sous l'action d'un courant grandissant d'aspirations nouvelles, devait-on s'attacher à l'idée générale seule, en l'isolant d'une exception unique et douteuse. Et ce fut le texte simple et

(1) V. aussi dans saint Mathieu, ch. V, n<sup>os</sup> 31 et 32.

(2) L. III, t. VI, n<sup>o</sup> 2.

lumineux, formulant le principe idéal, qui l'emporta (1). L'Église d'ailleurs devait trouver une autre raison d'ordre purement religieux, dans sa conception théologique du sacrement de mariage, sortie de l'Épître de saint Paul aux Ephésiens. Le mariage avait été proclamé par lui un mystère, car tel est dans le texte latin le sens du mot *sacramentum*, destiné à imiter l'union de Jésus-Christ avec son Église, et cette pensée d'imitation surnaturelle allait être une donnée essentielle du Sacrement de mariage, telle que nous l'avons vue rappelée par nos rois mêmes au préambule de la Déclaration de 1639. Or cette union du Christ et de l'Église n'est-elle pas, par son essence, union indissoluble? Donc le mariage, désormais marqué de ce signe idéal et sacré, devait rester d'autant mieux indissoluble entre les époux (2).

2<sup>o</sup> Cette démonstration, toute de foi religieuse, a été toujours mise au premier plan dans les ouvrages canoniques et civils de l'ancienne France. Pothier même ne semble pas en présenter d'autre pour expliquer l'indissolubilité, qu'il vise à interpréter dans le sens le plus absolu (3). Mais ce n'est pas tout ce qu'on peut dire, ni tout ce que l'Église a dit elle-même pour soutenir son principe d'indissolubilité. La doctrine de l'Église s'est toujours appuyée, au moins sommairement, sur des considérations plus directement accessibles à la raison, comme données de morale supérieure. Quand elle commença de proclamer son principe en face des abus du divorce romain, elle ne manqua pas de faire ressortir combien, pour la famille

(1) V., dans Pothier n<sup>os</sup> 486 à 498, cette longue discussion rapportée, avec la masse des textes à l'appui.

(2) Ainsi devait prévaloir l'indissolubilité comme une règle de l'Église catholique, proclamée en termes définitifs et absolus par le concile de Trente, canon 7, pour rejeter et condamner la thèse contraire de la Réforme. D'ailleurs le concile, en tête de ses décisions dogmatiques et disciplinaires sur le mariage, a rappelé les autorités de l'ancien et du nouveau Testament sur lesquels ces principes sont appuyés.

(3) V. n<sup>os</sup> 461 et s., et surtout 382.

et la société, devaient résulter une notion et une organisation meilleures du mariage, de cette idée nouvelle du lien conjugal indissoluble. Saint Ambroise notamment fit valoir avec force cette considération dans l'intérêt des enfants et c'est *in favorem liberorum* que la répudiation avait d'abord été restreinte par les Empereurs (1). Saint-Thomas d'Aquin, vers la fin du Moyen-Age, enseignait déjà que dans l'union conjugale, non seulement son unité et sa perpétuité, mais son indissolubilité complète est conforme au droit naturel en raison de la moralité supérieure de la nature humaine et de la grande œuvre de l'éducation des enfants. Toujours l'Église a soutenu que sa législation, qui a fait supprimer le divorce pendant des siècles, avait été un grand bienfait et une cause de supériorité manifeste pour nos sociétés d'Europe. De nos jours elle enseigne plus fortement que jamais qu'en repoussant tout divorce et « en prenant soin de sauvegarder la sainteté et la perpétuité du mariage, elle croit avoir bien mérité de l'intérêt commun de tous les peuples ». Ce sont les paroles mêmes de Léon XIII, dans son Encyclique *Arcanum*. Et certes l'Église peut revendiquer pour elle d'avoir ainsi dégagé dans son Droit canon cette grande notion juridique du lien conjugal à l'encontre du *liberum matrimonium* des Romains. C'est bien elle qui a fait prévaloir dans le monde cette donnée, aujourd'hui toute acquise, que le mariage implique un engagement perpétuel et indissoluble, sauf la question de savoir si le principe doit rester tout absolu, ce qui est sa doctrine, ou peut admettre quelques dérogations à titre de remède, ce qui est devenu notre droit moderne. Nous reprendrons bientôt cette discussion pour conclure notre exposé d'histoire (2).

(1) V. *Introduction générale*, p. 203.

(2) V. au 33<sup>e</sup> cours, p. 329 et s.

## II

e) A quelle époque a prévalu le principe d'indissolubilité absolue (1)? On ne peut dire encore dès l'Empire romain, pas même à l'époque du Bas-Empire. Sans doute la coutume religieuse des chrétiens, dans l'Église naissante, tendit dès le début à supprimer entre eux l'usage païen des répudiations et du divorce. Les chrétiens s'engageaient d'eux-mêmes à n'y pas recourir pour contracter quelque autre mariage, et les chefs du clergé frappaient de peines ecclésiastiques ceux qui en abusaient. Mais les Conciles, ceux que nous avons du m<sup>e</sup> au vi<sup>e</sup> siècle, n'allèrent pas encore jusqu'à formuler une prohibition absolue en droit canon. Quant au droit civil positif, le christianisme ne put qu'inspirer au Bas-Empire une législation plus sévère du divorce, sans le faire proscrire (2). Le divorce est encore au code Théodosien et même aux recueils de Justinien, à la fois comme divorce mutuel et répudiation pour causes motivées. C'est merveille que l'Église ait pu finir par triompher de telles habitudes, invétérées dans toute la société romaine (3).

En Gaule, dans les royaumes barbares, spécialement chez les Francs, répudiation et divorce étaient pratiqués encore, par effet prolongé des coutumes germaniques; ce

(1) On trouve dans Pothier, n<sup>os</sup> 483 et s., la suite des principaux textes, mais il faut surtout suivre ces questions, avec les difficultés qu'elles comportent, dans Esmein, t. 2, p. 48 à 100.

(2) V. *Introduction générale*, p. 201 et s.

(3) Dans le texte des Conciles jusqu'au v<sup>e</sup> siècle s'est conservée, suivant les traditions romaine et hébraïque, une différence marquée entre les cas d'adultère de la femme ou du mari. Pour l'adultère ou autres manquements du mari, prohibition est faite à la femme et sous peine grave de se remarier après l'avoir répudié, ce qui se lit encore au Concile d'Elvire, C. 8 et 10; mais pour l'adultère de la femme, on se borne à dissuader le mari d'en épouser une autre: Concile d'Arles de 314, n<sup>o</sup> 10, Concile de Vannes de 465, n<sup>o</sup> 4.

qui ne fut pas abandonné dès la conversion, comme nous l'avons pu voir aux lois Burgonde et dans les formules de Marculf. Mais après les invasions, l'Église n'allait cesser de grandir comme autorité morale et comme puissance publique. Les textes saints et leurs commentaires primèrent de plus en plus ceux du droit romain ou barbare. Les Conciles du VI<sup>e</sup> au IX<sup>e</sup> siècles, au temps de nos deux premières races, devaient se prononcer plus fortement contre le divorce (1). On peut suivre, assez péniblement d'ailleurs, dans ces Conciles et aussi dans les Capitulaires ces progrès de l'indissolubilité. Allons droit aux conclusions dernières. Déjà sous Pépin-le-Bref, au capitulaire de Soissons (de 744 n° 9), on voit le mariage nettement déclaré indissoluble jusqu'à la mort : « Tous deux vivants qu'aucun des conjoints n'en prenne un autre ». Mais le cas d'adultère de la femme est excepté, *excepta causa fornicationis*, comme chez les Wisigoths. Or cette restriction elle-même disparaît dans le Capitulaire de 789, n° 42, et dans le recueil d'Anségise qui le reproduit (L. I, n° 42) (2). On peut donc considérer tout divorce comme interdit en France au temps de Charlemagne dès le début du IX<sup>e</sup> siècle et par accord des deux pouvoirs de l'Église et de l'État.

A partir du IX<sup>e</sup> siècle la prohibition du divorce s'affirme sans conteste dans les Conciles ultérieurs tels que ceux de Nantes et de Trofii. Elle se suit mieux encore, à travers les écrivains ecclésiastiques, notamment dans Hincmar, le grand archevêque du IX<sup>e</sup> siècle. Elle se poursuit dans Régino et Yves de Chartres, comme elle sera confirmée dans tous les textes du *Corpus juris canonici* (3), où le terme même de

(1) C'est ainsi que le 2<sup>e</sup> Conc. d'Orléans de 533 prohibait au n° 11 tout divorce par consentement mutuel ou toute répudiation *ab infirmitatem*.

(2) « *Ut nec uxor a viro dimissa alium accipiat virum vivente viro suo, nec vir aliam accipiat uxorem vivente priore* ». Et cette même décision avait été formulée dans le Concile de Fréjus de 796.

(3) V. Pothier, n° 496 avec textes à l'appui.

*divortium* prend un autre sens, surtout celui de nullité, ou parfois de séparation de corps. Ainsi plus de répudiation, ni de divorce sous aucune forme, c'est devenu le droit constant de l'Église. Le Concile de Trente en son Canon 7, n'a donc fait que confirmer solennellement les principes traditionnels catholiques, en insistant surtout sur l'hypothèse qui avait été longtemps discutée, celle de l'adultère de la femme, parce que le divorce, pour ce cas principal et quelques autres, était alors réclamé par les chefs de la Réforme. Mais pour ménager l'Église grecque et sur la réclamation des Vénitiens qui avaient des sujets lui appartenant, le Concile, au lieu de prononcer directement l'anathème contre tous ceux qui enseignent ou pratiquent cette répudiation, se borna à frapper ceux qui s'arrogeraient de censurer l'opinion de l'Église latine sur ce point (1).

Si ferme qu'ait été l'Église sur le principe d'indissolubilité, il ne faudrait pas oublier que dans le Moyen-Age, elle n'en fit pas toujours l'application très rigoureuse. Ni sa théorie des nullités, ni son langage même n'étaient alors aussi nettement dégagés qu'aux derniers siècles. Il advint plus d'une fois que la sentence de nullité, dite alors vaguement *sententia divortii*, fut prononcée, sans qu'il s'agit sûrement d'un vice initial du mariage, mais parfois d'une rupture. Nous en avons la preuve en ce qui concerne l'impuissance, où il ne fut pas exigé tout d'abord rigoureusement qu'elle fut antérieure. On sait d'ailleurs, par des faits d'histoire générale, qu'à raison des empêchements alors presque indéfinis de parenté et d'alliance il arriva, surtout dans les unions royales ou princières, que des mariages furent rompus comme annulés sous prétexte de parenté éloignée, alors que le vrai motif de la demande était surtout une pensée de répudiation ou de divorce (2). Dans la

(1) V. le texte même du canon 7 rapporté par Pothier, n° 497.

(2) C'est bien ainsi, sous un prétexte de parenté, que fut prononcée la rupture de Louis VII et d'Eléonore de Guyenne, qui pesa si lourdement sur notre histoire quand Henri Plantagenet eut épousé à son tour la grande

confusion générale, l'Église eut pendant des siècles une latitude d'arbitraire dont il lui arriva d'user pour tempérer sa rigueur d'indissolubilité. Mais le principe étant posé comme dominant les esprits et les mœurs, devait dérouler toutes ses conséquences logiques. Dès avant le Concile de Trente et plus encore après lui, l'idée du mariage indissoluble était suivie dans sa pleine austérité. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'en raison du plus grand nombre d'empêchements admis et d'une jurisprudence plus souple, l'indissolubilité demeurait moins sévère qu'elle ne fut chez nous de 1816 à 1884. Et nous aurons encore à relever la brèche, ou tout au moins la réserve notable, que le Droit canon a reconnue et développée au sujet des mariages non consommés.

### III

L'indissolubilité a signifié depuis lors et elle a eu pour effet que le lien de mariage ne peut être rompu que par la mort d'un des conjoints<sup>(1)</sup>, et que, tous deux vivants, s'il est devenu chaîne trop lourde, il ne peut être relâché que par une séparation, sans être brisé.

D'après le Droit canon, suivi par notre ancien droit civil, la mort seule pouvait rompre le mariage, pour en permettre un autre au survivant. L'Église avait poussé la rigueur de son principe jusqu'à décider qu'aucune absence, même prolongée, ne pouvait autoriser un second mariage, tant que la preuve n'était pas rapportée de la mort du conjoint banni, fugitif ou parti aux croisades. Et, par mort, ne s'entendait ici que la mort naturelle, non la mort civile du condamné; pas même en principe la mort civile résultant

héritière d'Aquitaine, sauf à s'accommoder de son caractère difficile. C'est aussi la raison de parenté éloignée qu'invoquait Philippe-Auguste pour rompre, dès les premiers jours de son mariage, avec Ingelburge de Danemark et la remplacer par Agnès de Méranie.

(1) C'est ainsi que l'énonce encore le Code canonique, art. 1118.

de la profession religieuse d'un des époux et acceptée par l'autre au cours du mariage. Celui qui ne renonçait pas au monde avait le droit de mettre obstacle par son refus aux vœux de son conjoint, mais non de se remarier par suite de cette profession, s'il l'avait consentie sans l'imiter.

Ici toutefois s'était produite et s'est fixée une dérogation au principe, qui surprend à première vue. Tant que le mariage n'avait pas été consommé, eut-il été célébré publiquement, il pouvait être rompu par les vœux solennels d'un des époux s'engageant lui seul en religion. L'unique volonté de cet époux pouvait alors suffire, et l'autre recouvrait la liberté de se remarier. Le Concile de Trente le confirma dans son 6<sup>e</sup> canon, et le Code canonique l'a maintenu au canon n<sup>o</sup> 1119. J'ai rappelé déjà que cette décision paraissait se rattacher aux doctrines de Gratien sur le mariage non absolument parfait, tant que non consommé. Mais n'était-elle pas contraire au principe qui avait dominé : *quod Deus conjunxit homo non separet*; n'était-ce pas ici le mariage brisé par une volonté humaine, celle de l'époux quittant de lui-même son conjoint pour faire des vœux? Non, disait-on, parce que ce n'est plus alors un caprice humain rompant le mariage en vue du monde. En inspirant ces vœux c'est Dieu qui vous appelle : *Deus separat non homo*. Et c'est l'idée qu'avait marquée déjà le pape Nicolas I<sup>er</sup> (4).

Au cours des siècles et jusqu'à nos jours les canonistes ont su développer une seconde application de cette idée que le mariage chrétien n'est indissoluble que s'il a été consommé. Nous rencontrons ici le jeu de la dispense *de rato et non consummato*, tout inconnue de nos civilistes anciens et modernes<sup>(2)</sup>, mais devenue familière comme moyen extrême et souple en Droit canon. Suivant la formule écrite au Canon 1118 du nouveau Code, c'est le mariage consommé

(1) V. Pothier, n<sup>o</sup> 470, et sur tous ces points ses n<sup>os</sup> 468 à 485.

(2) Il n'en est pas dit un mot dans Pothier.

qui, seul, est absolument indissoluble jusqu'à la mort d'un des conjoints : *matrimonium validum ratum et consummatum nullâ humana potestate nullaque causa præter quam morte dissolvi potest*. Aussi le canon 1119, en dehors du cas de profession religieuse que nous venons de rappeler, décide que *matrimonium non consummatum inter baptisatos dissolvitur per dispensationem ex justa causâ sede Apostolica concessam, utraque parte rogante vel alterutra, et si altera sit mortua*. C'est la dispense *de rato et non consummato* dont il est question sous ce nom, en plusieurs autres articles, tels que Can. 1962, 1963, 1966 et 1973 (1).

Quoiqu'elle semble avoir pris surtout grande extension de nos jours, cette dispense n'est pas une donnée toute nouvelle. On la fait remonter jusqu'à Hincmar, et, plus tard, ayant pris corps en doctrine avec la distinction de Gratien sur le mariage *desponsatione initiatum sed consummatione perfectum*. Elle semble avoir été acceptée en partie par le pape Alexandre III (*magister Rolandus*) sans avoir figuré dans P. Lombard et Saint-Thomas d'Aquin. Il en est

(1) Comment s'expliquer cette idée canonique du rôle attaché à la consommation, dont notre Droit civil ne tient nul compte ? Est-elle sortie d'emblée d'une vue bien réfléchie sur l'extrême importance du fait de la consommation dans les données naturelles du mariage, ou simplement d'une interprétation littérale de l'Écriture Sainte, disant des époux *sunt una Caro* ? L'a-t-on rattachée au principe formulé par le Droit canon, que le mariage a pour fin première *procreatio prolis*, et que le *jus in corpus conjugis*, selon les canonistes, rentre essentiellement dans l'engagement du mariage ? Toujours est-il que le fait de la consommation charnelle, qui est en soi de considération très humaine, à pris dans le Droit canon une portée de plus en plus grande, et que cette rupture possible des mariages non consommés a pu servir à dénouer des situations fort difficiles ou pénibles, comme aussi à concilier certains cas de divorce civil. Mais rien de cela ne saurait être si le mariage a été consommé, ne fut-ce qu'un jour ou une heure. Et de là des difficultés canoniques pour savoir ce qu'il faut entendre par consommation ; de là aussi des procédures délicates d'*inspectio corporalis* ou autres, avant d'aboutir aux décisions de la Cour de Rome de qui doit toujours émaner cette dispense *de rato et non consummato* (V. Code canonique, C. 1976 et s.).

résulté, que même entre chrétiens, il n'est de mariage tout indissoluble que quand il a été consommé (1).

Nous verrons enfin au sujet du mariage des infidèles qu'il a été admis, en Droit Canon, qu'après conversion de l'un d'eux leur union peut être dissoute, même ayant été déjà consommée. Mais ici ne s'appliquait pas l'indissolubilité du sacrement.

#### IV

Au principe sévère du lien tenu pour indissoluble avec tous les devoirs qui s'y rattachent, le tempérament qu'avait admis le Droit canon et que seul aussi reconnaissait d'après lui notre ancien Droit français, c'était la séparation de corps ou d'habitation, *divortium quoad torum* ; séparation autorisée et le plus souvent prononcée en justice. Elle a été l'une des principales créations du droit canon dans l'institution du mariage. Nous savons bien à quelle idée de morale religieuse elle a répondu. Mais il faut voir aussi sur quelle donnée juridique elle a reposé et quelles étaient ses règles principales, qui font bien saisir la notion même du lien conjugal.

A Rome, il ne s'est rien vu de semblable à notre séparation de corps organisée en institution. Avec ses données traditionnelles sur le *liberum matrimonium*, le droit romain classique ne pouvait pas même avoir l'idée d'une telle séparation judiciaire. Qu'était-ce en effet que le mariage romain ? Un état de vie commune, accepté dans la famille et se continuant par libre entente. Dès lors plus rien comme état de mariage quand la vie commune a cessé, soit parce qu'elle est devenue impossible en fait (captivité), soit parce que la volonté de la maintenir vient à manquer aux deux conjoints ou même à un seul. La loi pouvait punir indirectement la répudiation capricieuse, elle ne maintenait pas

(1) V. dans les traités de Gasparri et de De Smet les applications multiples de cette dispense accordée seulement *ex justa causâ*.

en droit le mariage à titre de lien légal contre le fait, devenu constant, d'une vie séparée.

Toute autre est devenue la notion du mariage canonique et civil. Le mariage implique avant tout un lien, contracté volontairement sans doute, mais qui, une fois formé, persiste au-dessus de la volonté plus ou moins stable des époux. Conjointes par Dieu dans la doctrine de l'Église, unis au nom de la loi dans la formule même du mariage civil, les époux se sont engagés, devant une autorité supérieure qui peut seule dénouer ou détendre le lien qu'elle a contribué à former; et ce lien subsiste, même si les époux ne songent, quant à eux, qu'à se désunir. C'est à la société, religieuse ou civile, de considérer et de décider: ou bien qu'en principe ce lien est tout indissoluble et ne peut être que relâché, tel est le droit de l'Église; ou bien qu'il est possible de le rompre, mais dans quelques cas extrêmes, et aussi par décision judiciaire, ce qui est notre loi actuelle depuis le rétablissement du divorce. Jadis et jusqu'à la Révolution il n'exista que la séparation de corps, au double point de vue religieux et civil.

A quelle époque faire remonter la séparation de corps tournée en institution? Il est difficile de préciser. Ce qu'on voit tout d'abord dans l'Empire romain, aux premiers siècles chrétiens, c'est la séparation des époux résultant de divorce ou de répudiation, pratiqués suivant le droit civil, mais avec prohibition canonique de se remarier. Il semble en avoir été ainsi au début chez les Francs. L'Église se bornait à prohiber et punir par ses moyens propres toute nouvelle union (1). Il en résultait que des conjoints désunis se plaçaient eux-mêmes en état de séparation, mais sans pouvoir passer outre. Au Moyen-âge l'Église, tenue pour souveraine incontestée du sacrement et du lien, en vint à ne plus tolérer même la cessation de vie commune sans examen du juge ecclésiastique. Et d'ailleurs, surtout au profit de la femme,

(1) Concilium Agathense de 506.

il était nécessaire qu'elle autorisât et sanctionnât cette séparation, pour la faire respecter. D'où la *sententia divortii quoad torum* qu'on voit rappelée aux Décrétales et dont Bernard de Pavie formulait ainsi le principe: *Divortium fieri non potest absque ecclesiastico iudicio et sine causæ cognitione*. D'ailleurs puisque l'Église formulait avec précision, sanctionnait même dans ses *officialités* les devoirs conjugaux de vie commune, ne s'ensuivait-il pas qu'elle examinât et décidât quand, pour combien de temps, dans quelle mesure les conjoints pouvaient être relevés de ces engagements appelés parfois *mutua servitus*? Étant donnée cette institution nouvelle et canonique de la séparation de corps, quelles en étaient les règles; et puisqu'elle n'était reconnue que comme prononcée en justice et pour justes causes, demandons-nous, en suivant la question jusqu'à la fin de notre Ancien Droit, par quel juge, pour quelles causes, et pour quelle durée?

*Par quel juge?* Ce fut d'abord et longtemps le juge d'Église, tout naturellement, puisque c'était le Droit canon qui l'avait établie et qu'il s'agissait bien là du lien de mariage à détendre au lieu de le rompre. N'était-ce pas l'Église, qui avait dégagé et organisé la donnée du lien de mariage et qui, de longue tradition, était appelée à prononcer sur toute question concernant ce lien? Beaumanoir le constatait bien au XIII<sup>e</sup> siècle, en son chapitre « des *malta-lents entre époux* », tout en admettant déjà la femme à implorer le secours au moins provisoire des juges laïcs, quand le mari la malmenait trop (1). Cette tradition première se poursuivit longtemps et Guy Coquille au XVI<sup>e</sup> siècle reconnaît encore que la compétence des séparations de corps était au juge d'Église (2), comme l'avait affirmé aussi le Concile de Trente (3). D'ailleurs il n'existait aucun

(1) Ch. 57, nos 4 et 11.

(2) T. 2, p. 70 et 284.

(3) Au canon 8.

règlement de séparation de corps aux Coutumes rédigées, comme en tout ce qui concerne le lien personnel de mariage.

A partir du xvii<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence des Parlements visa avec ténacité à reprendre cette compétence pour les tribunaux séculiers. D'Héricourt le constate déjà et les auteurs du xviii<sup>e</sup> siècle, Pothier notamment, affirment que les séparations de corps ne ressortent plus que des juges laïcs. Mais comment justifier alors cette reprise? On invoqua d'abord qu'il se mélangeait nécessairement aux séparations de corps des questions d'intérêt temporel, qui devaient ressortir de la justice séculière, et surtout la question des séparations de biens, suite inévitable des séparations de corps. On ajoutait encore, pour nier plus directement la compétence d'Eglise, qu'il ne s'agit pas dans la séparation de corps de statuer sur le sacrement et sur l'existence du lien, c'est-à-dire sur sa validité, seul point qui devait être réservé au juge d'Eglise. Ainsi raisonne Pothier au n<sup>o</sup> 518. Le raisonnement n'était guère juste, car qu'il s'agit d'examiner si le lien conjugal peut être contesté, ou d'apprécier s'il doit être relâché, c'était toujours question portant essentiellement sur la donnée même du lien conjugal. Toute la tradition du mariage chrétien, remontant jusqu'au passage discuté de l'Évangile, étoit en ce sens (1). Mais, depuis les progrès de la théorie du contrat civil préexistant au sacrement, Doctrine et Jurisprudence travaillaient obstinément à restreindre la juridiction de l'Eglise et se contentaient de prétextes plausibles pour exercer leurs diverses reprises, en recourant aux appels comme d'abus comme moyen supérieur de contrôle. Il y aurait donc eu appel comme d'abus si la question de séparation de corps étoit portée devant l'official, et le procureur du Roi aurait pu lui-même le soulever d'office.

(1) Pothier ne reconnaît-il pas implicitement tout cela dans son argumentation du n<sup>o</sup> 517?

Mais la séparation, *pour quelles causes*? C'est là ce qui n'est pas facile à déterminer, disoit encore Pothier au xviii<sup>e</sup> siècle (n<sup>o</sup> 608). Et cela fut aussi vrai du Droit canon que du droit civil, sauf que, sur cette détermination des causes susceptibles d'être invoquées, ils ont différé sensiblement dans leurs deux jurisprudences successives.

D'abord le Droit canon ne paraît pas avoir eu le souci de fixer les causes et de les formuler avec précision, voulant plutôt laisser à cet égard un large pouvoir d'appréciation à ses juges, ce qui résulte clairement du can. 8 du Concile de Trente parlant de la séparation, *Ob multas causas, ad certum vel incertum tempus*. Il semble que la séparation n'est pour l'Eglise qu'une mesure de circonstance et plutôt temporaire, avec visée de la faire cesser, d'en imposer même la cessation quand la cause vient à s'atténuer ou à disparaître (1). Cependant, comme il y eut toujours à dégager quelque doctrine de direction générale, deux idées semblent avoir guidé la Jurisprudence canonique au sujet des séparations de corps : 1) Ne l'admettre que pour les cas graves de manquement personnel d'un des conjoints envers l'autre, tels que mauvais traitements, injures graves, corruption des mœurs ou de la foi; mais non pour d'autres raisons. Aussi pour l'Eglise, ni les méfaits ou turpitudes d'un conjoint, même suivis de condamnation criminelle, ne pouvaient être cause de séparation, ni les maladies de corps ou d'esprit, si infamantes ou répugnantes qu'elles fussent. Car il n'en résultait pour ce conjoint misérable que des tares physiques ou morales, ne pouvant constituer une injure personnelle pour l'autre époux (2).

(1) C'est encore le système canonique enseigné par les auteurs et consacré au nouveau Code, quoique trop brièvement. V. Can., 1128 à 1132, surtout C. 1131.

(2) C'est ainsi qu'on avoit décidé jadis que le conjoint du lépreux ne pouvoit exiger la séparation, pas plus que le conjoint d'un malfaiteur public à moins qu'il n'eût voulu faire son conjoint complice. Tandis que les mauvais traitements, les offenses graves, l'infidélité c'est-à-dire l'adul-



Le Droit canon n'entraîne point ici dans les considérations d'honneur ou de respect humain qui nous ont fait admettre la séparation à l'encontre d'un conjoint gravement condamné ou décrié; 2) Consacrer l'égalité entre époux pour l'observance de leurs devoirs et par suite les protéger par sanctions égales contre leur violation. Aussi les canonistes enseignaient-ils que la séparation de corps pouvait être invoquée des deux côtés, pour mauvais traitements, offenses graves et notamment pour cause d'adultère ou d'hérésie. La femme pouvait donc aussi bien la demander et l'obtenir pour infidélité du mari, ainsi qu'Héricourt le rappelle formellement. C'était toujours entre eux *eadem lex*, comme l'avaient enseigné dès le début les Pères de l'Église.

S'il en était ainsi en Droit canon devant les Officialités, quand la compétence fut retirée au juge d'Église, il se forma une jurisprudence séculière assez différente, qui se trouve exposée au dernier siècle dans les auteurs, dans le recueil de Denisart, dans le Code matrimonial, comme étant celle des Parlements. Elle apparaît d'ailleurs, plus étroite et plus injuste au fond que celle du Droit canon. La voici résumée en quelques mots, d'après Pothier qui présente, lui aussi, la séparation de corps comme pure affaire de jurisprudence séculière avec pleins pouvoirs d'appréciation pour les tribunaux (n° 508). Mais cette jurisprudence, il la montre conçue dans un esprit de restriction marqué contre l'usage des séparations de corps. En effet, il ne parle guère de vraie séparation de corps que comme susceptible d'être demandée par la femme (1), en donnant pour seules justes causes, soit les mauvais traitements du mari (n° 509) soit l'accusation d'un crime

tère, aussi bien du mari ou de la femme, pouvaient être invoqués en Droit canon pour le *divortium quoad torum*. De même une des grandes causes canoniques a été l'hérésie, *fornicatio spiritualis*, à raison du danger de perversion pour le conjoint demeuré fidèle. V. au nouveau Code Can. 1131-1° et s.

(1) Nos 506 et 507.

capital portée par lui et calomnieusement contre elle (n° 512). Il ne dit rien du cas où le mari aurait été condamné comme malfaiteur. Il est surtout explicite pour attester que la femme n'était pas admise à demander séparation pour l'adultère du mari, même commis notoirement au domicile conjugal; et son n° 516 est des plus étranges sur la manière de concevoir le devoir réciproque de fidélité entre époux. Quant au mari, il ne nous est guère montré comme réclamant une séparation de corps proprement dite, l'idée ayant été sans doute qu'en raison de sa situation et de ses pouvoirs de mari, il avait des moyens suffisants de mettre une méchante femme à la raison. La cause, pour laquelle il avait lieu d'agir en justice, c'était l'adultère de sa femme (n° 525), et non pas seulement alors pour cesser la vie commune mais pour faire condamner et enfermer l'épouse coupable qui, recluse en un couvent, y devait demeurer cloîtrée pour le reste de ses jours, à moins que dans les deux ans son mari n'eût consenti à la reprendre (n° 527).

La séparation obtenue, quelle en était *la durée*? Le Droit canon l'admettait, dans sa pratique, *ad certum vel incertum tempus*, toujours avec désir de réconciliation. Mais l'idée d'un temps indéterminé ne pouvait guère convenir aux intérêts temporels. Aussi la jurisprudence du Parlement tendait à prononcer la séparation de corps à toujours et comme devant former un nouveau régime durable, sauf réconciliation possible et désirée (1).

En droit séculier comme en Droit canon, l'effet de la séparation prononcée était seulement de détendre le lien conjugal sans le rompre. Elle déchargeait les conjoints de toute obligation de cohabiter; mais du vivant des deux conjoints nul autre mariage pour eux n'était possible et le devoir de fidélité subsistait si bien que le mari séparé pouvait encore poursuivre sa femme pour cause d'adultère.

(1) Pothier, n° 524.

tère. Bien plus, il gardait nombre d'attributs de puissance et notamment l'autorisation maritale, encore que la séparation de corps entraînaît séparation de biens<sup>(1)</sup>. Mais ici, nous devons déjà noter qu'il en avait été autrement jusqu'au xvi<sup>e</sup> siècle où se produisit en jurisprudence et doctrine civiles un revirement fâcheux tendant à exagérer les effets de la puissance et surtout de l'autorisation maritales; comme nous le suivrons au 40<sup>e</sup> Cours, sur le *Droit des Gens mariés*.

(1) Pothier, nos 522 et 523.

## TRENTIÈME COURS

### Le mariage des protestants.

L'Église venait d'affirmer à nouveau sa législation du mariage au Concile de Trente et notamment d'accéder à l'idée que le mariage, pour être valable, doit être conclu publiquement devant le prêtre. Et c'est précisément l'époque de la Réforme, où la France allait compter plusieurs millions de protestants. Or rien n'était dit pour leurs mariages, ni au Concile de Trente, ni dans l'Ordonnance de Blois. Qu'allait-il advenir des unions matrimoniales qu'ils pourraient songer à contracter entre eux, puisque le mariage entre catholique et protestant devait être bientôt interdit par le Roi.

Jusqu'à Louis XIV et vers 1680, il n'y eut pas sur ce point de gêne sérieuse. Si le mariage parmi les protestants n'était plus regardé comme un sacrement, puisque Luther et Calvinre poussaient en cela la tradition catholique, il restait pour eux aussi bien un acte religieux, pouvant et devant être conclu comme tel devant leurs ministres. Or les protestants eurent pendant près d'un siècle leur culte reconnu et autorisé d'après les articles publics ou secrets de l'Édit de Nantes. Ils n'avaient donc, pour l'État, qu'à s'unir publiquement devant leur ministre, qui en ménageait aussi la preuve. Rien de plus n'était exigé pour la forme.

(2) V. Boehmer, *Jus ecclesiasticum protestantium* (xviii<sup>e</sup> siècle).

Il est vrai que dans leur doctrine protestante, ils rejetaient une bonne part des règles établies depuis des siècles pour l'institution canonique du mariage<sup>(2)</sup>. Et c'est ainsi : a) qu'ils admettaient le divorce, d'abord au cas de l'adultère de la femme, mais même en plusieurs autres que Luther et Calvin avaient déjà énoncés; b) qu'ils repoussaient les empêchements dirimants de vœu solennel et de prêtrise; si bien qu'en France, à partir de la première moitié du xvi<sup>e</sup> siècle, on avait vu passer à la Réforme des prêtres ou des religieux qui avaient en même temps contracté mariage, violant ainsi l'empêchement perpétuel établi en Droit canon; c) qu'ils entendaient limiter au 3<sup>e</sup> degré canonique l'empêchement de parenté, restreindre aussi celui d'alliance et rejeter celui de parenté spirituelle; d) enfin condamner toute pratique de dispense et aussi la prohibition du *tempus feriarum*.

Devant ces prétentions les Rois n'avaient pas cru devoir établir un droit distinct du mariage. Ils avaient seulement, en quelques articles d'édits, usé de clémence et recommandé à leurs procureurs de pas poursuivre. Mais l'Édit de Nantes d'avril 1598 avait maintenu pour le fonds le système général et traditionnel du Droit canon; et nul doute que l'indissolubilité sans divorce possible restait imposée aux protestants. Quant à la juridiction, l'article 41 (secret) de l'Édit de Nantes avait décidé que les questions relatives aux validités de mariage protestant pourraient être portées devant le juge royal plutôt qu'aux officialités, en distinguant toutefois, au cas de litige, suivant que le protestant était défendeur ou demandeur<sup>(1)</sup>.

Tout ce système dura, même quand Richelieu eut brisé la force des Huguenots comme parti politique. On est frappé de ne rien voir de spécial à l'égard de leurs mariages dans la législation de Louis XIII, notamment dans le Code Michaud

(1) V. sur ces divers points le *Code matrimonial*, chap. 5 (Edition de 1770).

de 1629 et dans la Déclaration de 1639<sup>(1)</sup>. Mais Louis XIV, dans la seconde moitié de son règne, se laissa envahir par d'autres pensées; car c'est lui et son entourage, mais non la cour de Rome, qui ont voulu et conduit cette persécution des protestants. Par visée politique autant que religieuse, Louis XIV crut pouvoir imposer l'unité de culte et de foi pour achever l'unité morale du pays. A partir de 1680 s'annonce l'orage qui se prépare. Et d'abord en ce qui concerne le mariage, un édit de novembre 1680 vint prohiber tout mariage entre catholique et protestant sous peine expresse de nullité. Mais le mariage restait encore possible entre les protestants, quoique rendu plus difficile par la suppression de leur culte en maintes localités. Alors commencent toute une série de mesures dont l'édit de révocation d'octobre 1685 n'a été que la plus considérable et la plus saillante; mesures qui formaient un ensemble de persécutions légales et administratives, en même temps que commençaient les Dragonnades. Leur but était d'amener par contrainte morale l'abjuration du protestantisme, en offrant même des avantages aux ministres qui abandonnaient le sacerdoce pour d'autres fonctions, comme celle d'avocat.

Malgré des conversions nombreuses, mais dont beaucoup peu ou point sincères, malgré des émigrations, nombreuses aussi et bien regrettables pour la France, il n'en resta pas moins jusqu'en 1789 plus d'un million de protestants, confinés surtout dans la région des Cévennes et plus obstinés dans leur foi par la persécution. Pour eux, après la révocation de 1685, comment purent se conclure leurs mariages et se constituer l'état civil de leurs familles, puisque leur culte était rigoureusement interdit, leurs temples fermés ou détruits, leurs ministres expulsés ou pourchassés? Depuis le Concile de Trente et l'Ordon-

(1) L'Édit de Nîmes de 1621 avait conservé l'ensemble des décisions de l'Édit de Nantes.

nance de Blois, n'était plus admis que le mariage contracté publiquement devant un prêtre. A défaut de culte et de prêtres réformés, il ne restait de possible et licite pour leur assurer un mariage régulier que le ministère d'un prêtre catholique, recevant la déclaration du consentement dans son église.

Comment l'obtenir? Un seul moyen se présentait pour qui voulait se marier légalement, tout en gardant sa foi protestante, c'était l'abjuration feinte. Il y en eut beaucoup sur lesquelles on ferma les yeux, et qui donnaient les « nouveaux convertis ». Mais dans certains diocèses, à l'encontre de ces nouveaux convertis fut instituée une série d'épreuves destinées à gêner les abjurations feintes, qui d'ailleurs répugnaient à beaucoup d'entre les protestants. Ceux-ci ne purent avoir que des unions de fait, soit en engageant leur foi réciproque par le mode ancien des *verba de præsenti*, soit en s'épousant en secret devant leurs ministres. Tels étaient notamment les mariages au désert, conclus en assemblées religieuses tenues dans la montagne ou dans les bois. Mais ce mariage de fait, ainsi formé et sincèrement observé entre conjoints, pouvait-il valoir en droit devant la justice et produire des effets civils? Il y eut pendant le premier demi-siècle, après 1685, quelque tolérance en jurisprudence. Les Parlements évitèrent de voir et de prononcer d'office la nullité de forme de ces mariages ainsi que la bâtardise des enfants, dans la plupart des affaires matrimoniales et successorales, où ces questions n'étaient pas soulevées par les plaideurs eux-mêmes. Mais pouvait-on l'empêcher dans les litiges, où la passion et la cupidité des intéressés devaient se prévaloir parfois de ces règles trop certaines du droit positif, pour odieuses qu'elles fussent (1).

Il paraît d'ailleurs que la jurisprudence se montra plus

(1) Sur tout ce sujet, V. le chap. 3 de la thèse de M. Léon Desforges sur la « Formation du mariage » (1887).

sévère à partir d'une Déclaration royale du 14 mai 1724 (art. 15) et qu'il y eut depuis lors de longs tiraillements, à travers le XVIII<sup>e</sup> siècle, entre le clergé et les Parlements. Les Parlements se montrèrent plus rigoureux quant à ces mariages, espérant forcer le clergé catholique à plus largement admettre le mariage des nouveaux convertis, tandis que le clergé se refusait à profaner le sacrement en acceptant sans épreuves préalables des abjurations feintes ou douteuses (1). C'étaient les protestants qui subissaient le contre coup de ces divergences, odieuses pour eux. Mais c'est alors aussi que Philosophes et Encyclopédistes allaient poser la question de tolérance religieuse devant l'opinion.

Ainsi, jusqu'au triomphe de l'idée nouvelle de tolérance et pour un grand nombre de protestants, pas de mariage valable en droit positif, pas d'état civil régulier. C'était comme une mort civile d'un nouveau genre par impossibilité de se constituer une famille légitime en restant protestant (2). Cette situation aggravée durait depuis un siècle, quand Malesherbes sut enfin obtenir du cœur et de la justice de Louis XVI qu'il rendit aux protestants un état civil régulier. On a conservé les Mémoires de Malesherbes qui préparèrent et qui expliquent tout l'édit du 28 novembre 1787. Comme on peut le voir d'ailleurs au préambule, la pensée de cet édit fut d'assurer aux protestants, s'avouant tels, le moyen de célébrer publiquement leurs mariages et de fonder ainsi une famille légitime, mais sans les mettre pourtant dans une position tout égale à celle des catholiques, puisque le culte public de la religion prétendue réformée restait interdit.

(1) Le pape Benoît XIV s'était prononcé pour ce contrôle sévère.

(2) On est étonné de voir avec quelle simplicité cruelle les jurisconsultes résolvent à tout instant cette question des protestants en se bornant à dire comme Pothier : « qu'il n'y a plus qu'une religion en France » et qu'on n'avait à tenir compte de rien d'autre.

Deux formes légales de célébration leur étaient offertes en se présentant : ou devant le prêtre catholique, s'il voulait s'y prêter, dans sa maison curiale et non plus à l'église (art. 14, 16, 17); ou devant le premier officier laïc de justice locale. L'un ou l'autre devait recevoir la déclaration du mariage et prononcer ensuite en présence des parties, qu' « elles sont unies en légitime et indissoluble mariage », ces déclarations devant être écrites sur les registres de preuve (art. 18). La juridiction sur ces mariages était déferée aux juges royaux (art. 24).

Cette mesure n'était autre chose qu'organiser, comme nouvelle et distincte, une véritable célébration civile du mariage, et cela même si elle avait lieu devant le prêtre catholique qui n'avait plus alors d'autre rôle que celui d'officier public délégué par l'Etat. L'idée se montre bien au Mémoire de Malesherbes, qui ne dissimulait pas que le plus souvent les protestants, avant de se présenter devant l'officier catholique ou laïc, auraient auparavant fait bénir secrètement leurs mariages par leurs propres ministres pour la sûreté de leur conscience.

Ainsi l'idée du mariage civil s'était déjà manifestée avant 1789 dans cette hypothèse, pour servir de premier modèle aux Constituants. Il n'y avait plus seulement ici la doctrine gallicane du contrat civil, accouplé comme « matière préexistante du sacrement », dont on avait fait si bien usage pour assurer à l'Etat moyen d'action sur le mariage des catholiques. On avait déjà commencé d'établir le mariage civil, distinct et séparé du sacrement, du moins quant à la forme de la célébration et pour l'usage des protestants. Cette idée, la Révolution n'allait pas tarder à la reprendre pour lui donner, par la sécularisation complète du mariage, un bien autre développement. Du mariage des protestants venons à celui des infidèles. Mais y a-t-il lieu de nous y arrêter? Pour qui songe principalement à l'histoire de notre ancien droit français, en vue d'y chercher les précédents du droit moderne, il n'y a

guère à parler de ces mariages, dont nos civilistes comme Pothier ne disaient à peu près rien. C'était surtout affaire au Droit Canon qui, gouvernant à travers le monde toute la chrétienté, a toujours eu à se préoccuper de questions de mariage surgissant au sujet des infidèles.

Déjà nous avons vu (p. 160 et suiv.) que, d'après le droit canon reçu en France, le mariage entre chrétien et infidèle, à moins d'une dispense, était nul en raison de l'empêchement dirimant du *dispar cultus*. Pour le mariage entre deux infidèles, l'Église n'avait pas à le régler, puisqu'ils ne comptent point parmi ses sujets. Les Canonistes ont toujours reconnu qu'en principe il appartient au prince séculier, dans ses Etats, de légiférer et de juger sur de telles unions, sauf à faire réserve à l'encontre de lois permettant la polygamie ou le divorce, ou violant quelque autre empêchement de droit divin.

En France, nous n'avons pas eu de législation séculière et spéciale sur les mariages d'infidèles. On sait seulement que les juifs, et tout spécialement les juifs d'Alsace, pouvaient par tolérance se marier ou divorcer, suivant leur droit hébraïque. Or le royaume ne connaissait guère d'autres habitants infidèles que les juifs.

Conclu suivant les lois de l'Etat, le mariage des infidèles est pour l'Église *legitimum*, c'est-à-dire régulier. Mais il va de soi qu'il ne peut avoir caractère et vertu de sacrement. Aussi n'est-il pas absolument indissoluble, comme il se voit au cas qui a dû surtout préoccuper l'Église, celui de la conversion survenant en de tels conjoints. Quelle est alors la décision canonique qui s'appliquait dans notre ancienne France? Si tous deux se convertissaient en même temps, le mariage était aussi tôt tenu pour sacrement, et devenait alors indissoluble suivant les termes généraux du droit canon. Mais, s'il y avait conversion d'un seul, l'Église avait pour règle d'invoquer l'autorité de Saint Paul qui, recommandant à l'époux devenu chrétien de s'efforcer d'abord, en continuant la vie commune, d'obtenir la conversion de son

conjoint, lui permettait cependant de le quitter et de rompre si l'infidèle persistait dans sa résistance. Or ce n'est pas alors seulement la séparation de corps qu'il peut obtenir, mais un véritable divorce, lui laissant faculté de se remarier. Ainsi le décide encore le Code de 1918 au Canon 1120 : *Legitimum inter non baptisatos matrimonium, licet consummatum, solvitur in favorem fidei privilegio Paulino*. Mais ce point fût longtemps débattu comme on peut le suivre aux développements donnés par Pothier (n° 498 et s.) lorsque le cas s'était présenté au xvii.<sup>e</sup> siècle dans l'affaire Borach-Lévy.

Une autre hypothèse serait à prévoir, celle où, de deux époux chrétiens, l'un viendrait à abjurer. Comme il y a eu entre eux Sacrement de mariage, le droit canon n'autorise aucun divorce si le mariage a été consommé, mais seulement la séparation de corps au profit de l'époux demeuré chrétien.

Observons d'ailleurs en terminant que, si les civilistes n'ont guère eu à dire sur le mariage des infidèles, les canonistes lui ont toujours consacré de longs développements pour régler les suites des conversions obtenues, à travers des pays si divers par leurs coutumes de mariage, notamment dans ceux où sont pratiquées polygamie et répudiation.

## TRENTIÈME COURS (suite)

### ET TRENTE ET UNIÈME COURS

#### Le lien du mariage pendant la Révolution.

A dater de la Révolution il s'est produit de graves changements dans cet ancien droit du mariage. Le mariage a été sécularisé, c'est-à-dire organisé tout entier en mariage civil, ce qui était déjà en soi une réforme capitale, alors même qu'il n'eut été fait que peu de changement aux règles de fond. Mais en outre l'État, se plaçant désormais au seul point de vue civil pour régir les mariages, en devait venir bientôt à modifier le système des conditions de fond ou empêchements, comme il s'est vu depuis entraîné à varier déjà plusieurs fois en un siècle sur les questions de séparation de corps ou de divorce, c'est-à-dire sur le principe d'indissolubilité. Sans pouvoir ici m'étendre longuement sur cette période intermédiaire, il faut du moins indiquer les principaux actes législatifs, ainsi que le mouvement d'idées et de projets qui s'est produit à cette époque.

#### 1

Il est bien à remarquer qu'en 1789, les cahiers de bail-  
lage pris dans leur ensemble ne demandaient pas sur ce  
sujet du mariage d'importantes réformes. On peut s'en

rendre compte en se reportant au dépouillement même de ces cahiers qui fut fait dès 1789, sous le titre de « Résumé général des extraits des cahiers ». Il ne s'y trouve que fort peu de choses à titre de vœu général. L'Édit de 1787 venait d'être porté comme rendant un état civil régulier aux Protestants ; il n'était demandé qu'un peu plus de facilité pour les mariages mixtes, c'est-à-dire entre catholiques et protestants. En dehors, se rencontreraient des vœux émis dans le sens d'une simplification des empêchements de parenté et d'une commodité plus grande pour l'obtention des dispenses, mais aucun vœu général contre l'indissolubilité absolue, voire même pour un divorce limité ; aucune demande contre les empêchements venus de source purement religieuse, ceux de vœux monastiques ou de prêtrise ; aucune enfin pour retirer à l'Église la célébration et la juridiction des mariages entre catholiques. Bref, l'idée de sécularisation du mariage n'apparaît pas encore dans le plus grand nombre des Cahiers, à la veille des États-Généraux. Ce qu'on a pu relever depuis, en des analyses plus minutieuses des cahiers de baillage ou des innombrables cahiers de paroisse, ne montre en somme que quelques vœux rares et dispersés. C'est seulement au cours de la Révolution et par suite du mouvement extraordinaire d'idées qui se produisit dans la Constituante et autour de cette Assemblée (à Paris surtout, où bouillonnaient tant de têtes), qu'on fut conduit ou entraîné à vouloir remanier l'ancienne tradition sur le mariage, comme sur tant d'autres points à la fois (1).

(1) V. la thèse d'Olivier Martin (1901) : sur *la Crise du mariage pendant la Révolution* où ces mouvements d'idées et d'opinions ont été fort bien suivis pour l'époque révolutionnaire à l'aide des documents les plus variés. V. aussi dans un esprit différent l'ouvrage de M. Sagnac sur *Le Droit civil pendant la Révolution*.

## § 1.

Pour la Constituante, ce n'est qu'en ses derniers jours et dans les délibérations finales sur la Constitution de 1791 qu'elle vint formuler, et seulement d'un mot, le principe moderne : *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil*, pour rompre ainsi avec la doctrine antérieure du contrat civil intimement uni au sacrement dans l'institution du mariage. Elle n'édicte rien d'autre comme législation matrimoniale. Mais il est possible de suivre au cours de ses travaux comment la Constituante fut menée jusque-là, peu à peu, tant par la force logique de ses principes et de quelques autres mesures déjà prises, que par divers incidents qui provoquèrent son examen immédiat. Si bien qu'elle avait déjà fait mettre à l'étude et préparer en forme de Rapport et de Projet plusieurs des changements qui ont suivi, quoiqu'elle ait dû se borner à proclamer sa formule constitutionnelle.

Parmi les principes formulés dès 1789 dans la Déclaration des Droits, la Constituante avait inscrit ceux de Liberté de conscience et des cultes. Ils avaient subi de dures atteintes dans l'Ancien régime, mais venaient d'être vivement réclamés par les philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle, au nom de la Raison. Or, ils n'avaient obtenu qu'une satisfaction incomplète dans l'Édit de 1787, puisque la liberté du culte protestant n'avait pas même été rétablie. Ces principes allaient devenir la donnée fondamentale de la société moderne. Ne semblerait-il pas logique d'en déduire au plus tôt que, pour les Français non catholiques, il ne pouvait plus être question de les laisser soumis dans l'État à une législation principalement catholique du mariage ? D'où la pensée d'en venir à séculariser non seulement la célébration, mais tout le droit du mariage, pour établir une législation civile du lien conjugal commune à tous, suivant les

idées d'unité chères à l'esprit français sauf, à laisser à chacun la faculté d'obéir à ses convictions, quant au mariage au point de vue religieux.

Ainsi cette donnée nouvelle de la liberté de conscience venait fortifier et stimuler encore le dessein qu'avaient poursuivi la royauté et les civilistes, aux derniers siècles, celui de restaurer les droits de l'État en face de l'Église, à raison du caractère et de l'intérêt civils du mariage, comme acte juridique et base de la famille. J'ai dit déjà qu'avant 1789, c'est surtout pour rétablir les droits de l'État, qu'avait été inventée et défendue la thèse du contrat civil uni au sacrement dans l'institution du mariage. Il n'y avait eu, dans les revendications gallicanes, depuis Launoy jusqu'à Pothier, nulle intention marquée de soustraire protestants, juifs, libres-penseurs à un système de mariage reposant surtout sur les Canons reçus en France. A partir de 1789, quoique la raison des droits de l'État continue d'être invoquée (1), c'est plus encore pour assurer la liberté de conscience qu'on va reprendre cette même notion du contrat civil, mais pour tendre à le séparer du sacrement et de toute conception religieuse. Telle a été la marche des idées au point de vue de ce qui semblait l'application rigoureuse des principes. Elle apparaît nettement dans la pétition de Bailly du 14 mai 1791.

D'autres mesures devaient incliner encore et par contre coup la Constituante vers cette sécularisation du mariage, ou pousser l'Assemblée suivante à la précipiter. Dès 1789, allaient être modifiées profondément sur nombre de points l'ancienne organisation de l'Église de France et les conditions même de cette alliance de l'État et de l'Église, qui, depuis Pépin et Charlemagne, avait été comme une loi de notre histoire. N'est-ce pas sur elle qu'avait pu reposer aux derniers siècles tout ce système du mariage à la fois

(1) Comme on le peut bien suivre dans les rapports de Durand Maillane et de Muraire.

contrat civil et sacrement, où le prêtre était montré à tant de points de vue délégué de l'État? Il n'y avait maintenant, pour dénouer cette alliance jugée trop étroite, qu'à retirer cette délégation prétendue.

Dès la fin de 1789 (après la dime abolie) on avait repris au clergé l'ensemble de ses propriétés foncières par grande mesure de finance. En juillet 1790, on s'était engagé dans cette réforme aventureuse de la Constitution civile du clergé, qui devait déchirer par un schisme notre Église de France et aliéner vis à vis de la Révolution une grande partie du clergé français, en conduisant bientôt à le persécuter, comme n'ayant pas voulu prêter le serment constitutionnel. Cette rupture politique devait fatalement réagir dans le sens d'une nouvelle législation civile du mariage, en exaltant l'opposition contre tout ce qui semblait plus spécialement principe d'inspiration religieuse, ainsi que le montreront les lois de 1792.

Si d'ailleurs la Constituante ne put elle-même entreprendre une organisation complète du mariage civil, elle avait de bonne heure introduit une première mesure de sécularisation et de séparation en abolissant pour l'avenir tout l'effet civil des vœux religieux, qui ne devaient plus demeurer qu'engagements de conscience. Il est vrai que la loi du 13 février 1790, rendant aux moines et religieuses la liberté de sortir de leurs monastères, ne leur reconnaissait pas formellement la faculté de se marier, comme elle ne supprimait pas expressément l'empêchement de mariage au sujet des vœux à venir. L'Église, restant en possession de célébrer les mariages, pouvait encore maintenir l'application de son empêchement traditionnel. Mais il y avait moyen de soutenir déjà, par voie d'interprétation, que la loi séculière n'avait plus à reconnaître et ne pouvait plus conserver cet empêchement pour le contrat civil impliqué dans le mariage (1).

(1) Comme on peut le lire déjà au 4<sup>e</sup> du rapport de Durand Maillane.



Toutes ces mesures déjà prises devaient acheminer vers une législation toute civile du mariage à raison des conflits possibles, que des incidents divers ne manquèrent pas de susciter. Ce sont d'ailleurs ces incidents qui semblent avoir provoqué les quelques travaux préparatoires de la Constituante au sujet du mariage. Le premier sortit d'une pétition datée du 12 juillet 1790. Talma, en sa qualité de comédien, rencontrait pour la célébration de son mariage les résistances de son curé paroissial, celui de Saint-Sulpice, qui avait refusé de publier les bans. Talma en avait appelé à l'Assemblée, et un rapport spécial de Durand Maillane fut lu à la séance du 17 mai 1791, qui concluait nettement à la séparation du contrat civil et du sacrement pour assurer à Talma comme en tous cas semblables, le bénéfice d'un mariage civil et de ses pleins effets, sans gêner l'administration ou le refus du sacrement (1).

Il faut convenir que l'affaire de Talma avait quelque chose de regrettable et de nature à exciter les esprits. D'autres incidents surgirent à la suite de la constitution civile du clergé, quand on vit, à Paris même, nombre de fidèles s'adresser de préférence aux prêtres insermentés, pour les baptêmes ou les mariages, si bien qu'une tenue régulière des registres d'état civil devenait malaisée et compromise entre les deux clergés. Telle avait été la raison de la demande de Bailly, maire de Paris, tendant à provoquer une organisation nouvelle et toute séculière des actes de l'état civil (2).

Toutes ces pétitions avaient été renvoyées au Comité ecclésiastique, auquel devait s'adjoindre le Comité de Constitution. Ces Comités partirent de là pour élargir singulièrement la question et préparer un projet de réforme générale sur la législation du mariage. Nous avons sur

(1) V. Arch. Parl., t. 26, p. 167 et s., la suite de ces divers rapports de Durand Maillane.

(2) V. aux Arch. Parl. cette pétition du 14 mai 1791, t. 26, p. 77.

ces points les rapports qui furent soumis à la Constituante par Durand Maillane, rapports dont le second a trait à un projet tout entier de sécularisation pour la tenue des actes et pour la législation du mariage. Comme des objections s'élevèrent contre l'opportunité de ces projets, l'Assemblée pressée de trop d'affaires en ajourna la discussion. Mais, lorsqu'à la fin de 1791 elle procéda à la révision et à la rédaction définitive des décrets constitutionnels, le principe posé dans le rapport de Durand Maillane fut du moins accepté après une courte délibération et arrêté en ces termes, le 28 août 1791 : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil » en ajoutant : « Le pouvoir législatif établira, pour tous les habitants sans distinction, le mode par lequel naissances, mariages et décès seront constatés et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes » (1).

Ainsi le principe d'une loi purement civile était proclamé. Les études préparatoires de la Constituante pouvaient servir de guide aux travaux ultérieurs, puisque déjà ses Comités avaient proposé de confier le soin des actes civils aux municipalités et qu'ils avaient bâti un plan de législation civile sur la célébration du mariage et ses empêchements. Mais on était resté muet quant au divorce (2).

(1) V. le détail de cette Séance; Arch. Parl., t. 29, p. 746.

(2) Il ressort des pétitions qu'elles ne demandaient point une réforme générale du mariage avec organisation distincte d'un mariage civil. Celle de Bailly n'avait trait qu'à une tenue mieux assurée des actes par les officiers municipaux, nulle motion préalable de l'Assemblée n'avait chargé les Comités de préparer un projet de complète sécularisation. Les comités prirent d'eux-mêmes cette initiative pour y pousser l'Assemblée. L'ensemble de leur travail, déposé le 17 mai, était sûrement prêt avant la pétition du 14. Durand Maillane, aidé de Lanjuinais, fut l'auteur principal du projet et des rapports sur le mariage, comme il avait été l'un des artisans de la Constitution civile du clergé, deux grandes mesures vouées à des fortunes diverses, mais procédant bien du même esprit de réaction contre l'Église romaine, et de la même volonté de poursuivre les deux réformes sans aucun essai de con-

## § 2.

Le principe seul ayant été posé, il fallait pour arriver au but de sécularisation, organiser à tous points de vue légis-

cordat avec le Pape, contre qui d'ailleurs militaient leurs préventions gallicanes et jansénistes. Agé de soixante ans, avocat réputé comme canoniste par ses travaux antérieurs, Durand Maillane était de ces esprits, nombreux alors, qui ne songeaient qu'à pousser droit devant eux pour tout réformer et régler suivant les données de la raison pure. Il l'a redit maintes fois et le montre bien dans les considérants mis en tête de son projet, comme première et tranchante proclamation du nouveau principe de sécularisation. « L'assemblée nationale considérant : que le mariage est essentiellement un contrat dont la validité ne peut dépendre que de l'observation des lois de la nature et de celles de l'Etat; — que le sacrement institué pour sanctifier le mariage peut bien exiger des conditions que la puissance civile n'a pas à déterminer; mais qu'il est entièrement séparable du contrat et qu'ainsi les règles ecclésiastiques ne peuvent ni ôter, ni donner les titres et les droits d'époux et d'enfants légitimes; — qu'il importe à l'Etat et aux particuliers de faciliter les mariages; — que tous les hommes ont un droit égal à l'état civil indépendamment de la liberté des opinions religieuses assurée par la constitution, — qu'enfin il n'y a rien de plus propre à maintenir l'union et le bon ordre parmi les citoyens que de régler la manière de constater leur naissance, leurs mariages ainsi que leur décès par une loi générale uniforme pour tous les individus et pour tout le royaume... Décrète ce qui suit ». On discerne bien en ces considérants comme en toute la suite des rapports, que Durand Maillane en voyant et déclarant ainsi le contrat et le sacrement entièrement séparables, n'avait cure de se montrer canoniste orthodoxe. De l'histoire, il ne tenait pas compte davantage, en paraissant oublier que la restauration du mariage avait été surtout l'œuvre de l'Eglise et qu'il y avait lieu de ménager les croyances et les traditions de la grande majorité des catholiques. Tout a été imaginé pour obéir à ce qu'il appelle les principes et la logique des principes. Et c'est pourquoi il ajoutait aussi « Jene dirai rien du divorce sur lequel je ne puis avoir encore une opinion bien décidée avant les effets de nos principes sur le mariage » (t. 26, p. 183).

D'ailleurs, d'esprit libéral et « fidèle à ses principes », il n'hésitait pas à conclure sur l'affaire du mariage du Talma que le curé de Saint-Sulpice avait bien pu écarter le comédien de l'administration du sacrement, comme il admit encore contre sa première idée, que la célébration religieuse du mariage pourrait au gré des parties précéder la déclaration civile (art. 10 du projet).

lation, juridiction et célébration civiles du mariage. La Constituante, ne pouvant plus songer à accomplir cette œuvre, délégua à la prochaine Assemblée le soin de pourvoir à cette tâche; mais, ayant fait cette faute d'interdire à ses membres d'y prendre place, elle s'exposait à voir la plupart de ses proclamations de principe tourner bientôt à des applications fort différentes de celles qu'elle avait prévues ou entrevues. Nous l'allons observer au sujet du mariage, comme on le suit sur tant d'autres points.

La *Législative* s'occupa effectivement d'organiser en France la sécularisation des actes de l'état civil et du mariage, qui fut même sa principale œuvre de législation, presque la seule en droit privé. Dès le début de cette Assemblée, son Comité de législation avait été chargé de préparer la loi annoncée par la Constituante. Le projet, précédé d'un grand rapport, avait été déposé par Murair le 15 février 1792 (1). On ne devait aboutir qu'aux derniers jours de la *Législative*, et non pas à la loi unique d'abord préparée, mais à deux lois distinctes, l'une sur l'état civil, l'autre spéciale au divorce, qui portent toutes deux la même date, celle du 20 septembre 1792, c'est-à-dire de la veille du jour où la *Législative* cédait la place à la Convention.

Quoique votées le même jour, ces deux lois doivent être soigneusement séparées comme ayant eu une préparation distincte, puisque la première, celle d'état civil, élaborée dès le début avait été soumise à la procédure constitutionnelle des trois lectures, tandis que celle du divorce fut subitement proposée et votée d'urgence, en septembre 1792, dans le dernier mois de la *Législative*.

La première, intitulée « loi sur le mode de constater l'état civil des citoyens », est la loi qui a définitivement

(1) Arch. Parl., t. 38, p. 530. — Ce Rapport ainsi que le Projet suivraient de très près dans leur texte ceux qui avaient été préparés en 1791 par Durand Maillane, ne disaient rien non plus du divorce.

attribué aux municipalités la tenue des actes de l'état civil sous leurs noms nouveaux d'actes de naissance, de décès et de mariage. Elle fut la loi fondamentale de sécularisation de ces actes qu'elle est venue retirer au clergé pour les confier à des officiers laïcs. C'est d'ailleurs, après mûr examen d'autres projets, qu'on s'était arrêté à l'idée d'en confier le soin aux municipalités plutôt qu'aux juges de paix ou autres fonctionnaires. Ainsi l'avait déjà demandé Bailly dans sa pétition de mai 1791. Vous savez que les articles mêmes de cette loi ont passé pour la plus grande part dans le titre correspondant du Code civil, avec quelques additions et améliorations notables. Mais cette loi de 1792 était encore plus compréhensive. Elle formulait en même temps, dans son titre IV, une législation nouvelle et purement civile du mariage remplaçant celle de l'ancien régime, qui s'était formée à la fois du Droit canon comme source principale, et en partie des Ordonnances.

Ce Titre IV était divisé en cinq sections répondant déjà à notre Titre actuel du Mariage. Il faut observer seulement que si certaines sections de ce Titre (2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup>) sur les publications, oppositions, formes intrinsèques de l'acte de mariage, sont assez complètes et semblables au droit actuel, s'il s'y trouve notamment le principe de la célébration publique organisé à peu près tel que de nos jours (1), il en est autrement de la section 1<sup>re</sup> consacrée surtout aux règles de fond du lien conjugal sous cette rubrique : « Qualités et conditions pour pouvoir contracter mariage ». Celle-ci n'est formée que de treize articles, très courts, correspondant à nos deux chapitres du Code traitant des empêchements et des nullités. Or, il se voit aussitôt que ce législateur, trop hâtif, s'était montré beaucoup moins exigeant que l'ancien droit, ou même le droit actuel, sur les empêchements de mariage et en outre bien insuffisant sur leur sanction par voie

de nullité. En effet, il n'énonçait plus que cinq empêchements de fond, très brièvement formulés dans un ordre assez singulier :

ART. 1. — Le défaut de l'âge requis, fixé à 15 ans révolus ou 13 ans, suivant le sexe ;

ART. 3 à 9. — Le défaut de consentement des père ou mère ou de la famille, qui ne devait jamais être exigé que jusqu'à 21 ans, l'âge nouvellement fixé pour la majorité par cette même loi ;

ART. 10. — La bigamie ;

ART. 11. — La parenté ou l'alliance en ligne directe ; mais en collatérale, rien que la parenté au seul degré de frère et sœur ;

ART. 12. — Le défaut de consentement des époux, marqué en ces termes brefs et vagues : « Ceux qui sont incapables de consentement ne peuvent se marier ».

Rien de plus. Il résultait de là une large suppression des empêchements dirimants du droit ancien, et non seulement de tous les empêchements de cause religieuse, disparité de culte, prêtrise, vœux, parenté spirituelle, qui n'auraient plus convenu à l'époque, ni au principe nouveau de sécularisation ; mais suppression aussi de l'empêchement d'honnêteté publique et de crime, quoique fondés surtout sur des considérations de haute moralité ; réduction sensible des empêchements *ex natura* comme l'impuissance, le rapt de violence ou de séduction dont il n'est plus question. Il n'était pas même parlé spécialement des divers vices du consentement, violence ou erreur.

Dans cette loi, rien n'indique en outre le maintien d'empêchements prohibitifs à côté des dirimants, puisqu'il n'était aucunement parlé, ni du conseil des parents à recueillir par acte respectueux, ni d'un délai de viduité, ni des fiançailles. Quant aux sanctions de nullité, la formule était singulièrement laconique, l'article 13 se bornant à dire : « Les mariages faits contre la disposition des articles précédents seront nuls et de nul effet » ; donc

(1) Section 4<sup>e</sup> : art. 5 et 6. — La loi n'exigeait pas d'ailleurs que la célébration civile précédât le mariage religieux, pour lequel son article final réservait toute liberté.

aucune organisation de nullité absolue ou relative, ni de mariage putatif. Enfin, dans la section 4<sup>e</sup>, les règles de forme ou de célébration n'étaient pas expressément formulées à peine de nullité. Il faut bien conclure que c'était, au moins sur cette grave question des empêchements et nullités, une loi vraiment précipitée, peu en rapport avec l'importance du sujet. C'est qu'aussi, ce qui concerne le fond même de la législation du mariage, où le rapport et le projet de Murair s'étaient bornés à reprendre quelques articles proposés auparavant par Durand Maillane, n'avait pas été soigneusement délibéré et discuté, lorsqu'on avait cru pouvoir achever le règlement du mariage sécularisé en s'engageant brusquement dans la voie du divorce, dont il n'avait été rien dit encore. Voici, en effet, ce qui arriva et qui nous conduit maintenant à l'autre loi du même jour.

Au texte primitif du premier projet de loi, dans son Tit. IV relatif aux règles nouvelles du mariage, vint s'ajouter une section 5 destinée aux Actes civils de divorce et débutant par ce singulier article : « Aux termes de la Constitution, le mariage est dissoluble par le divorce ». C'était dans cette loi le contre-coup de l'introduction inopinée du divorce décrétée au début de septembre 1792. Une loi spéciale allait sans doute être consacrée à organiser les conditions et les effets du divorce. Mais il avait paru logique d'insérer dans la « loi des actes de l'état civil » tout ce qui devait concerner la rédaction de l'acte du divorce et son prononcé solennel par l'officier d'état civil. De là cette section 5 introduite au dernier moment et d'urgence dans la première loi du 20 septembre 1792. Voyons maintenant la seconde loi.

Cette loi du divorce, qui porte la même date, n'avait pas été prévue et préparée. Elle fut la suite d'une motion subite, lancée dans cette période si agitée qui a suivi le 10 août et les massacres de septembre<sup>(1)</sup>. Elle fut délibérée

(1) V. cet épisode de la Révolution rapporté au 32<sup>e</sup> Cours, p. 311 et s.

et votée d'urgence, sans les trois lectures, avec un préambule qu'il faut d'abord rappeler, parce qu'il porte bien la trace de cette période même et de son esprit. « L'assemblée nationale, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle, suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce, décrète qu'il y a urgence. L'assemblée nationale après avoir décrété l'urgence, décrète sur les causes, mode et effets du divorce, ce qui suit ». L'excès de tels motifs saute aux yeux. L'aveu même de « l'anarchie spontanée » qui caractérise cette époque, ressort de l'approbation donnée à ceux qui n'ont pas attendu la loi pour jouir de la faculté du divorce. Et cette faculté, loin d'être présentée comme un remède, est donnée en termes emphatiques comme une précieuse et inaliénable liberté. Mais il est, de plus, une idée importante à relever dans ces considérants, comme base de la loi nouvelle, celle qu'on prétendait rattacher à la constitution de 1791 pour avoir proclamé que le mariage n'est à considérer que comme contrat civil. C'est de là qu'on prétendait surtout partir pour affirmer « qu'aux termes de la constitution le mariage est dissoluble par le divorce », à raison de ce que, comptant parmi les contrats, un contrat peut toujours se dissoudre ou se résoudre.

Malgré l'affirmation de 1792, cela n'est pas bien sûr, comme interprétation du texte constitutionnel de 1791. Quand la Constituante avait dit : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil » sans rien de plus au sujet du divorce, elle avait voulu marquer par là qu'elle entendait établir une législation purement civile du mariage, c'est-à-dire nettement détachée de la législation canonique du sacrement<sup>(1)</sup>. Rien n'indique que la Constituante

(1) V. toute cette question reprise au Cours 32<sup>e</sup>, p. 308 et s.

attachât une conséquence nécessaire de divorce à cette notion du contrat civil. Il résulte même des quelques travaux préparatoires, notamment des rapports de Durand Maillane, que les Constituants, les plus hardis dans le sens de la sécularisation du mariage, ne tendaient pas à admettre le divorce, sur lequel d'ailleurs on n'avait nullement discuté dans l'Assemblée constituante. Ni Durand Maillane n'avait été explicite sur ce point, ni Murairé même n'en avait rien dit dans son rapport de février 1792 (1). Mais ici allait apparaître clairement le danger de cette expression juridique, mal à propos employée, du mariage contrat. C'est à présent sur le mot « contrat » que, dans la Législative, on devait s'appuyer pour donner à la formule de la Constituante une autre portée, dans le sens du divorce.

Venons d'ailleurs à une analyse rapide de cette loi.

Elle commençait par rejeter toute séparation de corps. « A l'avenir, aucune séparation de corps ne pourra être prononcée; les époux ne pourront être désunis que par le divorce » (§ 1<sup>er</sup>, n° 7). C'était déjà un premier excès, de faire bon marché des croyances de la masse des catholiques en rompant de manière violente avec toute l'ancienne tradition, pour ne ménager aucune ressource à ceux qui se sentiraient tenus par l'indissolubilité du lien sacré. Ainsi rien que le divorce, et non plus comme un remède extrême, mais présenté comme application de la donnée de contrat et comme garantie de liberté individuelle. Quelles étaient donc les causes admises pour un divorce aussi largement ouvert? Trois catégories étaient posées :

1° Divorce pour causes déterminées;

(1) Le silence voulu de Murairé, la définition légale qu'il avait proposée : « Le mariage est un contrat civil dont la condition essentielle est dans le consentement des deux époux de s'unir pour la vie » et cette seule phrase de son rapport (p. 533). « La dissolubilité spontanée du mariage, la liberté d'en contracter un second après un premier qui ne serait pas légalement rompu, serait une liberté immorale et impolitique », donnent bien l'impression qu'il n'était pas tout d'abord partisan du divorce.

2° Divorce par consentement mutuel;

3° Divorce sur la simple allégation d'incompatibilité par l'un des époux.

1° Le divorce *pour causes déterminées*, c'est celui que nous avons encore, et c'est au fond l'idée d'une répudiation légale pour manquement de l'autre conjoint. Mais ces causes s'aligeaient plus nombreuses dans cette loi de 1792 qu'au Code civil ou de nos jours. La loi en comptait jusqu'à sept, qui allaient bientôt ne plus paraître suffisantes. Elles sont énumérées dans l'art. 4 du § 1<sup>er</sup>.

Deux de ces causes rappellent exactement et presque mot pour mot deux causes maintenues au Code civil : la condamnation de l'un des époux à des peines afflictives ou infamantes; les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre. La cause, dite encore aujourd'hui d'adultère, était remplacée par cette énonciation plus vague et plus extensible « dérèglement de mœurs notoires » mais du moins s'appliquant aussi bien contre le mari que contre la femme. Mais voici d'autres causes : l'abandon d'un époux par l'autre pendant au moins deux ans; l'absence sans nouvelles pendant cinq ans. A quoi s'ajoutait la folie survenue chez l'un des époux, et enfin, pour que la passion politique eût sa place, l'émigration, à laquelle on devait bientôt ajouter, dans le même ordre d'idées, l'aristocratie et l'incivisme.

Quant aux litiges, pour le cas de contestations possibles dans l'examen des causes alléguées, ils étaient renvoyés, non devant les tribunaux de droit commun mais devant des arbitres de famille suivant le système général de la loi (§2, art. 18). D'ailleurs en bien des cas, et notamment si le motif légal pouvait résulter, soit d'un jugement antérieur de condamnation, soit d'un acte de notoriété de longue absence, il n'était nul besoin d'action judiciaire; il suffisait de faire prononcer et constater le divorce par l'officier d'état civil (art. 15 et s.).

2° La loi de 1792 consacrait, en second lieu, le *divorce*

par consentement mutuel, mais non pas conçu comme il le sera en 1804, c'est-à-dire destiné à couvrir des causes déterminées peu avouables, subordonné d'ailleurs à de longues épreuves et à de sérieux sacrifices. Ce n'était guère en 1792 que l'application logique de l'idée qu'un contrat civil doit pouvoir se dénouer *mutuo dissensu*. Aussi, point d'épreuve véritable, rien qu'une procédure rapide pour s'assurer d'une double volonté paraissant suffisamment sérieuse et non de pur caprice. Les époux devaient convoquer une assemblée de parents ou amis (six au moins), et un mois à l'avance. A eux dans cette assemblée d'exposer leur projet de divorce et d'entendre les observations ou représentations qu'on jugerait convenable de leur faire (art. 5). Un mois après, l'officier d'état civil, s'ils venaient devant lui, était tenu de prononcer le divorce sans entrer en connaissance de la cause. Bref, en deux mois, après résolution prise de commun accord, on pouvait réaliser le divorce, avec délai doublé (quatre mois), si ces époux étaient encore mineurs, ou s'ils avaient des enfants. Il fallait seulement se présenter à l'officier de l'état civil dans les six mois de l'accord formulé (art. 6) pour que le divorce fut régulier.

3° Il y avait plus encore, le divorce demandé et obtenu par l'un des époux sur « *la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère* » (§ 2, art. 8 et s.), c'est-à-dire sans cause ou reproche déterminés. Car il ne fut pas même indiqué l'idée de taire discrètement d'autres motifs cachés. Ici se rencontrait sans doute l'exigence légale d'un peu plus d'épreuves, mais non malaisées. Trois assemblées successives de parents étaient nécessaires pour que le demandeur exposât devant elles ses raisons ou ses sentiments d'incompatibilité et put recevoir leurs observations. Mais après ces trois réunions, tenues à des intervalles devant s'étendre jusqu'à six mois et terminées par procès-verbal de non-conciliation, le divorce était acquis et l'officier public était tenu de le prononcer. N'était-ce pas ramener la large faculté du *repudium* classique des Ro-

ains? Et c'est ici qu'on poussait jusqu'à dépasser la donnée de contrat, puisqu'il n'y avait ni accord des deux époux pour dissoudre le mariage, ni manquement de l'autre époux pour expliquer le divorce comme une action en résolution. Aussi était-ce bien pour cette hypothèse d'incompatibilité qu'il était invoqué pour raison que la liberté n'a pu être aliénée à toujours dans le mariage, si la volonté de poursuivre l'union conjugale vient à manquer, parce qu'on n'y rencontre plus le bonheur qu'on a eu comme fin ou qu'on croit entrevoir ailleurs.

Une autre disposition complétait bien toutes celles-ci, la faculté pour les époux ainsi divorcés de se remarier ensemble et sans aucun délai, tandis que, pour se remarier avec tout autre, il fallait attendre un an, du moins au cas de consentement mutuel ou d'incompatibilité (art. 2). Cette décision avait passé contre le projet primitif de Léonard Robin, qui interdisait du moins aux époux divorcés de se remarier ensemble. Mais on avait semblé vouloir favoriser la réconciliation, ce qui pouvait aussi bien permettre des concertations frauduleuses en vue de changer de régime, ou de tromper des créanciers. A coup sûr, avec cette faculté de se reprendre, il était difficile de mieux appliquer l'idée que le mariage n'est tout au plus qu'un contrat pouvant se nouer, se dénouer, se renouer au gré des parties. C'était bien tourner à l'union libre, légalement consacrée.

La loi avait dû songer aussi à régler les conséquences du divorce. Or on peut constater, en parcourant les deux paragraphes 3 et 4 relatifs aux « effets du divorce quant aux époux et quant aux enfants », qu'aucune pénalité, même civile et quelque peu sérieuse, n'existait contre ceux qui abusaient du divorce. Rien d'autre n'était édicté que certaines privations pour l'époux contre qui le divorce aurait été prononcé pour causes déterminées (art. 6 à 7). Il s'observe en outre qu'il n'était pas pris au sujet des biens, même dans l'intérêt des enfants, des mesures analogues à celles qu'avait édictées le Droit Romain du Bas-Empire, ou que prendra du moins le

Code civil pour le cas de divorce par consentement mutuel; rien que des mesures au sujet de la garde des enfants, pour les confier à l'un ou l'autre, suivant les cas et aussi suivant leur âge, d'après avis de l'assemblée de famille. Tout était sommaire dans cette loi précipitée, où le divorce n'était plus regardé seulement comme un remède extrême mais comme une faculté dont il importait de faire jouir tous les Français.

Il y avait dans cette législation révolutionnaire la destruction presque entière du lien conjugal tel que l'avait conçu et organisé la société chrétienne du Moyen-Age. C'était comme un retour aux traditions du *liberum matrimonium* des Romains de l'époque classique, ramené par réaction méthodique au nom de la raison et de la philosophie du bonheur. Passer de l'ancien Droit canonique sur le lien conjugal à une telle législation, quel bouleversement dans les familles françaises en moins de trois ans, et quelle méconnaissance de l'expérience des siècles!

Était-ce aussi par quelque ressouvenir d'antiquité, qu'on avait voulu rétablir ici les tribunaux ou arbitrages de famille? Je ne sais, mais c'était encore une des particularité de cette loi, sur laquelle il faut insister un moment. Étant donné le divorce pour causes déterminées, il fallait bien un tribunal pour examiner si la demande était fondée. Or, au lieu de s'en remettre aux juges ordinaires, devenus pourtant électifs à cette époque, le législateur de 1792 avait eu l'idée de recourir à des arbitrages de famille, institution qu'il voulait généraliser pour toute contestation domestique. De même, au sujet des épreuves imaginées en vue de rendre plus réfléchis les divorces par consentement mutuel ou par incompatibilité, c'était encore à des assemblées de famille qu'il avait songé pour ménager la conciliation. C'était aussi à des arbitres de famille qu'on devait recourir pour les questions pécuniaires d'indemnité ou de pension alimentaire, qui pouvaient se poser après divorce; à eux aussi, pour les questions pouvant concerner la garde

des enfants (art. 9). Arbitrages et assemblées de famille pour avoir moins de publicité et de scandale, ou recueillir des conseils dictés par l'affection, l'idée pouvait sembler séduisante, mais combien chimérique! Était-il judicieux de croire à une telle action de la famille, quand on ébranlait son ancienne organisation de tant de manières, dans le mariage, dans la puissance paternelle, dans les successions? L'expérience allait bientôt prouver que les parents, appelés à ces assemblées ou arbitrages, devaient chercher à s'y dérober ou n'y jouer qu'un rôle muet ou complaisant; d'autant que chacun des époux avait à choisir les parents ou amis qui les composeraient (1).

Tout cela n'était donc qu'œuvre hâtive, conçue et conduite témérairement, où derrière quelque affirmation de sentiments généreux et surtout maintes paroles déclamatoires, se rencontraient beaucoup d'illusions et peut-être quelques visées personnelles jointes à un trop grand souci de la presse, des meneurs parisiens, des tribunes, comme aussi à une aversion facilement excitée contre toute l'ancienne tradition religieuse dénoncée pour tyrannie. L'idée seule de voter d'urgence en quelques jours, au milieu des plus graves événements politiques, une loi de divorce, qui n'avait été ni demandée, ni préparée à l'avance, et destructive d'une organisation de mariage qui durait depuis tant de siècles, suffit à faire apparaître tout ce qu'il y avait là de passion et d'imprudence.

## II

Telle fut pourtant la loi appliquée en France depuis 1792 jusqu'en 1804. On peut se convaincre, en parcourant les quelques mesures relatives au mariage et au divorce prises au temps de la Convention et du Directoire, qu'il n'y eut pas de changement appréciable pour restreindre

(1) Aussi on n'a plus songé lors du Consulat à les rétablir.

dre la faculté et l'usage du divorce. Les deux projets de Cambacérès préparés sous la Convention ne faisaient que reprendre les mêmes données en abrégant plutôt les formalités et la durée des épreuves. C'était logique. Du moment que le principe du divorce était ainsi posé comme devant être à la fois la garantie de la liberté individuelle dans le mariage et la conséquence nécessaire d'une donnée de simple contrat, à quoi bon tant de délais pour résoudre ce contrat d'un commun accord ou pour reprendre sa liberté inaliénable en vue du bonheur? On ne visa même d'abord qu'à diminuer les épreuves et les délais par des lois nouvelles, telles que le décret du 4 floréal an II, qui contribua fort à faciliter et multiplier de rapides divorces.

Une telle législation était trop proche d'un système légal de l'union libre pour ne pas y verser. D'ailleurs on s'en rapprochait encore par un autre côté, en arrivant à proclamer que l'enfant né hors mariage aurait en principe même situation et mêmes droits que l'enfant du mariage; ce qui fut l'objet de la loi de brumaire an II. A cette époque de grands troubles et désordres politiques, avec la suppression de tout culte autre que celui de l'Être suprême ou de la déesse Raison, il y avait là pour la famille un ébranlement, dans les mœurs comme dans les lois, d'où devait sortir la démoralisation qui fut si marquée après Thermidor et sous le Directoire. Si elle avait dû s'étendre dans les campagnes autant que dans les villes, le mal eût été bien plus grand, mais il est avéré que la tradition religieuse du lien conjugal se maintint dans les campagnes où l'on usa fort peu du divorce. Les divorces au contraire se multiplièrent singulièrement dans les villes et surtout à Paris, encore qu'il soit fort douteux qu'il y ait eu, comme on l'a trop répété, une année où le nombre des divorces dans la capitale aurait surpassé celui des mariages. Mais on a pu noter un divorce par cinq mariages ou même trois mariages dans certaines années. Il est avéré aussi que certaines personnes firent du divorce un usage réitéré, qui rappela les

scandales de l'époque romaine. Il convient d'avoir toujours présente à l'esprit cette période, heureusement courte de la loi de 1792, pour être mis en garde contre toute idée de désorganiser à nouveau l'institution du mariage sous le vain prétexte de mieux assurer le bonheur ou la liberté (1).

Il était temps de réagir fortement contre cette législation révolutionnaire à l'heure du Code civil. Je ne puis songer à m'étendre sur l'œuvre de 1804; ce serait dépasser notre cadre. Mais il est certain que la législation du mariage et du divorce a été l'une des parties les plus fortement étudiées et délibérées du Code civil. Le Culte allait être rétabli par la volonté de Bonaparte. Le même esprit politique, qui avait inspiré le Concordat, devait procéder à un règlement meilleur du mariage, avec propos délibéré de ne plus s'écarter aussi fortement de l'Eglise et de la croyance générale des Français, mais sans abandonner le principe de l'organisation distincte du mariage civil. C'est dans cet esprit que furent reprises et mieux réglées toutes les règles de fond et de forme du mariage, avec une théorie fermement construite des nullités et l'admission d'empêchements prohibitifs. Mais les empêchements de source purement religieuse ne devaient pas reparaître à raison même du principe de sécularisation. Et c'est pourquoi Portalis a pris soin de déclarer à plusieurs reprises que la prêtrise n'était plus un empêchement dirimant, malgré le rétablissement officiel du culte et du sacerdoce.

Quant à la forme du mariage, on ne crut pas devoir se borner à une simple déclaration devant l'officier civil, comme l'avait d'abord proposé Durand Maillane. L'officier d'état civil eut à « prononcer l'union au nom de la loi » avec lecture du Code. C'est aussi Bonaparte qui voulut que la célébration civile eut lieu avant toute cérémonie reli-

(1) L'étude si bien documentée de M. Olivier Martin sur la *Crise du mariage pendant la Révolution* est à consulter sur tous ces points, comme sur la réaction salutaire du Consulat et les préliminaires du Code civil.



gieuse, pour mieux assurer l'entière observation du mariage suivant les lois de l'Etat.

Dans la pensée de concilier le principe du mariage civil avec la liberté des croyances, la séparation de corps fut rétablie à côté du divorce. Mais le divorce fut maintenu, avec un règlement d'ailleurs plus sévère qu'en 1792, c'est-à-dire en limitant plus strictement les causes déterminées et en rejetant le divorce pour incompatibilité d'humeur. Si le Code conserva pourtant le divorce pour consentement mutuel, ce fut dans un esprit tout autre et avec des règles plus rigoureuses. Encore la commission des quatre rédacteurs l'avait-elle d'abord repoussé; mais dans la discussion il reparut, finit par prévaloir, et le Premier Consul n'y fut pas étranger.

Toute cette délibération sur le divorce a été l'une des plus considérables et des plus approfondies du Code civil. A ce titre elle mérite bien d'être relue et méditée comme complément de tout cet historique et commentaire anticipé du droit moderne. La pensée qui s'y est nettement affirmée, c'est que l'admission du divorce ne saurait être considérée comme une simple application du droit des contrats, mais bien plutôt comme un remède aux situations malheureuses et dignes d'intérêt. Ainsi débute l'exposé même de Treilhard. C'était donc question à résoudre, dans l'institution du mariage suivant des exigences de bien social, et non suivant des conceptions excessives de liberté individuelle. Comme Treilhard n'a cessé de le répéter c'est politiquement, dans le sens le plus élevé du mot, que la question du divorce a dû être envisagée au sujet du mariage civil, mais avec pleine liberté d'esprit pour le législateur, puisqu'il avait rappelé d'abord cet autre principe que la question devait être discutée, abstraction faite de toute sujétion religieuse.

## TRENTE-DEUXIÈME

ET

## TRENTE-TROISIÈME COURS

### Deux questions sur le mariage civil.

Nous venons de suivre dans l'histoire de notre droit comment s'est produit en France ce système moderne du mariage civil, qui s'impose à tous sans distinction de croyance et de culte, pour compter seul aux yeux de l'État. On sait qu'il en est résulté chez nous depuis la Révolution l'usage, inconnu jadis et tout d'abord singulier, mais devenu nécessaire, de deux célébrations successives, l'une à la mairie, l'autre à l'église, pour le très grand nombre des chrétiens qui veulent observer aussi bien leur loi canonique et leur loi civile. On sait aussi que ces deux règlements du mariage, entre lesquels subsistent quelques différences notables de fond et de forme, ne laissent pas d'entraîner des complications et parfois même de graves difficultés, notamment pour le cas où, après le mariage civil, l'un des conjoints viendrait à se refuser à la célébration religieuse.

Il est d'ailleurs hors de conteste que l'ensemble du règlement légal formulé pour notre mariage civil a été tiré, ou pour mieux dire imité du droit canon qui, chez les peuples chrétiens, a été le véritable organisateur de l'institution du mariage : en dégageant la donnée du lien

conjugal noué de plus haut sur les époux, en exigeant pour la formation de ce lien leur consentement libre et publiquement exprimé, en établissant tout l'appareil des empêchements dirimants et prohibitifs avec leurs diverses sanctions préventives et répressives; autant de créations canoniques qui ont été sécularisées. Tout ce système avait été le résultat de l'effort prolongé de la législation et de la juridiction de l'Église; et c'est lui que nous voyons maintenant formulé en belle ordonnance dans le Code canonique de 1918.

Il serait du plus haut intérêt de comparer, pour l'époque actuelle, ces deux droits distincts législativement rédigés. Ce parallèle accompagné d'un examen critique pourra faire l'objet d'un appendice; mais notre programme demande qu'étant parvenus, à travers notre histoire, au droit civil moderne, nous nous attachions surtout à lui, pour le mieux pénétrer dans son esprit comme dans ses origines. Or, ici, avant de quitter l'étude du Lien de mariage, c'est-à-dire de sa formation et de sa dissolution, pour venir à l'étude de ses effets entre époux et dans la famille, il se rencontre deux graves questions qu'a posées chez nous, depuis la Révolution, le système du mariage civil et que je formule ainsi :

1° Le lien conjugal séculier n'est-il à considérer que comme un lien de nature contractuelle, autrement dit le mariage civil n'est-il rien qu'un contrat ?

2° Ce mariage civil implique-t-il par lui-même quelque admission du divorce, c'est-à-dire l'abandon du principe de l'indissolubilité absolue ?

Ces questions n'avaient pu se présenter de même en notre ancien droit du mariage. Si, aux derniers siècles, Canonistes et Civilistes inclinaient visiblement, chacun à leur manière, à reconnaître dans le mariage, une donnée de contrat comme ils le voyaient en même temps inséparable du Sacrement, tous s'accordaient à proclamer le lien conjugal un lien sacré noué par Dieu, et dès lors bien au-dessus d'un

lien purement contractuel. De même ils le tenaient pour absolument indissoluble, sans soulever la question du divorce, qu'agitaient à peine quelques publicistes. Les principes du Droit canon restaient dominants sans conteste. Il n'en est plus de même à propos du mariage civil, devenu distinct et indépendant tel qu'on l'a déclaré au cours de la Révolution et dans la préparation du Code civil. Il y a donc lieu de reprendre ces deux questions où aboutit notre étude d'histoire, pour nous fixer sur la nature et les principes du mariage organisé par les lois séculières, et que nous appelons couramment le mariage civil.

#### § 1. LE MARIAGE CIVIL N'EST-IL QU'UN CONTRAT (1)?

*Notre mariage civil n'est-il qu'un contrat*, par cela seul qu'il est un libre accord solennellement exprimé? Et si nous l'envisageons dans la loi moderne, éclairée par l'histoire ou contrôlée par la raison, est-ce bien à cette donnée juridique d'un *contrat* passé entre les deux époux qu'il faut se tenir comme notion dominante et directrice, pour définir l'union conjugale et en déduire les principes?

J'estime pour mon compte, que le mariage est *une institution* qui n'appartient pas principalement à l'ordre juridique des contrats, parce qu'il ne saurait être permis à ceux qui s'épousent de stipuler, quant à l'union de leurs personnes, comme de vrais contractants. Toujours il m'a semblé que le *lien conjugal* n'a pas été et ne doit pas être conçu en droit comme un lien vraiment contractuel, et que l'*état de mariage*, avec ses devoirs tracés dans la loi, ne peut être ramené à un ensemble d'obligations conven-

(1) Ce Cours ayant fait l'objet d'une Conférence publique à la Sorbonne, qui a été publiée, avec complément de notes, dans la *Nouvelle Revue historique de droit de 1902*, je l'ai reproduite ici presque textuellement dans sa forme, sauf à supprimer quelques unes des notes de pure discussion.

tionnelles. Il y a, pour attacher les conjoints l'un à l'autre, un élément non moins essentiel que leur consentement et qui porte plus loin que leur double volonté : l'autorité divine dans le sacrement de mariage, l'autorité sociale dans le mariage civil. Aussi, même au point de vue séculier, cet accord solennel, par lequel on entre dans l'état de mariage, ne devrait-il pas avoir d'autres caractères et d'autre nom que celui d'*acte de l'état civil*, celui-là même qui se lit en notre Code comme aux salles de nos mairies.

Ne voir dans le mariage qu'un *contrat*, c'est à mon sens le dénaturer et aussi le compromettre, en lui retirant son véritable point d'appui contre ceux qui s'en prévaudraient assez logiquement pour vouloir l'union conjugale plus libre et moins stable, à la manière des vrais contrats.

Comment se dissimuler pourtant que cette opinion semble d'abord se heurter, comme un paradoxe, à nos habitudes de penser et de dire ? A voir, depuis plusieurs siècles, le mariage débutant par un consentement publiquement exprimé, il est devenu banal de parler de lui comme d'un contrat, sauf à le prôner comme « le plus important, le plus solennel, le plus saint des contrats ». Et ce n'est pas seulement langage des gens du monde. On trouverait l'expression donnée pour juridique en un certain nombre de définitions du mariage enseignées ou écrites par des hommes de droit, dont quelques-uns appuient avec insistance sur l'idée de contrat. Pour notre législateur lui-même, sans doute il s'est gardé au Code civil de qualifier ainsi le mariage. Mais la Constituante ne l'avait-elle pas affirmé en 1791 quand, résolue à séculariser le mariage, elle avait énoncé sa célèbre formule : « *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil* ». Voilà donc le mariage appelé « contrat » jusque dans un texte constitutionnel, si bien que le répudier pourrait paraître s'insurger contre un principe de 1789.

Cette tradition serait déconcertante s'il n'était manifeste, en même temps, que la plupart de ceux qui placent ainsi

le mariage parmi les contrats, n'ont pas manqué de le déclarer si différent de tous les autres, qu'il ne saurait être ni réglé, ni résolu, ni dissous comme eux. On l'avait dit déjà dans la Constituante. On le trouve redit sans cesse aux Travaux préparatoires du Code civil. Et telle est encore l'observation renouvelée par nos jurisconsultes d'aujourd'hui<sup>(1)</sup>. Il ne s'est rencontré qu'un législateur, celui de 1792, pour accepter et pour appliquer comme principe cette donnée du mariage posé en vrai contrat. Encore n'en avait-il déduit qu'un divorce très largement ouvert, sans aller jusqu'à la conclusion extrême de l'union conjugale réglée tout entière et librement par convention.

Or, ce divorce à discrétion, n'est-ce pas encore le moins que visent d'atteindre ceux qui invoquent la définition du mariage à titre de contrat, trop aisément concédée par quelques auteurs. Dans une discussion reprise au début de ce siècle, où se lisaient nombre d'opinions signées de quelques noms en vue<sup>(2)</sup>, se retrouve à chaque pas cette allégation du mariage « *Contrat* », posée comme principe, pour en tirer : qui, le divorce par consentement mutuel ; qui, la résolution pour toute grave infraction conjugale ; qui enfin, le mariage tourné en union libre. Car là est bien l'intérêt majeur de notre question théorique, mais aussi le point qui doit nous mettre en garde. Et nous, hommes de droit, après avoir écrit ou enseigné : *Contrat*, nous aurions beau vouloir nous reprendre et affirmer ou exposer qu'il s'agit là d'un contrat tout à part ou *sui generis*, que peu-

(1) On peut le voir notamment dans les ouvrages de MM. Boistel et Planiol, qui, l'un dans son *Cours de philosophie du droit*, l'autre, dans son *Traité de droit civil*, enseignent tous deux que le mariage est bien essentiellement un « contrat », sauf à dire que la liberté de stipuler, dans ce contrat, demeure bien moindre que dans tout autre. Jusque-là, ajoute M. Planiol, que « la loi en impose aux particuliers le cadre tout fait parce que l'Etat est directement intéressé à la constitution intérieure des familles ».

(2) V. la *Revue des revues*, nos du 1<sup>er</sup> décembre et du 1<sup>er</sup> mars 1901.

vent sur l'opinion commune ces restrictions ou latinismes d'école contre la force logique d'un aveu qui aurait commencé de reconnaître en droit le mariage pour un véritable contrat<sup>(1)</sup>!

Il reste donc quelque chose d'incertain ou d'embarrassé dans cette théorie de droit civil. Comment se faire aisément à l'idée du mariage rangé en tête des contrats, pour cesser aussitôt, et à tant de points de vue majeurs, d'être traité juridiquement comme tel? C'est un problème toujours à l'étude, dont la solution n'est indifférente, ni pour les juristes, ni pour les publicistes, ni pour l'opinion. Or, pour le résoudre, ne convient-il pas de recourir aux données de la raison et de l'histoire? Il le faut d'autant plus que notre Code, en organisant l'institution du mariage civil, ne s'est pas nettement prononcé.

## I

Il est mieux de commencer par l'histoire et de revoir comment la nature du mariage a été entendue en tant de siècles antérieurs, d'autant que les observations recueillies par l'histoire élargissent ou affermissent singulièrement le champ de la vision purement spéculative. Or voici le témoignage que l'histoire du droit nous apporte : c'est qu'avant notre xvii<sup>e</sup> siècle, ni dans la Rome antique, ni en France, on n'avait eu l'idée de faire passer le mariage, en droit, pour un véritable contrat ; c'est qu'en outre, si nos auteurs gallicans ont imaginé vers le temps de Louis XIV cette théorie juridique d'un *contrat civil* dans le mariage, ils l'ont fait surtout en manière d'argument et dans un but

(1) C'est bien ce que laisse entendre M. Sagnac, dans son livre sur la *Législation civile pendant la Révolution* (p. 284) : « Le divorce est une conséquence logique de la théorie qui considère le mariage comme *contrat civil*. Le clergé le comprenait bien quand il résistait de tout son pouvoir à cette doctrine. Etant un contrat, le mariage peut se dissoudre. Ce que la volonté a créé, la volonté peut le détruire... ».

de sécularisation, qu'ils auraient pu atteindre tout aussi bien en traitant le mariage d'*acte civil*, sans le poser en *contrat*.

Il faut toujours remonter *aux Romains*<sup>(1)</sup> comme à nos précurseurs et nos maîtres en ce qui concerne les notions de la science du droit. Aussi bien n'est-ce pas d'eux que nous avons reçu le terme même de *contrat*, avec l'ensemble des principes qui dominent encore cette conception juridique. Or il est avéré que, même aux temps des grands jurisconsultes, ils n'ont jamais envisagé et classé le mariage comme *contractus*<sup>(2)</sup>. En effet le contrat, pour ces Romains qui savaient construire des notions strictes mais précises, ce n'était pas la donnée vague d'un accord juridique quelconque, où plusieurs semblent incliner de nos

(1) On pourrait rechercher ailleurs que dans les traditions classiques de Rome, quoiqu'il ne soit pas besoin de partir de plus loin pour s'expliquer sur les précédents de notre notion moderne du mariage. Mais il est clair que, pour qui remonterait vers de plus hautes antiquités, la donnée prétendue du mariage, conçu comme un engagement vraiment contractuel, y apparaîtrait moins encore. Si l'on s'aventure dans ce qui nous est aujourd'hui presque couramment exposé comme vérités ou imaginations de la préhistoire, où trouver l'idée d'un contrat nuptial entre les époux dans le rapt ou l'achat des femmes, assignés pour les premières étapes de l'humanité dans la voie qui aurait conduit au mariage? Et d'autre part, d'après la sublime et traditionnelle exposition de la Bible, qui nous montre Dieu lui-même créant la femme à la suite de l'homme pour les unir, comment ne voir qu'un contrat entre Adam et Eve dans cette institution primitive du mariage? Il a fallu la naïveté historique de Pothier pour écrire au n<sup>o</sup> 1 de son *Traité sur le Mariage* : « Il a été le plus ancien des contrats, car c'est le premier qui ait été fait entre les hommes. Aussitôt que Dieu eût formé Eve d'une des côtes d'Adam et qu'il la lui eût présentée, nos deux premiers parents firent ensemble un contrat de mariage ». De tous côtés apparaît donc que l'idée du mariage, comparé et assimilé à un contrat, n'a pas été une notion primitive, comme se le figurent trop aisément ceux qui ne se placent qu'au point de vue contemporain. Elle ne serait toujours qu'une invention juridique des temps modernes, tandis qu'il va de soi que l'échange ou le prêt n'ont pu se concevoir et naître que comme des contrats.

(2) Ni même comme un *pactum legitimum*.

jours quand ils parlent de contrat. C'étaient les volontés se concertant pour faire naître des obligations pécuniaires, que les parties pouvaient combiner au gré de leur convenance, comme elles pouvaient toujours s'entendre ensuite pour les supprimer ou les modifier. Qu'il s'agit d'une vente ou d'un louage, de prêt ou de dépôt (car voilà bien quelques exemples de leurs contrats), c'était l'*accord juridique d'où l'on ne sortait que créancier et débiteur*.

Aussi n'ont-ils pas eu la pensée d'appliquer cette notion contractuelle, ni à leurs « justes noces », ni aux devoirs de vie commune et de fidélité qui en résultaient. Ces devoirs d'ailleurs n'auront jamais de ressemblance morale ou juridique avec des engagements d'ordre pécuniaire, pour partager en droit le même nom précis d'*obligation* (1). Mais qu'étaient donc pour le droit romain ces justes noces? Rien d'autre que le fait même de l'*union sexuelle et de la communauté d'existence*, commencé et poursuivi à titre conjugal et salué au dehors comme union légitime; d'où son nom même de *justae nuptiae*. Conduire en sa demeure celle dont on voulait avoir des enfants voués à la « puissance paternelle », voilà quel était en droit leur mariage,

(1) C'est là qu'il nous paraît difficile de suivre M. Planiol écrivant (n° 4, note 2) : « quand bien même la liberté (de stipuler) serait nulle, le mariage n'en est pas moins un contrat, parce que la véritable définition du contrat est celle-ci : un accord de volontés productif d'obligations ». Pothier s'était déjà placé au même point de vue, en exposant que le mariage est un contrat, par lequel les époux s'engagent réciproquement à des obligations, analysées sous ce nom même en tête de la V<sup>e</sup> partie de son traité : § 1. *Obligations du mari*; § 2. *Obligations de la femme*. — Mais comment parler ici d'obligations (au vrai sens juridique) telles que notre loi civile les a consacrées d'après Pothier même, en définissant les contrats : conventions par lesquelles une ou plusieurs personnes s'obligent à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose, avec contrainte ou dommages-intérêts pour sanction « en cas d'inexécution de la part du débiteur » (art. 1101 et 1142). Est-il possible d'appliquer cette notion aux engagements assumés dans l'union conjugale, qui sont bien plutôt des devoirs d'ordre moral, dont quelques-uns expressément consacrés en devoirs légaux?

et qui s'établissait sans appareil de stipulations ou d'autres formes légales. Une entente familiale avait précédé sans doute ces justes noces, que des fêtes religieuses ou profanes accompagnaient ensuite; mais, dans leur mariage *sine manu*, elles ne se formaient pas même en acte juridique. Bien mieux, on était si loin d'y voir un contrat conclu entre les deux époux, que longtemps, soit pour établir le mariage, soit pour le rompre, la volonté des chefs de famille figura et compta plus, en droit, que celle de leurs enfants qu'ils faisaient s'unir en justes noces pour perpétuer leur maison (1).

Et de même que le mariage ne commençait pas pour les époux en forme contractuelle, il ne les liait pas non plus à la manière d'un contrat. Car cette idée d'un contrat dans le mariage, les Romains ne l'ont pas eue pour le fond plus que pour la forme. A leurs yeux, l'état conjugal ne durait qu'autant que chacun de ceux, qui l'avaient établi, persévérerait à maintenir la vie commune. Pour le rompre, il n'était même pas besoin d'arriver jusqu'à l'entente mutuelle. La répudiation, c'est-à-dire le vouloir d'un seul y suffisait, sauf à débattre et régler les questions de dot.

Ainsi, ni contrat initial, ni lien vraiment contractuel formé entre les époux, ni lien conjugal ordonné et maintenu par l'autorité supérieure de la loi : voilà ce que laissait le droit classique romain comme état de mariage singulièrement instable, qualifié par lui-même de *liberum*

(1) *Conjunctio maris et feminae, — consortium omnis vitae — vitae individua consuetudo* : autant de définitions romaines du mariage qui visent le fait ou l'état d'union qui s'établit entre les époux, sans impliquer entre eux l'idée d'un contrat (ou pacte juridique) pour le constituer. Eh ! qu'on n'objecte pas que les Romains disaient déjà « *contrahere nuptias* » comme on a tant répété depuis *contracter mariage*. Ces verbes *contrahere* ou *contracter* semblent avoir eu toujours un sens très large et dépassant singulièrement l'idée même de contrat. N'est-il pas devenu usuel de dire que l'on contracte des haines aussi bien que des amitiés, voire même des habitudes ou des maladies !

*matrimonium*. Rome s'en était remise trop longtemps à sa grande coutume familiale de la *patria potestas* pour la laisser régir, à elle seule, les justes noces. Et, quand après des siècles d'observance sévère, religion, mœurs, famille furent ébranlées, l'État ne sut point ressaisir son vrai rôle de pouvoir social pour établir cette institution du mariage qui est restée, quant aux règles de forme et de fonds, l'une des parties inférieures du Droit romain (1). Qui donc a eu raison de cette mauvaise tradition romaine, pour restaurer le mariage et nous donner une construction autrement solide de l'état et du lien conjugal? C'est le *Christianisme*, et nul n'en doute, soit pour lui en tenir gratitude ou rancune. Mais fût-ce en faisant du mariage un contrat véritable et du lien conjugal rien qu'un lien contractuel? Non certes; il suffit de se référer à la grande parole de l'Évangile, qui a fait le mariage indissoluble, pour y voir apparaître bien autre chose qu'un contrat. Aux Pharisiens qui l'avaient voulu questionner et tenter sur la répudiation tolérée par Moïse, le Christ avait répondu : « *Que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni* ». Mais, d'après cette déclaration, si c'est Dieu qui unit les époux dans le mariage, comment n'y voir qu'une convention, tirant toute sa vertu de la volonté seule des contractants? Aussi l'idée chrétienne est-elle devenue qu'entre les conjoints se forme un lien qui procède d'une autorité supérieure, la plus haute de toutes. Ce lien conjugal, à l'heure où ils se sont unis, s'est formé au-dessus de leurs têtes; et noué par Dieu lui-même, c'est un *lien sacré*.

Voilà donc le mariage devenu *sacrement*, non simplement contrat, — le mariage rendu *indissoluble*, non pas susceptible d'être rompu comme un pacte par entente mutuelle ou résolution, — le mariage formant un *état* qui

(1) Je n'ai eu qu'à résumer ici d'un mot tout ce que j'ai dit de cette tradition romaine dans *l'Introduction générale*. — V. notamment, 2<sup>e</sup> à 7<sup>e</sup> cours.

s'impose, avec ses devoirs et sa discipline tracés d'après les préceptes de la morale religieuse, non pas traité comme une association libre avec statuts convenus au gré des parties. Telle devait être la nouvelle et plus haute notion du mariage, avec l'Église du Christ appelée, dès lors, à gouverner souverainement *ce lien conjugal*, pour l'avoir créé, tandis qu'il appartiendrait aux coutumes ou lois séculières de régler et de sanctionner tout ce qui concerne ses *effets civils*.

On a dit pourtant que le droit canonique du Moyen âge n'ayant rien exigé d'autre pour la formation même du mariage que le consentement des époux, en avait fait un *contrat (religieux ou ecclésiastique)* comme on l'a parfois dénommé. Mais ce n'est là qu'une vue incomplète et à mon sens erronée (4). Oui sans doute, l'Église a tenu, contre la coutume antique, à faire une part plus grande et mieux assurée au consentement propre des époux dans la formation de l'union conjugale. Et, combattant la domination excessive que la famille y avait primitivement exercée, elle a voulu, elle veut encore qu'un mariage ne puisse être annulé pour défaut de consentement paternel. Jusqu'au Concile de Trente, l'Église avait même reçu, pour vrai mariage, l'union conclue sans présence obligatoire du prêtre. S'être dit devant de simples témoins : « Je te prends pour épouse, — et moi pour mari », c'était un mariage, celui qu'on appelait *par paroles de présent* ». Il se conçoit donc qu'on ait pu songer, au point de vue de la forme, à rapprocher cet accord si simple et si fruste, des contrats ordi-

(4) Le point de départ de cette thèse semble avoir été dans un texte du ix<sup>e</sup> siècle, la réponse du pape Nicolas I<sup>er</sup> aux Bulgares. Ce pape, après avoir rappelé les usages pieux mais non obligatoires de la célébration du mariage, concluait suivant la tradition du droit romain : *Sufficiat secundum leges solus eorum consensus de quorum conjunctionibus agitur*. Mais ce texte, qui ne vise qu'une question de forme, ne dit nullement que le mariage soit ou implique un contrat, pas plus que ne l'avaient dit les Romains.

naires. Mais il n'en était pas moins le sacrement, d'où le lien conjugal naissait indissoluble; les conjoints, même en ce mariage clandestin si aisément formé, n'auraient pu rien concerter qui modifiât le lien ni l'état de mariage. Car ici et pour le fond des choses devait expirer toute pensée de contrat.

Aussi bien il est toujours resté de principe canonique, que l'essence du mariage n'est pas tant le consentement nécessaire pour y accéder, que la *conjunction* et le lien qui en résulte comme s'emparant des époux (1). Il y a peu d'années que le P. Monsabré le rappelait, en ces termes mêmes, du haut de la chaire de Notre-Dame d'après le catéchisme romain. Qu'on cherche d'ailleurs dans les auteurs du Moyen âge et l'on n'y trouvera point de théorie formulée pour présenter et ordonner le mariage comme un véritable contrat passé entre époux. Ni Gratien, ni Pierre Lombard n'ont vu ainsi les choses (2). Et c'est à tort que plusieurs ont attribué à saint Thomas d'Aquin d'avoir écrit, que le mariage est à la fois un triple contrat : naturel, religieux et civil. On peut lire plusieurs fois dans son œuvre, que l'institution du mariage est à considérer au triple point de vue de la nature, de la religion, de la société civile (ce qui est la vérité même); mais il n'a point enseigné que le mariage fût à regarder en droit canon ou en droit civil comme un contrat (3). — Les auteurs séculiers n'en ont pas dit alors davan-

(1) Cela n'est-il pas confirmé par la tradition immémoriale qui fait qualifier les époux de *conjoints* bien plutôt que de contractants.

(2) V. au 27<sup>e</sup> cours, p. 213 et s.

(3) Saint Thomas d'Aquin, dans son vaste commentaire sur les *Sentences* de P. Lombard, ne parle que très rarement d'engagement contractuel à propos du mariage, et seulement à titre d'analogie, sans prendre l'idée de contrat comme base de raisonnement. Il dit bien, parfois, du mariage qu'il implique *quaedam promissio*, comme il le présente *ad modum contractus*, ou le dénomme même *contractus quidam*, marquant toujours ainsi qu'il en parle par analogie. Mais où? C'est surtout quand il traite de la question du consentement initial, où en effet le rapprochement s'impose (*coactio, error, aetas*). C'est même à propos de l'âge : « *Utrum defectus*

tage. Desfontaines et Beaumanoir qui ont de longs chapitres consacrés aux contrats ou *convenances*, n'y ont nullement rangé, ni même indiqué, le mariage à titre de contrat civil ou religieux. Eux aussi ne le voyaient que comme sacrement, gouverné quant au lien par l'Église, quant aux *effets civils* par leur droit coutumier. L'antiquité et quinze siècles de l'ère chrétienne s'étaient ainsi écoulés, sans parler du mariage érigé juridiquement

*aetatis impedit matrimonium?* » qu'il a écrit la phrase dont on pourrait le mieux se prévaloir, en l'isolant, pour lui attribuer d'avoir vu dans le mariage un contrat : « *Respondeo sic dicendum quod matrimonium, quum fiat PER MODUM CONTRACTUS CUJUSDAM, ordinationi legis positivae subjacet, sicut et alii contractus* ». (Dist., XXXVI, art. 5). Or, qu'a-t-il voulu dire? Uniquement ceci, qu'il a bien fallu régler en principe l'âge du mariage comme on fait pour l'âge des contrats, à un nombre fixe d'années, par mesure de *loi positive*. — Au surplus, il faut toujours avoir présent les principes tels que saint Thomas d'Aquin les avait posés (D. XXVII, art. 1) : *Dicendum quod in matrimonio est tria considerare* : 1<sup>o</sup> *Essentiam ejus, quae est conjunctio, et secundum hoc nominatur conjugium*; 2<sup>o</sup> *Causam ejus, quae est desponsatio (quum consensus sit causa efficiens matrimonii, dit-il, ailleurs)*; 3<sup>o</sup> *Effectum ejus, qui est proles* : trois données sur lesquelles il revient sans cesse, pour tirer de la troisième (*proles*), une belle suite de considérations autant philosophiques que religieuses, comme quand il écrit : « *Matrimonium ex intentione naturae ordinatur ad educationem prolis, non solum ad aliquod tempus, sed per totam vitam prolis... Et sic inseparabilitas est ex lege naturae* » (Dist. XXXIII, qu. 2, *De libello repudii*). Qu'on ne dise donc pas que saint Thomas d'Aquin, le grand et profond docteur du XIII<sup>e</sup> siècle, a commencé de présenter le mariage comme un contrat, lui qui a si nettement rappelé que son essence, c'est la *conjunction* et le *lien*. Mais ce qu'il a surtout lumineusement exposé, c'est que le mariage n'est autre que l'union naturelle, réglée comme *institution* dans la société religieuse et dans la société civile, pour le bien commun. Il y est revenu à diverses reprises, notamment dans ce passage, simple et typique : « *Matrimonium in quantum est in officium naturae, statuitur lege naturae; in quantum est sacramentum, statuitur jure divino; in quantum est in officium communitatis, statuitur lege civili* ». (Dist. XXXIV, 1, art. 1). Ces mots ont pu servir à soutenir que saint Thomas aurait admis le concours législatif des deux puissances, mais l'on n'y saurait lire que le mariage est à considérer comme un contrat, même au point de vue de la société civile (*communitas*).

en contrat, quand nos juristes français s'avisèrent de recourir à la théorie d'un *contrat civil* impliqué dans le sacrement, pour soutenir les revendications de la puissance temporelle. Ce fut à l'époque où la royauté, s'étant relevée des longues défaillances du Moyen âge, visa à régir non plus seulement les effets civils du mariage, mais à statuer, elle aussi, sur sa validité même, sur ce qu'on nomme les empêchements.

Lorsqu'à la suite de la Réforme, s'était réuni le Concile de Trente et qu'il en vint à reprendre, pour les mieux fixer, les principes canoniques du mariage, il commença de s'accuser de sérieux dissentiments, sur cette matière, entre l'État et l'Église. Le roi de France (c'était alors Charles IX) avait donné mission au cardinal de Lorraine de solliciter du Concile une double mesure : l'une pour mettre obstacle aux mariages clandestins, l'autre à l'encontre des mariages contractés par des enfants de famille sans le consentement formel de leurs parents<sup>(1)</sup>. Le Concile avait fini par admettre et non sans peine, que le sacrement de mariage ne vaudrait plus sans un consentement échangé en présence du prêtre paroissial. Mais, tout en continuant de déclarer blâmables les unions contractées contre le gré des père et mère, il s'était refusé à les tenir pour nulles, même celles des mineurs. Notre société française, alors

(1) Voici le texte de cette pétition (*cedula*) remise au concile le 24 juillet 1563, et où il est aisé de voir qu'elle ne songe pas encore à poser le mariage en *contrat civil* relevant de l'État. *Hoc etiam petit christianissimus rex, ut antiquissima nuptiarum solemnia hoc tempore restituantur, palamque et publice in ecclesiâ matrimonia celebrentur. Quod si aliquando propter magnam causam aliter fieri posse videtur, non prius tamen legitima esse censeantur, quam si huic sacro mysterio praefuerit parochus vel presbyter, tresque aut plures testes praesentes. — Filiorum autem et filiarum familias matrimonia sine parentum consensu nullo eo modo justa et legitima sint, nisi placeat S. Synodo, quorundam patrum morositati et nimiae in collocandis liberis negligentiae occurendo, tempus aliquod praescribere, quo tantum transacto, liberum sit filiis et filiabus sine patris consensu matrimonium contrahere. V. Theiner. Acta genuina. T. 2, p. 316.*

très soucieuse des mésalliances, ne pouvait se résigner à la validité d'unions souvent irréfléchies ou désordonnées. D'ailleurs, portant le souci d'État plus loin et plus haut, on entendait rétablir un pouvoir de contrôler le ministère ecclésiastique au sujet des mariages et reprendre la haute main sur ce lien conjugal qui, intéressant à un si haut point la société civile, semblait devoir relever d'elle autant que de la société religieuse.

Mais ce but, par où l'atteindre, à la fois sans Concordat et sans rupture? Comment présenter et justifier cette revendication de l'État, alors que depuis tant de siècles l'Église était reconnue comme législatrice et juge du lien de mariage, à titre de lien sacré. C'est à quoi s'efforça notre doctrine gallicane, plus hardie en ses enseignements, que le langage ou les décisions de nos rois dans leurs actes publics<sup>(1)</sup>. Le moyen principal des auteurs fut d'alléguer que le mariage, impliquant un consentement et des engagements échangés entre époux, renfermait par là-même un contrat, lequel devait comme tous les contrats relever de la puissance séculière. Pothier le redira après bien d'autres (n° 11) : « Le mariage étant un contrat appartient de même que tous les autres contrats à l'ordre politique ». On n'allait pas d'ailleurs jusqu'à méconnaître le sacrement, ni même jusqu'à dénier qu'il fallût, pour être

(1) Dans la déclaration de 1639, qui fut un des actes les plus importants de notre ancienne royauté comme règlement des mariages, il apparaît clairement au Préambule que le mariage n'est toujours considéré qu'à titre de « sacrement qui ne doit pas être profané par des unions désordonnées ». Aussi le roi se borne-t-il, pour les mésalliances ainsi réprouvées, à les *priver d'effets civils*, sans les annuler comme des contrats formés contrairement aux lois de l'État. Louis XIV ne parle pas autrement dans son édit de mars 1697, encore qu'il allègue avec plus d'autorité les droits des « deux puissances » au sujet du sacrement de mariage, contre ceux qui « profanent ce qu'il y a de plus sacré dans la religion et la société civile ». La théorie du contrat civil n'était donc pas encore formulée aux actes royaux, alors que Launoy l'avait déjà si fortement enseignée dès 1674.



légalement mariés, satisfaire en même temps aux règles et conditions traditionnelles de l'Église. Non, le mariage continua de se former en présence du prêtre par un seul accord public. Mais la doctrine devint alors celle-ci : que le mariage impliquait à la fois deux éléments distincts, encore qu'intimement unis dans sa célébration, le *contrat civil et le sacrement*, auxquels le prêtre intervenait à la fois comme officier de l'Église et délégué de l'État. Et encore fallait-il tout d'abord le contrat civil, valable aux yeux de l'État, comme matière indispensable du sacrement de l'Église. C'était là une théorie compliquée, quelque peu confuse, sur laquelle je n'ai pas à revenir (1). Qu'il me suffise de rappeler comment c'est bien elle qui nous a valu la notion et l'expression même de contrat civil, dans la Constitution de 1791. Car, pour en venir à la sécularisation complète, c'est-à-dire pour constituer un mariage civil indépendant et pouvant se suffire à lui-même, que restait-il à faire? A séparer contrat civil et sacrement, jadis tenus pour enfermés dans le même acte de célébration. C'est pourquoi la Constituante accepta de formuler le nouveau principe en ces termes : *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil*, qui rappellent si bien cette tradition; c'est pourquoi encore, afin de l'organiser tout entier et distinct, ce mariage civil, on fut amené dès 1792 à construire un système complet, où législateur, juge et célébrant, tout est séculier. Par bien des côtés, c'est toujours la forte institution due au droit canonique, dont on a conservé les créations et les règles en les démarquant dans le mariage civil. Reste à savoir si les nouvelles assises pourront demeurer aussi solides.

Car, du mariage sécularisé est sortie en même temps une tendance nouvelle à user de la formule gallicane du *contrat civil* pour insinuer dans notre institution matrimoniale cette notion dangereuse et jusqu'alors ignorée, que

(1) V. au 23<sup>e</sup> Cours, p. 109 et s.

tout son principe serait à chercher dans un véritable contrat formé entre les époux. C'est ainsi qu'on l'a souvent invoquée, et qu'on l'invoque encore, cette formule devenue constitutionnelle en 1791. Mais, regardons mieux à son origine pour voir s'il est vrai qu'elle nous impose la notion juridique de contrat comme doctrine légale. Qu'est-ce qui a préoccupé surtout nos gallicans de l'ancien régime ou de 1789, et qu'ont-ils vraiment voulu, quand ils ont dit *contrat civil*? S'agissait-il pour eux de résoudre le point de savoir, si, en bonne théorie, le mariage doit être rangé dans l'ordre des conventions et traité juridiquement en contrat synallagmatique? Non, leur visée, c'était d'arriver à établir que le mariage n'est pas seulement chose religieuse, mais *chose civile* rentrant aussi, pour sa validité, dans l'ordre politique et dans le ressort des puissances séculières. En vérité, dans ces deux mots accouplés : « *Contrat civil* », une seule pensée comme une seule conclusion était capitale, celle donnée par l'adjectif *civil*, que nous retrouvons aussi bien dans nos expressions plus justes de *Mariage civil* ou d'*acte d'état civil*, sans avoir besoin de prononcer le mot de contrat. Car dans cette donnée (*civile*) a résidé et réside encore tout le principe de *sécularisation*. On en doit conclure que ce n'est point le terme de contrat, qui s'est imposé pour l'avenir comme dogme séculier, puisqu'il fallut d'ailleurs en rabattre bientôt et qu'il faut encore savoir s'en défendre, rien qu'à le juger par ses conséquences dans les questions de divorce ou d'union libre.

Observons seulement que nos auteurs d'ancien régime n'avaient pas eu semblable souci, eux qui tenaient leur contrat civil en même temps pour sacrement et indissoluble. Pothier qui a tant répété, sans véritable analyse, que le mariage est un contrat, ne s'est pas même posé la question de savoir si on ne pourrait le prétendre résoluble ou dissoluble comme les autres. Il a écrit l'ensemble de ses ouvrages classiques sur les Obligations et les divers

contrats sans avoir plus cherché à les rapprocher du mariage; comme si ce même terme *contrat* avait eu pour lui deux sens, suivant qu'il l'appliquait au mariage ou aux vrais contrats du genre pécuniaire; et il semble encore en être de même chez plus d'un jurisconsulte de nos jours.

Ainsi dans l'intérêt de la puissance civile, on n'avait mis si fort en avant cette allégation du contrat que comme moyen spécieux, résultant de certaines traditions de langage et surtout des apparences de la célébration. Et ce n'est pas la seule conjoncture, en histoire, où l'on ait pu constater cette vue courte des politiques ou des juristes qui, pour emporter la cause présente, se servent d'arguments sans prévoyance au risque de mal engager l'avenir (1).

— Le revers de *cette formule du contrat civil* n'allait pas tarder à se faire jour. A peine inscrite (dès 1794), comme principe de sécularisation, elle allait si bien prêter à un nouvel usage qu'au bout d'une année, en s'appuyant sur elle, on allait se jeter à corps perdu dans le divorce.

(1) Les canonistes ont-ils de leur côté vu plus juste? J'ai observé déjà au 27<sup>e</sup> Cours, p. 213, que la coutume admise des *verba de presenti* les avait incités à commencer de parler de *contractus matrimonialis*. On a pu relever parmi les orateurs du Concile de Trente, un certain nombre de passages, où pouvait déjà s'entrevoir quelque pensée d'un *contractus* impliqué dans le sacrement (V. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, App. A). Mais ce n'est toujours qu'au point de vue du *consensus* et de la forme de ce *consensus*, que cette idée ou pour mieux dire cette analogie de contrat était invoquée, sans atteindre la notion fondamentale du lien sacré qui domine les conjoints, et qui va bien au-delà du lien contractuel. Aussi certains canonistes de nos jours ne sont-ils guère bien inspirés, quand ils semblent portés à affirmer de plus en plus que le mariage implique vraiment une donnée de contrat, sauf à l'absorber aussitôt dans le sacrement (V. notamment Gasparri, *Tractatus de matrimonio*, nos 200 et s.). Il est vrai qu'ils ne sont pas tenus à une analyse pénétrante de cette notion contractuelle, puisqu'ils font résulter le lien indissoluble, du sacrement même où se confond leur *contractus matrimonii*. Mais pour les civilistes, qui ont à se placer en dehors de la conception religieuse du sacrement, pour expliquer le lien conjugal à titre d'institution sociale, il importe bien autrement de rechercher par l'histoire et l'analyse rationnelle si le mariage est tout enfermé dans l'ordre juridique des contrats.

Déjà, dans les comités de la Constituante, Durand Mailane, l'auteur de la formule constitutionnelle, avait dû observer que le mariage n'était pas un contrat prenant fin comme les autres. Il s'était borné à dire dans son 2<sup>e</sup> rapport, suite et défense du premier, et comme pour se dérober: « Je ne dirai rien du divorce, sur lequel je ne puis avoir encore une opinion bien décidée avant les effets de nos principes sur le mariage » (1). Mais, autour de l'Assemblée, venaient à surgir brochures et polémiques pour conclure, du mariage qualifié contrat civil, à une large faculté de divorce et de résolution. La *Législative*, à qui était destinée la mission de préparer la grande loi sur les *Actes de l'état civil*, n'avait pas semblé pourtant vouloir traiter de prime abord la question du divorce. Son rapporteur, Murair, s'était abstenu d'en parler, encore qu'il affirmât nettement, dans son exposé, l'idée que le mariage n'est qu'un contrat. Peut-être eût-on persévéré dans cette réserve, malgré quelques propositions ou pétitions isolées, si, aux dernières semaines, la brusque motion d'un député, Aubert-Dubayet, n'avait entraîné l'Assemblée à une seconde loi distincte, celle du divorce.

C'était le 30 août 1792, au milieu de ces séances émouvantes où s'apprenaient l'invasion de Brunswick, le siège de Verdun, où, pour la patrie déclarée en danger, se succédaient dons et pétitions apportées à la barre, interrompant sans cesse les délibérations. Par moments, on reprenait la troisième lecture de la loi d'état civil et l'on venait de voter sur la forme laïque de célébration du mariage, lorsqu'Aubert-Dubayet vint tout à coup jeter un discours rapide dont voici les phrases principales (2), appuyées sur la donnée de contrat :

« En faisant une loi pour constater l'état des citoyens, votre intention a été de régénérer les mœurs publiques. Par

(1) Arch. Parl., t. 26, p. 183.

(2) V. Arch. parlem., à cette date, T. 49, p. 117 et s.

une de ses dispositions, vous considérez le mariage comme un contrat civil, mais vous n'avez point encore parlé de la manière dont ce contrat pourra être rompu. Notre ancien Code permet la séparation, loi barbare qui laisse subsister le lien du mariage, sans qu'on puisse remplir l'engagement principal sur lequel est fondé le contrat, loi qui voue une femme vertueuse au malheur ou qui lui commande l'adultère. Il est temps de le reconnaître, ce contrat, qui lie les époux est commun; ils doivent incontestablement jouir des mêmes droits et la femme ne doit pas être l'esclave de l'homme. L'hymen n'admet pas l'asservissement d'une seule des parties. Nous voulons que toutes les unions reposent sur le bonheur, et nous parviendrons à ce but, en disant que le divorce est permis.

« Je sais que des âmes timorées se récrieront contre cette loi. Respectons leur croyance; qu'elles restent dans des liens qu'elles croient indissolubles! Pour nous, ne craignons pas de déplaire à un Dieu qui nous créa tous pour le bonheur. Loin de rompre ainsi les nœuds de l'hyménée, vous les resserez davantage : dès que le divorce sera permis il sera très rare. A Rome, il fut quatre cents ans en vigueur, avant qu'on en usât. On supporte plus facilement ses peines, quand on est maître de les faire finir (1).

« Si j'osais à cet égard me citer, pour appuyer l'opinion que je développe : uni à une épouse de vingt ans, dont je tiens toute ma fortune, ne serait-il pas juste qu'elle jouit du bénéfice de votre loi, si j'avais un jour le malheur de devenir indigne d'elle? Il est temps que les maris se courbent sous la justice universelle; en déclarant le divorce, vous acquerez un titre précieux à la reconnaissance de la postérité ».

Il y avait dans ce discours les accents d'une âme géné-

(1) Aubert-Dubayet se doutait-il qu'il ne faisait que redire, presque mot pour mot, le passage humoristique que Montesquieu avait mis sous le couvert d'Usbek : *Lettres persanes*, 116.

reuse et franche, encore que naïve en psychologie comme en histoire. Aussitôt les tribunes d'applaudir; Guadet, le Girondin, Cambon, le Montagnard l'appuient de quelques mots. Le rapporteur Murairé semble plutôt s'excuser de n'avoir rien dit du divorce au projet de loi. Et en moins d'une heure, l'Assemblée vote en propres termes que « aux termes de la constitution le mariage est un contrat dissoluble par le divorce ».

Restait à organiser le nouveau principe, dans notre pays où le divorce était inconnu depuis tant de siècles, sans que l'histoire témoigne qu'on en ait tant gémi. Ceta fut fait en quelques jours, au lendemain même des massacres de septembre (1). La délibération, très courte en ces temps si troublés, ne fit que mieux accuser la tendance à un large et facile divorce, fondé sur l'idée de contrat. Et l'on y adjoignit encore la répudiation pour simple incompatibilité d'humeur, comme devant être la garantie de « la liberté individuelle » dans le mariage (2).

Voilà tout ce qu'avait précipité la brusque intervention d'Aubert-Dubayet, dont le nom ne devait plus même paraître dans la délibération de cette loi du divorce. Et pourquoi donc? C'est qu'Aubert-Dubayet n'était pas un légiste et peut d'autant mieux nous faire sentir l'inconvénient d'une donnée trop simple ou spécieuse comme celle du contrat, réagissant ensuite sur l'opinion commune. C'était un officier de haut grade, un Français de Louisiane, qui déjà avait servi sous Rochambeau et avec Lafayette dans la guerre d'Amérique et qui, le 20 septembre 1792, le jour même où était portée la loi suscitée par lui, combattait à Valmy, donnant ainsi l'un des premiers exemples de ce contraste des grandes actions qui s'accomplissaient aux frontières, tandis qu'il se voyait parfois des choses si

(1) Le projet, avec rapport de Léonard Robin, fut déposé dès le 7 septembre 1792.

(2) V. le préambule de la loi, au cours 31<sup>e</sup>, p. 283.

singulières dans les Assemblées. Et c'est pourquoi il nous a paru bon de rappeler cet épisode.

*Mariage contrat et divorce sans frein*, n'en devaient pas moins traverser ensemble toute la période révolutionnaire. L'expérience avait parlé si net qu'il fallut réagir, quand on organisa définitivement le mariage civil au Code du Consulat. Rejeter tout divorce, il ne paraissait pas alors possible d'y songer. L'indépendance du mariage civil et la liberté de conscience semblaient exiger qu'il restât permis. L'on crut faire assez de le restreindre grandement, en expliquant qu'il n'était conservé que comme un remède nécessaire et mesuré par la loi (1). Or, par cela seul, n'abandonnait-on pas beaucoup du principe, prétendu en 1792, que le mariage n'est qu'un contrat? Déclarer que les époux ne peuvent se désunir à leur gré, et qu'il dépend de la loi seule, dans l'intérêt de la société, de déterminer en quels cas extrêmes leur mariage peut être rompu avant la mort : c'est bien, ce semble, partir du principe que le mariage implique un *lien conjugal*, maintenu d'autorité au-dessus des conjoints. Et ainsi, pour n'apparaître plus, ni aussi lumineux, ni aussi absolu que le lien sacré du mariage catholique, il se retrouve pourtant dans notre Code le même concept d'un *lien supérieur* procédant de la loi, non du contrat, qui fait aussi partie essentielle du mariage civil (2).

(1) L'idée et l'expression de *remède* revient sans cesse dans l'exposé des motifs de Treilhard, qui résume sa pensée ainsi : « Le divorce en lui-même ne peut pas être un bien, c'est le remède d'un mal. Le divorce ne doit pas être signalé comme un mal s'il peut être un remède quelquefois nécessaire ». On voit ainsi combien l'idée juridique de contrat et de résolution du contrat tenait peu de place dans toute cette organisation du divorce au Code civil. Car, remède légal n'est pas résolution contractuelle. Et quant au divorce admis par consentement mutuel, Treilhard n'a-t-il pas dit encore : « On calomnierait d'une manière étrange les intentions du gouvernement si l'on pouvait penser qu'il a voulu que le contrat de mariage fut détruit par le seul consentement contraire des deux époux ».

(2) L'idée même se trouvait exprimée dans le projet de la commission

Le Code, il est vrai, n'a rien formulé comme théorie générale sur tous ces points de haute doctrine où viendraient se combattre les deux données juridiques différentes de *contrat* ou de *lien conjugal*. Il s'est gardé, non sans quelque raison, de tout ce qui eût semblé maxime de droit purement philosophique. Le problème subsiste donc pour aboutir à la juste conception de notre mariage civil. Et maintenant que l'histoire nous a rappelé ce qu'on avait pensé jusqu'à la loi moderne, nous voici ramenés à nous demander pour notre époque : — Ce qu'est un contrat — Ce qu'est le mariage — et par suite, si le mariage ne doit vraiment être compté en droit rationnel que pour un contrat?

## II

*Qu'est-ce de nos jours, en droit, qu'un contrat ?* Certes nous n'en sommes plus à la notion toute précise, mais étroite qu'en avaient conçu les Romains. Le cercle des contrats n'est pas restreint aux seuls pactes juridiques qui produisent la créance et la dette; et je crois qu'on pourrait avancer pour notre *droit privé* que toute convention, si elle est relative aux choses du patrinoiné, rentre dans l'appellation large des contrats et dans leur droit commun, tel qu'il a été tracé au livre III du Code civil. Il est visible même que la notion juridique enfermée au mot « contrat » s'est étendue jusqu'en *droit public*. Cela est sûr pour le droit administratif. Elle semble avoir gagné jusqu'au droit international ou droit des gens. Entre deux États, leurs traités de commerce ou d'alliance nous apparaissent clairement comme des contrats. Nous n'hésitons pas davantage à dire

du gouvernement. « *Le lien de mariage* ne peut être rompu par le divorce que pour des causes autorisées par la loi ». Treilhard aussi, dans son exposé des motifs, parlait à maintes reprises du *lien conjugal*, pour rappeler notamment que « le divorce rompt le *lien conjugal*; la séparation laisse encore subsister ce *lien* ».

du Concordat qu'il était, entre l'Église et l'État, un contrat véritable; et l'une des réponses opposées à ceux qui parlaient de le corriger ou de le déchirer à leur gré, ne fut-elle pas qu'à raison de son caractère contractuel, il ne saurait être modifié justement que par mutuelle entente des deux puissances qui l'ont signé!

Étant donné que depuis les Romains et à travers le Moyen âge, la notion du contrat s'est ainsi étendue, tandis qu'en même temps le consentement propre des époux devenait cause essentielle ou efficiente du mariage, il se conçoit que la pensée et, pour beaucoup, l'habitude soient venues de rapprocher mariage et contrat pour user volontiers du terme *contrat* à propos du mariage. Je ne verrais pas non plus d'objection absolue à dire de l'union des personnes en mariage qu'elle est juridiquement un contrat, si elle en avait véritablement les caractères essentiels. Mais, si vaste que soit devenue la sphère contractuelle, avec tant d'applications diverses, elle demeure en droit circonscrite. Où donc est le critérium qui doit délimiter la notion juridique du contrat, sous peine de tomber dans la confusion?

Peut-on s'en tenir à cette vague donnée qui ferait appeler contrat tout accord juridique. Non, le contrat a été jusqu'à nos jours et doit rester une notion juridique distincte. Ce qui fait son essence, suivant la tradition comme en raison, c'est d'être un pacte juridique où les volontés concourent librement pour déterminer d'elles-mêmes leurs engagements et leurs droits, où suivant l'axiome écrit dans notre Code, « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », où l'on n'est lié en principe que comme on l'a voulu, et tant qu'on l'a voulu.

Observons d'ailleurs en droit privé comme en droit public les pactes qu'on peut sûrement qualifier « contrats ». Qu'il s'agisse d'individus ou d'États, nous voyons bien qu'on a été libre d'en débattre ensemble les clauses, qu'on demeure libre de les modifier ensuite d'un commun

accord, qu'on peut s'entendre en outre pour dissoudre le contrat, comme il reste le sentiment très net que, de part et d'autre, on garde la faculté de le faire résoudre par le fait seul que l'une des parties manque à ses engagements. Tout cela, notre Code l'a rappelé en ses art. 1134 et 1184, qui sont regardés comme le pur droit commun des contrats. Notre Moyen âge nous l'avait transmis sous une forme plus saisissante encore dans le vieil adage français : « Convenance vaut loi, ou même *convenance loi vainc* ». Donc, au sujet des véritables contrats, le droit n'intervient que pour sanctionner, au nom de la Société, ce qu'elle a laissé les intéressés maîtres et libres de convenir. Et nul doute que le principe et la mesure des engagements vraiment *contractuels* soient avant tout *dans la volonté même des contractants*.

Or, est-ce du mariage qu'on pourrait dire d'après le principe fondamental du droit des contrats que « les conventions y tiennent lieu de loi entre les parties ». N'est-il pas certain, quelles que puissent être pour deux époux leurs conceptions matrimoniales, qu'il ne leur est loisible de prendre l'état et le lien de mariage que comme la loi les a réglés et consacrés? Oui, sans doute, ils ne peuvent être mariés sans l'avoir ensemble voulu; et nulle part notre droit civil, imitant le droit canon, ne s'est montré plus soucieux d'assurer un libre consentement. Mais ce *lien conjugal*, peuvent-ils discuter et arrêter son mode ou sa durée, comme s'il ne devait émaner que d'eux-mêmes? Cet *état de mariage*, où ils vont s'engager à titre d'époux, peuvent-ils en régler la teneur, combiner à leur idée les devoirs mutuels ou respectifs, modifier les règles de cette communauté d'existence qui doit avoir le mari pour chef? Là est bien, pourtant, l'objet et toute la substance de ce prétendu contrat qu'on donne pour passé entre les époux, quant à l'union de leurs personnes. Qu'on cite donc un seul point où il leur soit permis de convenir d'un système ou d'une variante d'union conjugale, en s'armant du principe que

« conventions valent loi pour qui les ont faites »! Tant il est vrai que, si l'entente et même un accord solennel est nécessaire pour se marier, *ce n'est pas de la convention, mais de la loi* que procèdent les engagements et le lien formés dans le mariage : ce qui doit bien suffire, ce semble, pour faire voir que le mariage n'est pas rien qu'un contrat.

C'est qu'aussi bien toute cette grande notion juridique, que nous nommons l'*état des personnes*, n'est pas vraiment du domaine contractuel. Et cela n'est pas borné au mariage. On ne règle pas, suivant des volontés particulières, ni l'état d'époux, ni celui de père ou d'enfant, non plus que l'état de citoyen. Il est tel de ces *états* sans doute qui ne peut s'acquiescer qu'à la suite d'actes et de déclarations volontaires, uniques ou concertées : tels l'adoption ou le mariage, telle encore la naturalisation. Mais, s'il appartient aux individus de rechercher quelqu'un de ces *états*, il n'est pas en leur pouvoir de le régler à leur convenance. Et pour l'union conjugale, il n'est pas d'autre alternative que de ne se point marier, ou de s'épouser suivant les conditions et les règles mêmes voulues par la loi dans l'intérêt social. C'est bien pourquoi le seul vrai nom qui lui convienne dans notre droit nous semble être celui d'*acte de l'état civil* (1).

(1) A ceux qui, voyant dans le mariage et dans l'adoption un accord de volontés comme cause efficiente, ne croient pas pouvoir abandonner l'idée qu'il s'y rencontre juridiquement un véritable contrat, j'objecterais tout au moins qu'il serait indispensable, dans leur théorie, d'en venir à une classification nouvelle des contrats, et de faire une catégorie distincte de ce genre d'accords (mariage, adoption) sous la dénomination précise de « contrats constitutifs d'état civil ». Oui, et profondément distincts, puisqu'ils auraient pour caractère essentiel d'être régis par des principes tout autres que ceux du droit commun des contrats. Mais alors ne serait-ce pas revenir indirectement à la notion propre d'*actes de l'état civil*, qui est le terme même de notre loi, et qui comprend aussi bien d'autres faits ou actes juridiques déterminant l'état des personnes, sans présupposer d'accord volontaire? A quoi bon compliquer encore cette théorie en la

Mais la forme pourtant, la forme organisée pour le mariage civil, ne témoignerait-elle pas à elle seule d'un ferme propos législatif de le considérer comme un contrat? Déjà nous avons vu comment les *verba de praesenti* avaient amené les canonistes eux-mêmes à parler de *contractus matrimonii*. Or est-il rien qui ressemble mieux que le mariage civil à une véritable et solennelle convention, et n'est-ce point l'idée qui s'impose à quiconque y a assisté? La forme ne saurait suffire à faire que, pour le fonds de choses, l'accord de mariage ne soit vraiment qu'un contrat. Elle n'a été d'ailleurs qu'une imitation visible de la forme traditionnelle usitée dans l'Église pour le mariage sacrament, et qu'on a voulu laïciser comme le lien conjugal lui-même, sans le rendre dissoluble au gré des parties. Mais je vais plus loin; et il me semble que la forme de notre mariage civil, observée tout entière, confirme l'idée qu'il ne s'agit point d'un véritable ou pur contrat. Car il ne faut rien omettre du rôle de l'officier d'état civil, chargé non seulement de

mêlant, rien que pour certaines apparences, à celle des contrats? Le Code n'a rien dit nulle part qui nous y autorise; et le fait même d'avoir, en son ordonnance générale, séparé si nettement de la matière des contrats tout le système des actes de l'état civil, au milieu desquels est placé le mariage, montre bien qu'on a su, en le rédigeant, se garder d'une telle confusion. Or, parmi les auteurs qui tiennent pour l'idée du « mariage contrat », quels sont ceux qui aient songé à faire une véritable construction juridique des contrats « relatifs à l'état des personnes »? Il importerait pourtant d'établir scientifiquement (surtout pour le mariage), comment de « tels contrats » peuvent échapper aux principes ordinaires sur la résolution ou dissolution des contrats, comme sur la liberté d'y stipuler à son gré. — Ne conviendrait-il pas encore de nos jours, où nos théoriciens français avaient sans cesse les yeux ouverts sur le Code civil allemand, d'observer que ce nouveau Code s'est bien gardé de considérer le mariage civil comme un contrat, tandis qu'il l'a fait expressément pour l'adoption (art. 1741). Mais aussi quelle conséquence en a-t-il tiré? (art. 1768) que la rupture de l'adoption peut se faire aussi bien « par contrat » entre l'adoptant et l'adopté. Raison nouvelle de prendre garde à trop parler du mariage, comme d'un contrat; car l'idée une fois ancrée entraînerait la même conséquence.

recueillir le consentement des époux, mais encore *de les déclarer unis au nom de la loi*. Observons un autre officier public, le notaire, quand il reçoit un vrai contrat, voire même celui qui s'appelle et à bon escient, le contrat pécuniaire de mariage. Il ne fait alors que rédiger en forme authentique les clauses et conditions, qui ont été débattues et arrêtées au gré des parties. Même aux actes où son ministère est indispensable, il n'intervient que pour mieux assurer la sincérité et la preuve des libres conventions qui feront loi. Mais pour l'officier d'état civil, son rôle est-il, quand il marie, d'écouter et de rédiger des clauses de contrat? Non, représentant de la société qui a réglé par mesure générale et le lien conjugal et l'état de mariage, il a d'abord pour mission de rappeler par la lecture du Code la formule légale des devoirs conjugaux, puis de demander aux fiancés s'ils veulent « se prendre pour mari et femme », c'est-à-dire *se lier ensemble dans l'état d'époux*. Rien d'autre ne pourrait être par eux, ni convenu, ni exprimé. Encore ne seront-ils mariés que quand l'officier civil les aura déclarés « unis au nom de la loi ». Oui, *unis au nom de la loi*, ce qui marque assez que *le lien* va se nouer par autorité publique au-dessus de leurs têtes (1).

Ainsi, de ce qu'on a dû d'abord se choisir et s'accorder, de ce qu'il a fallu même déclarer publiquement qu'on se prenait l'un l'autre pour époux, il ne saurait s'ensuivre qu'on ait civilement passé un contrat en s'unissant dans l'état de mariage. Et je dirais volontiers que, dans l'institution telle qu'elle est encore aujourd'hui construite, il y a

(1) Aussi faut-il tenir à mon sens que, même après la réponse concordante des parties, tant que l'union n'a pas été prononcée et à supposer qu'elle fût alors soudainement entravée, il n'y a encore ni mariage, ni lien conjugal. Nouveau témoignage de cette idée que le mariage (qui sûrement déjà ne tient pas du contrat quant à ses effets ou sa dissolution) ne se forme même pas semblable aux vrais contrats.

comme une façade et une entrée de style contractuel, mais que le mariage en son ensemble (et on le voit mieux sitôt la porte franchie), n'a pas été conçu et ordonné sur le principe d'un contrat (1)?

— Voilà les conclusions que suggère notre organisation du mariage civil. Mais il ne suffit plus de nos jours d'expliquer nos institutions telles qu'elles sont, tant nous sommes travaillés d'un désir, souvent inquiet, de les soumettre à l'examen critique. Eh ! pourquoi donc le mariage ne serait-il pas envisagé et réglé comme un véritable contrat ?

Depuis le xviii<sup>e</sup> siècle il n'a pas manqué d'esprits tout en hardiesse, pour le prétendre au nom de la raison pure, comme il en est qui se réclament toujours du législateur de 1792, sans apercevoir ou reconnaître que l'expérience a prononcé. On les entendrait dire encore au nom d'un prétendu *Droit naturel* : se marier, qu'est-ce autre chose que se promettre et se donner par un pacte d'association, n'ayant rien qui le distingue des autres que d'intervenir entre

(1) On objectera peut-être que, de notre langage courant, ressort souvent l'idée que les époux, à la mairie comme à l'église se sont promis l'un à l'autre fidélité et amour conjugal. Dans le reproche de Pauline à Polyeucte :

« Mais cette amour si ferme et si bien méritée  
« Que tu m'avais promise et que je t'ai portée,

n'est-ce pas comme un écho de la voix commune, qui songe à une violation du contrat? Je réponds, qu'il y a bien eu sans doute engagement réciproque mais de quoi? d'accomplir l'un envers l'autre les devoirs du mariage ordonnés légalement. Et c'est ce que montrent deux vers de Racine, qui expriment mieux la vérité juridique :

« A peine au fils d'Egée  
« Sous les lois de l'hymen je m'étais engagée ».

Oui les époux se sont engagés ensemble dans le lien conjugal et ses devoirs légaux, comme le dit aussi notre article 212 : « qu'ils se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ». Mais, au point de vue du droit, ce sont là des devoirs légaux volontairement assumés à la suite d'un commun accord bien plutôt que les obligations conventionnellement tracées et résolubles d'un contrat synallagmatique.

l'homme et la femme, pour former cette société la plus intime de toutes qu'on appelle « la société conjugale! ». Donc, pour le fonds des choses, un contrat où, comme en toute société purement civile, c'est l'entente mutuelle qui devrait être le principe et la mesure des engagements. N'est-ce pas s'écarter de la nature des choses que de les voir autrement; et ne doit-il pas suffire d'imposer à ce contrat nuptial des conditions de publicité pour la forme, avec certaines règles essentielles de moralité publique pour le fonds?

Il ne faut pas s'y méprendre. *L'union libre* admise et sanctionnée tant bien que mal par le Droit, voilà où aboutirait logiquement une telle doctrine. Ce n'est pas seulement le divorce par consentement mutuel et la résolution largement ouverte par répudiation motivée qui devraient s'ensuivre, c'est le mariage même pouvant être conclu pour un temps, c'est aussi l'état de mariage tournant à un statut conventionnel; car ces conséquences dérivent de toute doctrine qui prend pour point de départ que le mariage n'est rien qu'un contrat<sup>(1)</sup>. De telles conséquences suffisent déjà

(1) *Pufendorf* n'avait-il pas écrit déjà au XVII<sup>e</sup> siècle cette phrase significative : « La question se réduit donc à savoir si dans le mariage, comme dans toutes les autres conventions, la partie lésée peut se dégager lorsque l'autre a violé du moins les principaux articles du contrat? Je réponds hardiment que oui, s'il s'agit d'articles essentiels. » Et *Barbeyrac*, son traducteur, poussait l'assimilation, jusqu'au mariage pouvant être conclu pour un temps.

Il se voit bien aussi que dès la Constituante et dans son Comité ecclésiastique, on s'aventura sur cette prétendue donnée naturelle du mariage assimilé aux contrats de société. *Durand Maillane*, l'auteur du projet présenté le 17 mai 1791 avec rapports à l'appui, avait tenu à y inscrire pour principe général que « *le mariage est essentiellement un contrat dont la validité ne peut dépendre que de l'observation des lois de la nature et de celles de l'État* ». Pour justifier ce principe, sur lequel il voulait fonder la sécularisation complète, voici ce qu'il disait au début de son rapport : « J'ai comparé le mariage à une société formée par le seul consentement des associés. Or, en général, on peut se délier comme on s'est lié; mais aussi, *parce que le même consentement qui nous lie peut s'étendre*

à faire entrevoir et redouter, comme anti-sociale, cette hypothèse du mariage conçu en simple contrat d'association. Mais est-il bien vrai qu'elle semble résulter, comme on l'a dit, de la vérité et de la nature des choses?

On trouve notée dans les pensées de *Pascal*, une réflexion qui paraît bien faite pour s'appliquer au mariage. « Il est dangereux de trop faire voir à l'homme combien il est égal aux bêtes, sans lui montrer sa grandeur... Mais il peut être avantageux de lui représenter l'un et l'autre ». *Portalis* n'avait pas manqué de reprendre cette comparaison dans ses Exposés du Code civil. Le mariage, avant de pouvoir être tourné juridiquement, soit en contrat nuptial, soit en acte d'état civil, se présente comme *un fait d'union naturelle*, dont il a toujours fallu tenir compte pour l'organiser en institution. Sa donnée primordiale, c'est l'union de l'homme et de la femme voulue par leur nature même et nécessaire à la perpétuité du genre humain. Union bien antérieure aux conceptions même du Droit, puisqu'elle préexiste à l'état social, lequel n'a pu s'établir et ne peut s'entretenir que par elle, si bien que la Société a dû reconnaître et comprendre son intérêt majeur à gouverner cette union, pour le bien commun.

Or, de l'union des sexes, ainsi envisagée *naturellement*, comment dire qu'elle évoque et impose l'idée de ce que

*jusqu'à nous empêcher de nous délier*, il a fallu nécessairement mettre cette différence entre la société conjugale et les autres sociétés, que si ces dernières ne peuvent être indissolubles et forcées, il est de l'essence même du mariage, à cause de sa fin et de ses effets, qu'il forme une société perpétuelle entre les époux... » Et quelques lignes plus loin, il parle encore de l'indissolubilité s'étant établie *comme convenue entre les parties*. Ce sont là d'étranges affirmations au point de vue de la raison juridique comme de l'histoire. Il est clair que, poursuivant son unique souci d'écarter, par l'idée de Contrat civil et séparable, le principe traditionnel du Sacrement, *Durand Maillane* ne se préoccupait plus de fonder sûrement une donnée civile du *bien conjugal*, qui doit émaner de l'autorité publique et non d'une stipulation présumée des époux. Cette erreur obstinée de *Durand Maillane* n'a que trop contribué à faciliter les excès de 1792 quant au divorce.



nous appelons un contrat? Car qui dit contrat dit un genre déterminé d'acte juridique, ou alors nous ne parlons plus droit. Nous ne voyons pas les autres êtres animés conclure entre eux des contrats, si ce n'est aux fables de La Fontaine; tandis que nous les voyons aussi bien s'unir pour se perpétuer, comme les jurisconsultes Romains le remarquaient eux-mêmes avant de définir le mariage<sup>(1)</sup>. Eh! sans doute cette union, dans la race humaine et à raison de sa nature supérieure, devait prendre un bien autre caractère de moralité et de durée, jusqu'à monter à l'idéal de l'union chrétienne. Mais il n'en reste pas moins vrai que se donner sexuellement (ce qui est bien l'essence de cette union), ne saurait apparaître comme formant de soi un pacte *juridique*. Ne le voyons-nous pas d'ailleurs à ces fausses liaisons plus ou moins durables, mais très volontaires de part et d'autre, que nous n'avons pas l'idée pourtant de regarder et de traiter en droit comme des contrats<sup>(2)</sup>.

(1) C'est le texte si souvent rappelé d'Ulpien. « Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit, nam jus istud non humani generis proprium est... Hinc descendit maris atque feminae conjunctio quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim caetera quoque animalia, feras etiam, istius juris perita censi ». Il résulte sans doute de ce passage qu'Ulpien se faisait une idée étrange et vague de ce qu'il appelait *jus naturale*, en le relevant aussi chez les animaux: « istius juris peritia ». Mais il en ressort d'autant mieux que les jurisconsultes romains n'ont vu dans le mariage, comme notion fondamentale, que le fait d'union naturelle gouverné par le droit et non un acte juridique ou contractuel, puisqu'ils n'ont pas varié pour définir le mariage ainsi qu'Ulpien: *Conjunctio maris et feminae*. Modestin et Justinien l'ont redit encore après lui, comme devaient faire au Moyen âge les canonistes Gratien et Lombard, puis saint Thomas d'Aquin.

(2) Le concubinage n'est considéré que comme un fait de nature extra-juridique, par ceux-là mêmes qui comptent le mariage pour un contrat (V. Planiol, n° 9). Et si l'adultère, volontairement accompli, est puni légalement, ce n'est sûrement pas comme *contrat illicite*, érigé en délit à l'exemple d'une convention usuraire ou d'un marché de spéculation prohibée. — Mais puisqu'ainsi l'union naturelle, toute volontaire qu'elle soit, ne semble jamais avoir été reçue en droit comme un pacte, faire du

Comment donc est venue, pour s'appliquer au fait de l'union naturelle, la notion juridique attachée de temps immémorial au nom de mariage? C'est dans l'état social et à mesure que s'y dégageait le Droit religieux ou civil, qu'on a senti combien il importait de ne pas laisser cette union si nécessaire, abandonnée à l'état de nature, mais de l'organiser en institution fondamentale pour la famille et la société. Et pas n'est besoin de rappeler plus longuement combien la préoccupation du sort et de l'éducation des enfants a compté pour amener cette grande œuvre sociale et juridique de l'institution du mariage.

Or cette œuvre s'est-elle faite comme par l'initiative des individus, raffinant d'eux-mêmes leur union pour la tourner en un véritable contrat et perfectionnant ce contrat d'hyménée par une libre pratique d'associations de mieux en mieux combinées, jusqu'à en dégager un modèle préférable, reçu et imposé par la coutume? Car voilà bien ce qui s'est passé dans le progrès des véritables contrats. Non! Histoire et légende s'accordent à témoigner que c'est la Société, par ses autorités religieuses ou laïques, qui a pris souci de gouverner l'union conjugale, agissant pour elle-même et pour sa sauvegarde en dictant les règles du mariage. Cette action vraiment impérative du droit, elle s'est manifestée surtout dans la grande distinction qui s'est établie, dès les temps les plus reculés, entre unions tenues pour légitimes ou illégitimes, et dans l'ensemble des règles qui se sont progressivement développées pour organiser l'union régulière. Et ainsi l'institution du mariage n'a été que l'union naturelle disciplinée et consacrée dans l'état social comme union légitime, mais consacrée et disciplinée par voie d'autorité, non par voie de contrat<sup>(1)</sup>.

mariage un contrat ne saurait donc passer que pour une invention juridique peu conforme à la pleine vérité des choses, sans compter qu'elle reste insuffisante pour expliquer et justifier tout l'ensemble des règles de l'institution du mariage, notamment le *lien conjugal*.

(1) N'était-ce pas la tradition des peuples civilisés de l'antiquité d'at-

A Rome où cette institution resta si imparfaite n'est-ce pas le droit qui imposait le peu de règles, concernant les *justae nuptiae*, que nous avons rappelées au sujet des mesures d'Auguste (1). Dans la société chrétienne devant, pour une meilleure organisation du mariage, les pouvoirs civils, c'est bien aussi l'autorité religieuse qui avait fixé tout cet ensemble de conditions connues sous le nom d'*empêchements* pour délimiter l'accès du sacrement du mariage, comme c'est bien elle qui a créé les deux grandes notions si fortement ordonnées du lien conjugal et de l'état de mariage. La *célébration*, comme exigence de forme, n'est venue que bien plus tard; mais elle aussi, ne l'a-t-on pas établie comme règle impérative et d'intérêt social? C'est elle pourtant, avec cet appareil d'un accord solennel, qui a surtout donné et qui conserve au mariage les apparences d'un contrat! Mais en quoi cette invention tardive d'une célébration, par échange public du consentement, a-t-elle pu transformer la vraie nature du mariage et pourrait-elle suffire à le faire passer pour un pacte juridique d'association quant au fond des choses?

Ainsi tout concourt à établir que l'union conjugale *n'est pas uniquement contrat par elle-même* et n'a pas marché historiquement comme un contrat; mais bien plutôt se voit-il que ce qui a fait l'institution du mariage c'est la

tribuer à leurs premiers fondateurs *une législation du mariage*, comme les Hébreux la faisaient descendre de Dieu lui-même.

(1) Cela est si vrai qu'au temps d'Alexandre Sévère, et quand déjà l'influence chrétienne poussait des époux à stipuler qu'ils n'useraient pas du divorce, l'Empereur rappelait qu'il n'était pas possible de faire à ce sujet pacte valable: *Libera esse matrimonia antiquitus placuit; ideoque pacta « ne liceret divortere » non valere*. De même au Bas-Empire, quand les empereurs Théodose et Valentinien se décident à restreindre l'antique faculté de *repudium*, c'est d'autorité qu'ils proclament: *Solutionem matrimonii difficiliorem esse favor imperat liberorum* (L. 8, C. De repudiis). — Une direction religieuse ou morale qui *dégage le précepte*, un législateur qui l'*ordonne* en droit civil: ce n'est point là une institution qui se développe comme *contrat*.

Société même, obéissant aux lois divines qui l'ont créée et dictant, pour assurer sa perpétuité dans le bon ordre, l'ensemble des règles qui doivent gouverner l'union naturelle de l'homme et de la femme. Que si, contre toute cette tradition de l'humanité, quelque peuple s'avisait un jour de refondre l'union légitime en simple contrat d'association soumis au droit commun contractuel, il n'en ferait toujours qu'une invention juridique et d'après coup, sans conformité avec la nature des choses, et l'on ne tarderait pas à voir que, par cette abdication du pouvoir social, il se serait voué lui-même au désordre et au déclin.

Il me paraît donc impossible, *pour conclure*, de souscrire au mot de Portalis, lorsqu'ayant rappelé les origines toutes naturelles du mariage il s'écriait: « Je découvre un véritable contrat dans l'union des deux sexes ». Ce qu'il avait en vue, c'était de mieux marquer ainsi la supériorité de la race humaine comme lui paraissant imprimer jusque dans l'union naturelle elle-même le caractère plus digne de contrat; c'était aussi de raccorder cette vue philosophique avec la formule traditionnelle du « contrat civil », voire même avec cette autre formule, déjà usitée chez nombre d'auteurs, qui faisait du mariage un triple contrat: naturel, civil et religieux. Mais, comme jurisconsulte philosophe, il se méprenait à mon sens; et Domat n'avait pas parlé ainsi (1). Non, ni comme union natu-

(1) Cpr. *Domat. Traité des Lois*, ch. III, sur les *Engagements naturels du Mariage et de la Naissance*.

C'est au *discours préliminaire sur le projet de Code civil* (n° 36 et s.), que Portalis avait donné le principal développement de son opinion sur la nature du mariage, qu'il n'a fait que résumer ensuite dans son *exposé des motifs* du Titre même du Mariage. — Or il avait commencé par une affirmation un peu étrange en écrivant cette phrase: « Ce n'est que dans ces derniers temps que l'on a eu des idées précises sur le mariage ». Car sa conclusion philosophique ressemble tout d'abord singulièrement aux explications de saint Thomas d'Aquin quand il énonce que « le mariage qui existait avant l'établissement du Christianisme, qui a précédé toute loi positive et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est

relle, ni comme mariage, l'union de l'homme et de la femme n'est à classer dans la région juridique des contrats. Comme *union naturelle et libre* elle n'a qu'une place différente, au-dessous du contrat. Telle est bien l'idée qui reste attachée dans l'état social aux unions irrégulières ou coupables, qui ne forment pas des mariages et ne créent pas même en droit de lien conventionnel. Mais, comme *mariage* et malgré sa forme, l'union nous apparaît dans une région différente aussi, et supérieure à celle des contrats. Car l'union légitime est traitée comme une *institution* sociale, dont l'état et le lien conjugal sont les données essentielles, lesquelles doivent être toutes deux placées hors de l'atteinte des conventions.

Il est heureux que le Code se soit gardé de reproduire la définition philosophique et juridique que Portalis avait préparée, en fondant le mariage sur cette prétendue notion naturelle de contrat. Car, en ce sujet ardu, c'est une difficulté de moins, de n'avoir pas à combattre les apparences d'un texte légal. Mais peut-être faudrait-il prendre garde de la rétablir indirectement, cette définition, en nos œuvres de doctrine; car quelque soin qu'on prenne, à l'exemple de Portalis lui-même, pour ériger le mariage en

(en soi) ni un acte civil ni un acte religieux, mais un acte naturel, qui a fixé l'attention des législateurs et que la religion a sanctifié. » On ne peut que souscrire à une exposition historique et philosophique ainsi présentée, sauf à observer que les religions semblent avoir le plus souvent devancé la législation purement civile pour régir, en la moralisant, l'union naturelle. — Mais il ne semble pas qu'on doive accepter de même la suite des idées de Portalis quand il s'efforce assez péniblement d'établir (n°38) que, chez les hommes, la raison ou le sentiment convertit l'union de nature en une sorte de contrat de droit naturel; car, dit-il, « ce n'est plus dès lors une simple rencontre que nous apercevons, c'est un véritable contrat ». Ce *Contrat initial d'hyménée*, n'est-ce pas une idée chimérique comme tant d'autres émises au XVIII<sup>e</sup> siècle sur l'état de nature, comme aussi celle du trop fameux *contrat social*? Et son exclamation même « je découvre un véritable contrat dans l'union des deux sexes » n'est-elle pas un aveu d'invention juridique, tardive et douteuse?

*contrat tout à part* ou contrat supérieur, il ne semble pas qu'une telle notion juridique puisse donner au mariage civil une fondation assurée ou un suffisant équilibre; et le risque serait grand, avec un tel principe, de faire chavirer toute l'institution (1).

Ce n'est là sans doute qu'une discussion théorique, encore qu'on aperçoive bien de quelle importance elle peut être pour la question générale du divorce, qui nous reste à discuter. Mais il s'en faut bien qu'il soit indifférent d'observer et de préciser la vérité juridique pour elle-même, malgré que la tâche soit toujours abstraite et souvent ingrate. Car nous ne saurions oublier deux choses : c'est que, dans la sphère juridique, il est une force qui travaille sans cesse : la force logique des principes et des déductions, qui pousserait quand même à tirer tous les corollaires de l'idée de contrat, si on se laissait dominer par elle. C'est qu'aussi, à une époque où l'autorité des traditions a faibli et en présence des données scientifiques qui veulent tout régir, il importe plus que jamais de viser, pour le Droit, aux idées et aux expressions justes, faites de science et de raison.

## § 2. — LA QUESTION DU DIVORCE.

Quand on s'est convaincu que le mariage forme un lien bien autre qu'un lien contractuel, la question du divorce, cette question toujours discutée, apparaît mieux sous son vrai jour.

Et d'abord il est clair, qu'il faut se défendre de tout rai-

(1) Le projet de la commission du Gouvernement, comprenait dans ses « Dispositions générales » un article 3 ainsi conçu : « Le mariage est un contrat dont la durée est, dans l'intention des époux, celle de la vie de l'un d'eux. Ce contrat peut néanmoins être résolu avant la mort de l'un des époux, dans les cas ou pour les causes déterminés par la loi ». On a eu certes bien raison de ne pas conserver cet article, qui ne semble même pas avoir été spécialement discuté.

sonnement fondé sur la notion commune des contrats, et qu'on ne saurait affirmer, comme on l'a tant fait depuis 1792, que le mariage doit pouvoir, lui aussi comme toute convention synallagmatique, se dissoudre par le simple consentement mutuel ou se résoudre pour quelque inexécution des engagements ou des devoirs conjugaux. Il ne subsiste quant à l'union des personnes nul droit, nulle faculté du genre contractuel, qu'on n'aurait pu d'ailleurs se réserver expressément en célébrant le mariage. Le mariage étant l'union de l'homme et de la femme organisée en institution pour le bon ordre de la famille et de la société, c'est à la Société seule, c'est-à-dire à la loi réglant le lien du mariage, qu'il appartient d'envisager s'il est bon d'y admettre quelque tempérament de divorce ou de séparation de corps, et dans quelle mesure. Tel est bien l'unique point de vue où s'étaient placés les rédacteurs du Code de 1804. Ils ont déclaré que la question ne devait être envisagée que politiquement, en ajoutant toutefois que des considérations purement religieuses ne pouvaient dominer la législation civile et que la liberté de conscience ne permettait plus de subordonner les solutions à l'empire d'une seule croyance. Nous ne voyons rien à contester de ce principe.

Les choses vues ainsi, quel est le remède qu'il est le plus conforme à l'intérêt général de ménager dans une bonne et saine organisation du mariage : le divorce, la séparation de corps ou quelque usage modéré et gradué de ces deux moyens ?

La séparation de corps semble être le mieux en harmonie avec les données fondamentales du lien de mariage. Je le vois ainsi logiquement et même pratiquement.

Puisque l'institution du mariage implique engagement pour la vie, n'est-il pas de conception plus simple et plus nette que la société maintienne comme indissoluble le lien qu'elle a voulu perpétuel, en permettant seulement de le détendre, mais non de le rompre ? L'engagement qui, ayant

été valablement formé, peut être dénoué et remplacé par quelque autre, n'a pas été un lien vraiment perpétuel, et il est à craindre que, dans la pensée populaire, il cesse d'être considéré comme tel. C'est le mariage qui doit rester irrévocable et non les dissensions qui le traversent. Voilà ce que répond d'abord la logique de l'institution. Mais je reconnais qu'il n'est pas bon de ne s'en tenir qu'à la pure logique. Il faut comparer aussi les deux remèdes dans leurs effets, mais toujours en se plaçant au point de vue de l'intérêt de la Société par dessus celui des individus.

Il est certain que la séparation de corps, qu'avait créée le Droit canon comme suite du lien conjugal, prête à de sérieuses objections. On a même soutenu fortement qu'elle était un remède pire que le divorce, surtout au point de vue des époux désunis ; même, a-t-on dit, pour les enfants et, par suite, contraire elle-même à l'intérêt social. Pour les conjoints, désunis par leur faute commune, ou plus souvent par celle de l'un d'eux, nul doute que la séparation de corps ne soit un remède très pénible. Elle impose une situation de vie douloureuse à ceux qui, jeunes encore, voudraient la supporter dignement. Elle peut inciter à des liaisons irrégulières, faute de pouvoir retrouver un foyer légitime autrement que par une réconciliation, souvent impraticable. Et il a pu être observé parfois que tel époux, dégagé promptement d'un mariage malheureux, a su retrouver dans une nouvelle union la concorde et une vie sortable. De ce point de vue donc, c'est-à-dire quant à l'intérêt particulier des époux mal mariés, il peut sembler qu'il y ait surtout avantage à pouvoir reprendre par le divorce une liberté complète, dont on n'est point d'ailleurs tenu d'user pour se remarier.

Mais il se voit là des intérêts individuels, ceux d'un nombre assez réduit d'unions, bien plutôt qu'un intérêt vraiment général. La société doit tenir compte, sans doute, de l'idée de ne pas faire souffrir outre mesure des conjoints malheureux, mais tout en gardant le droit de fixer ce

qu'exige son intérêt supérieur. Or ces époux, déçus dans leur mariage, l'avaient d'abord librement accepté, en s'engageant pour la vie comme le veut l'institution même. Parmi eux, bon nombre n'ont pâti que pour s'y être engagés trop légèrement. La séparation, en les affranchissant de la vie commune, devenue intolérable, a soulagé le plus fort de leur infortune. Mais le point de savoir si la rupture du lien légal doit leur être accordée avec nouveau mariage possible, n'est plus simple affaire de commisération pour les individus, c'est une question dominée par cette autre qui lui est supérieure, de bien discerner si la société et la famille ne ressentiraient pas plus d'inconvénients que d'avantages à consentir l'abandon du principe de perpétuité ou d'indissolubilité. Or ici il ne semble guère douteux que toute concession du divorce menace d'ébranler la solidité de l'institution du mariage, ce qui est le vrai point de vue d'intérêt général.

D'abord, parce que la brèche une fois ouverte, il est malaisé de la mesurer et de la contenir, et chez nous plus encore avec notre mobilité constitutionnelle. Notre histoire du divorce l'a déjà prouvé, et l'expérience de nos jours le démontre encore. On a pu, de 1816 à 1884, restaurer l'indissolubilité absolue, après l'avoir observée pendant des siècles. Le divorce s'est implanté par deux fois et pendant 25 à 30 ans<sup>(1)</sup>, pour être remanié légalement au cours de ces deux périodes, sans compter les modifications réclamées sans cesse et toujours menaçantes. Aussi bien, une fois écarté du point fixe, où s'arrêter? Si nous regardons les pays voisins qui ont aussi accepté le divorce, on les voit différer, soit entre eux, soit avec nous, sur certaines causes de rupture, et c'est autant d'arguments pour redemander chez nous des réformes en vertu du droit comparé. Maladie grave ou folie, stérilité, impuissance, consentement mutuel, autant de desiderata qui reviendront. Mais,

(1) De 1792 à 1816, puis de 1884 à nos jours.

rien qu'avec notre loi actuelle, s'observe cette mobilité avec tendance à l'élargissement du divorce. Nous avons gardé de l'ancienne jurisprudence des séparations de corps une cause de divorce bien trop vague, l'injure grave, qui ne devrait ce semble autoriser, par elle seule, qu'une séparation plus ou moins prolongée. Or quelle porte ouverte pour les divorces, avec tout ce que les époux et leurs conseils peuvent faire plaider comme injure grave et tout ce qu'on peut introduire par collusion! On sait qu'il est devenu possible par cette voie d'aboutir à de véritables divorces par consentement mutuel, ce qui est absolument contraire à la donnée du lien conjugal, si bien qu'il s'est trouvé des auteurs pour demander de rétablir franchement ce mode de divorce amiable, rien que pour éviter l'indécence et l'abus des procédures simulées. Voilà où l'on arrive assez vite avec des lois de divorce, en apparence restrictives, comme celles de 1804 et de 1884. Le danger commence à s'entrevoir depuis quelques années, comme il ne résulte que trop clairement des statistiques de divorces. C'est la faute des juges. dira-t-on, qui ne savent pas se tenir fermement à l'esprit de la loi. Il y a du vrai peut-être, mais le mal premier n'est pas là. Il est des concessions, comme celle du divorce pour injure grave, qui ne se mesurent pas. Et comment la loi pourrait-elle compter sur des juges résistants dans l'application, si c'est le législateur lui-même qui a commencé de faiblir?

Là n'est pas tout le mal. La concession du divorce entraîne encore, pour la société et son institution du mariage, l'aggravation d'autres périls que le principe d'indissolubilité tend à conjurer. Le sentiment du lien vraiment irrévocable est le meilleur frein contre toute tendance des mœurs à conclure trop légèrement, comme à supporter impatiemment les engagements du mariage. L'expérience de Rome et celle de 1792 l'ont assez prouvé. Il n'est pas aisé de faire entendre à tout un peuple qu'une concession du divorce, qu'on croit prudemment conçue, est aussi

réduite qu'on l'a calculée. Le mot de divorce a une certaine vertu magique et malfaisante. Il en est qui songent, en se mariant un peu à la légère, que le divorce reste toujours possible. Il en est plus encore qui, aux premières discordes de ménage, se laissent envahir et obséder par la pensée que le divorce permet d'en finir. N'en est-il pas que la perspective du divorce peut rendre plus accessibles à d'autres tentations ? Et s'il ne subsistait pas autant de frein religieux, qui retient les femmes plus encore, combien les demandes en divorce pourraient se multiplier ! Là sont les vrais périls résultant, pour la société, d'une concession du divorce qui, dans l'esprit des masses et jusque dans celui de certains juges, ébranle l'idée de perpétuité et de gravité du mariage. C'est donc l'expérience de l'histoire, jointe à ces considérations de morale supérieure, qui doit faire décider, en législation, s'il est vraiment sage de faire une telle concession au divorce, par elle-même illogique dans l'institution du mariage, et si, pour venir mieux en aide à quelques situations intéressantes ou dramatiques, on n'expose pas une société tout entière au danger plus général de voir la pensée ou l'espoir du divorce se glisser dans les cœurs, au risque d'ébranler l'esprit de réflexion, de fidélité, de dévouement, de patience même, si nécessaire en tout pays pour la grande moyenne des ménages.

Tel est le vrai point de vue social. En subvenant à quelques-uns qui ont pu être malchanceux ou imprudents, le divorce risque fort d'être plus dangereux pour l'ensemble des unions ; et la séparation de corps peut suffire à la plupart des cas intéressants. Il n'y aurait vraiment utilité sociale à la rupture complète du lien conjugal que si l'absence du divorce pouvait avoir pour effet de rendre les mariages plus rares. Or, qui pourrait observer que le refus du divorce a fait désertier les unions matrimoniales. Sont-elles redevenues plus nombreuses et plus fécondes depuis que le divorce a été rétabli et encouragé ? Par contre n'a-t-on pas vu, dans les milieux ouvriers, donner comme argu-

ment favorable aux pratiques d'union libre, qu'elles permettent, par un moyen plus simple et moins coûteux, de former un ménage analogue au mariage civil résiliable par le divorce ?

Quant aux désordres, où la séparation de corps peut incliner ceux qui ne veulent ni se réconcilier, ni se contenir, c'est chose assurément fâcheuse. Mais ces désordres comptent pour peu dans l'ensemble des mœurs mauvaises de concubinage ou d'adultère auxquelles un divorce même facile ne saurait remédier, que parfois même il encourage chez les gens mariés, grâce à l'espoir qu'il donne de changer de conjoint. Dans cet ordre d'idées, n'avons-nous pas d'ailleurs comme mesure nouvelle, celle qui a permis à l'époux divorcé d'épouser son complice d'adultère et celle qui tend à leur permettre par ce mariage de légitimer leurs enfants adultérins ? Mesures dangereuses pour la stabilité et la bonne observance des mariages, et qui pourraient singulièrement encourager au désordre.

Pour ce qui est de l'intérêt des enfants, sur le point de savoir si le divorce de leurs auteurs ne vaudrait pas mieux que la séparation, on a tout dit dans les deux sens, et on peut trouver beaucoup à plaider dans tel ou tel cas particulier, suivant l'âge des enfants, la condition sociale des père et mère, les causes de leur désunion. Il ne semble pas toutefois que l'intérêt des enfants ait pu être aussi nettement invoqué dans le sens du divorce ; et le théâtre a déjà soutenu fortement la thèse contraire. Entre le pour et le contre, il y aura toujours cette grave objection morale de la situation des enfants exposés par le divorce à voir leurs auteurs engagés dans d'autres unions, si bi en qu'ils peuvent rencontrer, devant leur père légitime, un autre mari de leur mère, ou à la place, dont est éloignée leur mère, une marâtre. Mais laissons de côté toutes les situations diverses et dramatiques qui s'observent à la barre. Si l'on envisage d'un point de vue général cet intérêt des enfants qui doit compter si fort dans la société, la moins mauvaise solution,

pour l'ensemble des familles et des enfants, n'est-elle pas celle qui tend le mieux à prévenir, à décourager ces ruptures dont ils auraient tant à souffrir, c'est-à-dire celle qui conduira les parents à mieux faire de nécessité vertu, pour éviter de pousser leurs dissentiments jusqu'à la rupture. Or, ici le doute est-il possible, et n'est-ce pas l'indissolubilité absolue, comme point fixe, qui est la meilleure discipline sociale et familiale dans l'intérêt de la masse des enfants? Tant il est vrai que le divorce, même octroyé seulement comme remède, peut offrir des tentations que la séparation de corps ne montre pas. S'il est assez rare que la séparation de corps, une fois prononcée, soit effacée par la réconciliation, il sera moins rare d'observer qu'on évite d'y recourir, là où le divorce pourrait tenter. On ne songera guère à demander non plus qu'elle soit facilitée par la loi, tandis qu'on sera porté à demander le divorce plus largement ouvert. Et voilà bien pourquoi la séparation de corps me paraît, même en dehors du point de vue religieux, plus sage humainement et en même temps plus logique avec notre système de lien conjugal. En tout cas et bien loin de faciliter le divorce, s'il fallait le conserver, j'estime qu'il vaudrait mieux le réduire à des cas tout à fait extrêmes, tandis que, pour tout ce qui se ramène à l'injure grave ou aux mauvais traitements, la séparation de corps devrait suffire, de sorte qu'il y aurait à ménager au moins deux remèdes distincts fixés par la loi, suivant la gravité des blessures portées à l'union conjugale<sup>(1)</sup>.

Quoï qu'il en soit, vous voyez combien nos législateurs de 1792 avaient omis ou perdu de vue toutes ces notions, quand ils avaient brusquement rejeté toute séparation de corps pour ouvrir si largement le divorce comme « une faculté dont il importait de faire jouir tous les Français ».

Je m'en tiendrais là, s'il n'était pas resté de cette révo-

(1) Il semble à regretter que certaines décisions judiciaires, conçues dans cet esprit, n'aient pas été mieux encouragées.

lution matrimoniale de 1792 une objection spécieuse contre l'indissolubilité, celle qu'on avait formulée en proclamant que « la faculté du divorce résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte ». On a répété souvent, on le redit encore, qu'il y a dans le principe du mariage indissoluble un sacrifice excessif et injuste de la liberté humaine, avec méconnaissance du droit individuel ainsi immolé au droit social. Mais c'est faire intervenir hors de propos le principe constitutionnel de la liberté individuelle. Nul n'est forcé de se marier, ni de se marier contre son gré. Le lien conjugal a été institué le même pour tous et sans acception de personnes, comme une discipline nécessaire à la constitution de la famille légitime. C'est donc fausser le sens de la liberté individuelle que de la voir ainsi sacrifiée à l'encontre des gens mariés pour leur vie entière. Il ne faut pas oublier d'ailleurs, que cette raison prétendue de liberté avait surtout été invoquée en 1792, pour fonder le divorce possible sur simple allégation d'incompatibilité d'humeur. Songerait-on à le rétablir? Entrés dans cette voie, combien d'autres viendraient soutenir que la liberté individuelle est méconnue dans toute entrave légale à leur goût personnel de fantaisie! C'est l'argument ordinaire de ceux qui confondent assez volontiers liberté et licence. D'ailleurs, ceux qui parlent ainsi du lien indissoluble comme attentatoire à la liberté des individus, ont-ils assez pesé qu'on admet bien d'autres sacrifices individuels à la nécessité sociale d'une bonne institution du mariage? Il importe de les rapprocher pour un instant.

C'est une loi sévère aussi, celle qui a fait depuis des siècles une condition fort dure aux bâtards et qui les met encore sensiblement en arrière des enfants légitimes. N'a-t-il pas été rigoureux de leur fixer une vocation successorale moins forte, en défendant même de leur donner davantage? C'est encore une grande rigueur légale de prohiber toute reconnaissance volontaire ou judiciaire des enfants

adultérins ou incestueux, contre cette première pensée de droit naturel que tout enfant devrait pouvoir réclamer ouvertement ses auteurs. Notre Code pourtant, n'a pas reculé devant la conclusion de garder partiellement, même en quelques points de fortifier les anciennes rigueurs, parce qu'il voyait là des règles jugées nécessaires au maintien de la famille et surtout du mariage, qu'il faut bien soutenir comme base de notre édifice social. Car il n'y a pas d'autre explication de ces règles sévères à l'encontre des enfants naturels. Mais s'il est possible de présenter et de justifier ainsi tous ces sacrifices, imposés autour du mariage à ces enfants illégitimes, qui n'ont rien à se reprocher, pourquoi pas, dans le mariage même, l'indissolubilité absolue, moins opposée encore à la stricte justice, s'il vient à être reconnu, car toute la question est là, qu'elle doit rester un principe de sauvegarde pour toute l'institution du mariage? Nous voyons d'ailleurs que plus d'un, parmi ceux qui poussent à l'élargissement du divorce, tendent aussi à rapprocher la condition légale des enfants nés hors mariage de celle des enfants légitimes; c'est ce qu'avait fait la Révolution et ce qui tend à s'insinuer dans nos lois. Ce sont les mêmes raisonnements ou les mêmes sentiments qu'on invoque dans les deux cas, pour aboutir à faire considérer le mariage même, ou dans le mariage tout ce qui tient au lien légal, comme un appareil de servitude. Mais, ces deux concessions combinées pourraient bien ébranler chez nous très fortement le mariage et la famille; comme il est d'autres excès de sentiment, ou parfois de sensiblerie, qui risquent de compromettre le bon ordre, en énervant nos institutions dans tout ce qui a trait aux disciplines sociales nécessaires.

Il apparaît donc que, derrière ce grand principe canonique d'indissolubilité absolue, s'élevaient de fortes et hautes raisons sociales aussi bien que des raisons purement religieuses. Il peut être fâcheux que l'Église ne les ait pas développées davantage au point de vue du bien civil, de

sorte que le principe créé par elle a paru trop lié à des données surtout canoniques. Mais ces raisons subsistent, et il ne saurait suffire de répéter que la diversité des croyances exigeait l'admission du divorce, quand nous voyons bien qu'elle ne suffirait pas à faire admettre la polygamie comme chez les Musulmans, ou un divorce à discrétion comme du temps des Romains. Une loi séculière du mariage civil doit se placer surtout au point de vue des raisons de morale et de politique universelles. Mais, s'il vient à être reconnu qu'un divorce, même très mesuré, n'est pas bon socialement, il ne reste aucun principe qui empêche de le restreindre très fortement, ou même de l'interdire. C'est ce qu'on peut répondre aussi à ceux qui invoquent qu'il est contre l'humanité et la justice de refuser le divorce.

Toutefois, je reconnais qu'on peut hésiter aujourd'hui, *propter duritiam cordis* : à cause du relâchement des mœurs et du danger plus fréquent des discordes conjugales, surtout dans les populations ouvrières ou urbaines, plus nerveuses que les milieux principalement agricoles du temps jadis. D'autant qu'on n'a plus l'appui aussi fort de la morale religieuse, ou même d'une morale indépendante fondée sur des bases bien assurées. Mais l'Histoire est là pour attester, que le divorce a pu être écarté pendant dix siècles par un admirable effort de moralité générale dû au christianisme, que notre pays de France et bien d'autres s'en étaient accommodés et que la famille n'en avait été que plus stable, l'harmonie conjugale plus grande. L'Histoire est là encore pour constater que, depuis 1792, le divorce et ses vicissitudes ont déjà entraîné bien des désordres, avec pente marquée vers une extension. Elle doit conduire au moins à cette conclusion que le rétablissement du divorce n'est pas à noter comme un progrès, encore qu'on puisse le juger un remède nécessaire dans l'état social d'aujourd'hui, et qu'au lieu de lui lâcher la bride, c'est bien plutôt à le restreindre fortement que législateurs, juges et publicistes devraient songer.



## TRENTE-QUATRIÈME A TRENTE-HUITIÈME COURS

### DEUXIÈME PARTIE

#### Les effets du mariage.

Au mariage valablement formé comme lien conjugal, quels effets de droit ont dû être rattachés, tant effets multiples entre les conjoints eux-mêmes qu'effets généraux dans l'ensemble du système familial?

C'est l'autre partie de notre sujet, capitale aussi et qu'il nous faut étudier dans le même esprit, c'est-à-dire dans le but de rappeler comment ces effets juridiques de mariage avaient été conçus et réglés dans notre droit d'ancienne France et, par là, mieux saisir l'origine et l'esprit des règles qui nous régissent encore dans l'institution sécularisée du mariage

Observons d'abord, sans y insister longuement, que jadis, à raison de la dualité des puissances gouvernant l'union conjugale, il était fait, quant aux effets juridiques du mariage, une distinction traditionnelle entre ceux qui étaient qualifiés expressément d'effets civils et ceux qui auraient pu être dits ses effets naturels ou religieux. Cette distinction, nos anciens auteurs l'admettaient sans viser d'ailleurs à bien l'expliquer et à l'éclaircir, comme on le peut voir dans Pothier dans la cinquième Partie qu'il consacre aux effets du mariage (1). Il commence par

(1) *Traité du Contrat de mariage*, n<sup>os</sup> 379 et s.

énoncer et analyser les obligations respectives du mari et de la femme, des enfants et de leurs auteurs à la manière des canonistes, en dépassant de beaucoup le cadre et la portée des lois séculières, pour venir ensuite à ce qu'il expose comme *effets civils* et qu'il a énumérés sous 14 points, sans ordre bien logique et sûrement sans liste complète (1).

Exposer ainsi les choses, c'était reconnaître implicitement la tradition antérieure, d'après laquelle il aurait appartenu, en principe, à l'Église de tout régir dans l'institution du mariage, c'est-à-dire non pas seulement la validité du lien, mais l'ensemble de ses effets, sous la seule restriction de ceux qui, concernant l'ordre temporel, semblaient devoir être réservés à la puissance et aux coutumes séculières. Et tels étaient ceux-là même qu'on était venu qualifier d'effets civils, surtout depuis la déclaration de 1639, qui avait fait mieux ressortir l'application de cette donnée et d'où l'on avait tiré la théorie des mariages privés d'effets civils, que nous avons résumée plus haut (2).

Il est vrai que les Civilistes du XVIII<sup>e</sup> siècle ne professaient plus nettement cette théorie venue du Moyen âge, d'autant que la jurisprudence et la doctrine séculière s'efforçaient de restreindre l'action des juges d'Église et tendaient à mettre sur le même plan le droit et le concours des deux puissances. Mais telle avait bien été, pendant des siècles, la thèse canonique généralement acceptée dans la Chrétienté, que le Concile de Trente, en son 12<sup>e</sup> canon, avait à nouveau consacrée, et que l'Église a toujours maintenue, pour l'affirmer encore dans les articles 1016, 1960, 1961 du nouveau Code canonique.

Il reste seulement à constater que les Canonistes eux-mêmes, n'ont guère pris le soin de préciser ce qu'ils

(1) *Ibidem*, n<sup>os</sup> 396-408.

(2) P. 134 et s.

abandonnent comme effets purement civils du mariage. Si l'on parcourt leurs textes officiels ou leurs traités doctrinaux, sous la rubrique des effets du mariage, il est visible qu'ils se bornent entre époux à une étude minutieuse des devoirs les plus intimes du mariage, le *debitum conjugale* surtout et la *communio tori et mensae*, comme à la déclaration de légitimité des enfants. Il semblerait donc que tout l'ensemble du Droit des gens mariés rentrerait entièrement dans les effets purement civils relevant des puissances séculières.

Quoiqu'il en soit, nous n'avons plus depuis 1789 à faire cette distinction des effets du mariage dans notre système du mariage civil. Il implique par lui-même que tout l'ensemble des effets juridiques, comme la validité et la dissolution du lien conjugal, sont du ressort de la puissance temporelle. Les règlements de l'Église demeurent tout en dehors et ne sont plus à considérer que comme affaire de conscience religieuse. Rien n'est plus à renvoyer aux juges ecclésiastiques comme question préjudicielle aux décisions des juridictions séculières, tant sur les effets du mariage que sur le lien conjugal. Aussi nous ne pourrions plus concevoir en notre droit l'ancienne combinaison des mariages privés d'effets civils, tandis qu'il peut exister, à côté et en dehors de notre loi séculière, des mariages civils privés d'effets religieux.

Il reste toutefois une observation importante à noter, comme différence entre les deux systèmes canonique et civil; c'est que, pour déterminer et sanctionner les effets du mariage et surtout nombre des devoirs qu'il impose, le Droit séculier ne saurait prétendre à une action aussi pénétrante que la loi religieuse. Nous aurons à le relever en envisageant parmi les effets du mariage, l'association conjugale, surtout quant à la vie commune des deux époux et quant à leurs droits et devoirs vis-à-vis de leurs enfants.

Entre époux, les effets du mariage se ramènent à cette idée qu'il les unit juridiquement en association conjugale

au triple point de vue de leur vie commune, de leurs intérêts pécuniaires, de leurs enfants. Telle a été notre tradition française, qui s'est formée sensiblement différente de celle de Rome et qui a persisté dans ses traits essentiels jusqu'à nos jours. Je l'ai résumée en ces termes même au début de l'*Introduction générale* (1). D'autre part, en ce qui concerne les intérêts pécuniaires, ils ont été étudiés au troisième volume de cet ouvrage. Ce second volume s'achèvera donc en ne considérant l'association conjugale qu'au double point de vue de la vie commune et des enfants, mais en y joignant les autres effets généraux du mariage dans l'organisation de la famille.

## CHAPITRE I

### Les effets du mariage quant aux époux et quant aux enfants.

I. — *Le mariage émancipe.* — En même temps que le mariage unit les époux en compagnie conjugale, sous la direction du mari, il est de principe, en notre droit français, qu'il les émancipe vis-à-vis de leurs auteurs pour leur constituer juridiquement un ménage ou foyer distinct : deux effets bien reliés ensemble, puisqu'affranchis de toute puissance paternelle, ils peuvent être ainsi plus librement et plus fortement unis l'un à l'autre. Ces données qui sont restées nôtres tendaient à prévaloir par toute la France, en ce qui concerne le pur droit des personnes, quoiqu'il subsistât au Midi quelques vestiges de *patria potestas*, mais surtout au point de vue du patrimoine.

D'où nous étaient venues ces notions fondamentales en coutume française? Assurément, ni l'émancipation, ni l'association des époux ne sont venues du droit romain, dont la tradition était si prononcée en sens contraire. La difficulté est toujours de discerner d'où a pu venir la force

(1) P. 25 et s.

principale qui a renversé la tradition romaine pour transformer le droit du mariage sur un plan si différent.

Et d'abord, en ce qui concerne l'émancipation des conjoints par le mariage, on se rappelle qu'à Rome où la *potestas* dominait tout dans la famille, le mariage n'émancipait point. Dans l'union sans *manus*, devenue le mariage ordinaire aux temps classiques, chaque époux, s'il était encore *alieni juris*, restait sous la puissance distincte de son *pater*. C'est la raison pour laquelle l'union conjugale n'avait pu être conçue comme association véritable, ni au point de vue des enfants qui n'étaient agnats que du côté de leur père, ni même au point de vue de la vie commune, que les époux ou leurs *patres* pouvaient rompre à volonté.

Malgré quelques réformes heureuses des Antonins pour tempérer la *patria potestas*, au moins quant à l'union intime des personnes, la domination du *pater familias* subsistait toujours. Il ne semble pas que les émancipations volontaires aient été fréquentes, en vue d'assurer l'indépendance du nouveau ménage. Nulle association bien nouée n'était possible dans ces conditions, d'autant qu'il s'y joignait la pleine faculté de divorcer.

Tel était le droit classique; mais on omettrait une partie importante de l'histoire du droit romain en n'observant pas comment au Bas-Empire, à partir de Constantin, et surtout en Occident, s'étaient introduits de nouveaux usages, qui témoignaient de certains progrès de la donnée d'union conjugale, en même temps que commençait d'être restreinte la faculté du divorce. L'émancipation des enfants mariés semble s'être répandue après Constantin, comme nous l'avons vu dans l'*Introduction générale* (1). Néanmoins, la société romaine, même en Occident, n'était parvenue ni pratiquement, ni encore moins en théorie, à s'affranchir du principe de la *patria potestas*. Les vieilles fondations du droit romain tenaient toujours, malgré l'au-

(1) P. 258 et s.

torité grandissante de la direction chrétienne qui poussait la société du Bas-Empire à la formation de ménages juridiquement distincts pour chaque union.

C'est cette même direction qui allait guider les Germains, nos Francs surtout, chez qui d'ailleurs elle devait rencontrer des prédispositions plus favorables. Il est reconnu que les Germains passés en Gaule n'avaient pas de *patria potestas* entendue comme à Rome. Tacite n'en a rien dit, les lois barbares n'en laissent rien voir et cela n'eut pas cadré avec leurs tendances d'association familiale. Leurs fils pouvaient donc connaître un mariage indépendant et distinct, puisque nulle *potestas* ne mettait obstacle à cette notion si naturelle. Quant aux filles données en mariage, il est certain que, là où les femmes étaient *in mundio*, la coutume était que ce *mundium* fût transmis au mari. Par suite, les Germains devaient être portés à une donnée plus intime de l'union conjugale, donnée toute humaine et convenant d'ailleurs à leur existence mobile et aventureuse, où ils associaient leur femme et leurs enfants. Ceci, Tacite l'a bien vu et nous l'a dit. Rien dans leurs formules, dans les récits de Grégoire de Tours, n'indique une dépendance des jeunes époux vis-à-vis de leurs auteurs (1).

Ainsi a dû se dégager, pour l'ensemble de la population barbare et gallo-romaine, cette indépendance de l'union conjugale qu'on a dénommée depuis l'émancipation par mariage, quand le principe se formula plus tard en beaucoup de nos coutumes, comme tradition ancienne en face du droit romain renaissant.

Loisel l'a rappelé dans une de ses maximes : « Enfants mariés sont tenus pour hors de pain et pot, c'est-à-dire pour émancipés » (2). Il n'y a en effet, dans nos plus anciens coutumiers, aucune trace de puissance paternelle entendue

(1) Cf. *Introduction générale*, Treizième cours, p. 314 et s.

(2) *Institutes coutumières*, 1, 1, 38, édit. Dupin et Laboulaye, n° 56.

comme à Rome; dans ses *Coutumes de Beauvoisis*, Beaumanoir ne donne aucune impression d'une puissance reconnue au père ou à l'aïeul et pour leur vie entière sur leurs descendants. L'autorité domestique est commune au père et à la mère, sauf prérogatives du mari. Et, si l'on remonte plus haut, on observe aux Capitulaires qu'il ne s'y rencontre ni le mot de *patria potestas*, ni le mot d'*emancipatio*. On peut donc dater du fond du Moyen âge, sans pouvoir préciser davantage, la coutume d'émancipation de plein droit par le mariage. Elle se préparait au Bas-Empire, elle répondait beaucoup mieux aux tendances barbares, singulièrement affirmées et développées par la direction chrétienne. N'a-t-elle pas dû s'appuyer aussi sur le texte de la Genèse rappelé aux Évangiles et répété alors en tête des *libelli dotis* : *Relinquet homo patrem et matrem et adhaerebit uxori suae. Et erunt duo in carne una*. Pris à la lettre et suivi comme précepte, ce texte implique que le mariage va former un ménage distinct et indépendant, comme il implique aussi dans ce ménage l'idée d'association la plus intime et la plus profonde. Toute notre coutume matrimoniale s'est orientée dans la direction de cette parole, tenue et observée pour *lex divina*. Je ne vois rien qui puisse expliquer mieux cette nouvelle et générale coutume se dégageant à travers quatre siècles obscurs du Moyen âge dans un sens si différent des traditions romaines. Venons maintenant à la donnée même de l'association conjugale, envisagée d'abord quant à la vie commune des époux, puis quant à leurs enfants.

II. — *La vie commune*. — Le premier point de vue à considérer dans l'association conjugale, c'est l'union des époux pour vivre en commun. Habiter ensemble pour se donner et se dévouer entièrement l'un à l'autre, c'est la première loi du mariage. L'Église l'a toujours enseigné et la formule encore dans un des articles du nouveau *Code canonique* (1). Il y a là une donnée d'union si naturelle que

(1) Can. 1128.

les Romains eux-mêmes ne l'ont pas toute ignorée. L'association perçait ici dans leur langage même, avec les expressions de *confarreatio*, *connubium*, *conjugium*, comme elle restera dans la définition à laquelle ils ne sont arrivés que sur le tard, puisqu'elle est de Modestin : *Consortium omnis vitae* (1). Ainsi donc, quant à cette union des personnes tout au moins, ils n'ont pas méconnu toute idée d'association, encore qu'ils l'aient conçue si fragile par leur liberté et licence du divorce.

Mais cette donnée de la société conjugale allait bien autrement grandir et se fortifier avec les progrès du lien conjugal indissoluble. Or, dans notre droit français, comment l'Histoire nous la montre-t-elle conçue et ordonnée, cette première notion d'association, la plus profonde de toutes? Quels principes et quelles règles allons-nous rencontrer dans notre ancien droit, pour organiser cette commune existence des deux époux, avec les devoirs mutuels ou respectifs qu'elle implique, et les sanctions qu'ils comportent?

Il est d'abord une réflexion capitale qui se présente comme dominant ici tout exposé d'histoire juridique. C'est que le droit positif, et surtout le droit civil ou séculier, n'a et ne peut avoir que bien peu de prise dans le règlement de cette vie commune, qui lui échappe presque en entier. La régir en droit positif, c'est à la fois déterminer, puis sanctionner les règles qui doivent gouverner la conduite respective des époux, dans leurs incessants rapports au foyer domestique. Or, comment le droit civil pourrait-il intervenir partout et toujours avec son appareil de règlements formels et surtout de tribunaux et de force

(1) *Individua vitae consuetudo* se lit dans la définition de Justinien aux *Institutes*, 1, 9, de *patria potestate*, § 1, définition si souvent répétée depuis. Mais *individua* n'offre pas un sens bien clair puisque, sous Justinien, le mariage n'était pas encore indissoluble et le régime des biens tout opposé aux idées de communauté.

publique pour fixer en articles et sanctionner par contrainte les devoirs de la vie commune entre époux? Il n'y peut songer ni prétendre, sauf en quelques points très limités. C'est pour nous vérité d'évidence. Et dès lors, il faut bien reconnaître qu'il appartient surtout à la morale et à la religion de régler plus à fond ces rapports et ces devoirs, c'est-à-dire de leur donner à la fois ce qu'ils peuvent comporter de détermination et de sanction (4).

Les choses étant ainsi, qu'a donc pu faire le droit civil, celui que nous visons surtout à dégager et expliquer? Deux choses seulement, à ce qu'il semble, et c'est encore ce que nous lui voyons faire en notre Code ou autres lois modernes, pour le système sécularisé du mariage :

1° Intervenir entre les époux d'une manière très limitée, mais par le moyen de règles précises, et juridiquement sanctionnées, là où il lui paraît utile et possible de le faire, pour le bon ordre de la société. Veiller au bon ordre, c'est là son rôle essentiel, comme droit positif, et c'est ainsi qu'il pourra condamner et punir l'adultère, enjoindre même aux époux de vivre en habitation commune, et surtout fixer les voies et moyens de séparation ou de divorce, pour les manquements graves. Car, ne pouvant rien pour imposer ou assurer la bonne harmonie, il peut du moins, dans les cas graves, viser aux moyens de mettre fin aux discordes. Voilà ce qu'il peut faire et ce que nous lui voyons faire encore aux articles du Code, tandis qu'il ne pourrait cataloguer et sanctionner toutes les obligations morales d'un bon et véritable époux, depuis ce qu'on appelle le devoir conjugal, jusqu'au dévouement, tant son rôle purement juridique et positif est forcément limité.

2° Il est pourtant une seconde chose que nous lui voyons faire encore de nos jours, et qu'il peut, à ce qu'il semble,

(1) C'est bien ce que semblent reconnaître certains articles du nouveau Code civil suisse, notamment l'article 169.

sans sortir de son rôle : c'est de reconnaître et proclamer des principes directeurs, dépassant même ce qu'il lui est possible de préciser et de sanctionner dans l'application. Nos articles 212 et 213 en sont la preuve, car ce ne sont là que des préceptes de conduite conjugale, plutôt que des injonctions de droit positif. Des préceptes directeurs, il faut bien que le législateur s'en inspire lui-même, pour descendre aux quelques applications ou décisions positives qui lui paraissent réalisables. Ces principes, il peut aussi les formuler, tout au moins comme indications qui serviront de guide à la fois aux époux, pour leur existence conjugale, et aux juges, pour l'examen des différends domestiques qu'ils peuvent avoir à trancher. C'est bien là ce qui a été voulu dans notre Code, et sur la réclamation précise du premier Consul. Et aux Codes modernes, c'est là ce qu'ont pensé faire en des formules un peu différentes le Code allemand (art. 1353) le Code suisse (art. 159 et s.) ou le Code italien (art. 130 et s.).

Voilà ce que nous remarquons aujourd'hui comme aboutissant rationnel en ce domaine extra-juridique. Mais dans l'histoire du droit civil, que pouvons-nous observer pour répondre à ces questions générales? Trouverions-nous des précédents à ces déclarations de notre Code actuel? Le droit romain classique n'avait rien formulé de semblable. Il avait séparé morale et droit, avec le parti arrêté de faire intervenir le moins possible le droit positif dans l'union des personnes. Nulle part, on ne voit, ni étudier, ni mentionner chez les Prudents de Rome quelque règlement des devoirs entre époux qui ressemble à l'idée de nos articles français. Jurisconsultes aussi bien que moralistes n'y trouveraient à peu près rien à relever comme préceptes. La littérature païenne est également presque muette sur les devoirs des époux, même comme exposé de morale. On ne trouverait rien dans Cicéron, au *De officiis*, et rien non plus dans Sénèque, à l'époque où déjà saint Paul traçait si fermement les devoirs conjugaux

d'après la morale chrétienne (1). C'est qu'aussi bien la notion dominante du droit romain à cette époque était celle de l'indépendance réciproque des époux dans l'union *sine manu* qui avait prévalu. Leur union personnelle restait toute volontaire, hormis le devoir juridique de fidélité corporelle pour l'épouse, et celui-ci rudement sanctionné. Pour tout le reste, les époux n'avaient à consulter que leur conscience ou leurs convenances.

Au Bas-Empire pourtant, quand le législateur chrétien a voulu commencer de réfréner les répudiations, il fallut bien songer à tracer, en droit positif, quelque idée des devoirs respectifs des époux, ne fût-ce que pour déterminer les causes licites de rupture. Nous l'avons vu faire dans les constitutions de Constantin, puis surtout de Théodose et Valentinien (2) qui, limitant les causes de *repudium* légitime, affirmaient notamment, pour les femmes, le devoir de ne pas trop se commettre en public contre le gré de leurs maris, pour les hommes, celui de ne pas trop exaspérer leurs femmes par leur excès d'inconduite ou mauvais traitements. Cette loi de 449 est du moins une constitution précieuse pour la marche des idées, quoiqu'elle manque encore de précision pour le droit, puisqu'aucun principe ne s'en dégage nettement. Or, rien d'autre n'apparaît encore dans le droit civil, tandis que les Pères de l'Eglise multipliaient les injonctions de direction chrétienne pour la vie conjugale et que, déjà, certains Conciles, tel que celui d'Elvire, menaçaient ou punissaient de peines canoniques les contempteurs de la fidélité conjugale ou du bon ordre domestique.

Que trouver, d'autre part, chez les Germains? Au témoignage peut-être exagéré de Tacite, des mœurs plus simples, une observance meilleure du mariage, et sûrement le châtement rigoureux et humiliant de la

(1) Cf. *Introduction générale*, p. 152-154.

(2) Cf. *Introduction générale*, p. 201 et s.

femme adultère, formant déjà coutume juridique, ainsi que la répudiation admise surtout *ex marito*. Mais il est clair qu'ils n'avaient au sujet de la vie conjugale, ni doctrine, ni rédaction juridique précise, qui d'ailleurs n'apparaît en rien dans leurs *Leges*. Tout ce qu'on peut démêler ou pressentir parmi les conquérants de la Gaule, c'est donc et surtout meilleure tendance à recevoir et suivre, après leur conversion, les directions de la morale chrétienne, sans être embarrassés de règles ou systèmes contraires (1).

On en était là, à la fin du v<sup>e</sup> siècle, quand commence notre histoire propre du Droit français. Or, le mariage va bientôt devenir indissoluble et se voir principalement régi par l'Eglise, qui vise à l'organiser en institution bien autrement construite et cimentée qu'aux siècles païens. Avec une telle notion du lien conjugal, il fallait bien qu'une discipline fût tracée pour la vie commune des époux. Mais d'où allait procéder, avec un principe de direction, cette détermination des devoirs mutuels ou respectifs nécessaires au bon ordre familial, et surtout, pour ce qui vise au droit, quelle sanction positive pour prévenir ou réprimer leur violation dans le mariage?

Sont-elles venues des puissances temporelles pour former alors un règlement de droit civil? Non. Si haut qu'on remonte dans les textes séculiers de l'ancien régime, on n'y trouverait rien d'analogue aux articles de notre Code, comme préceptes civilement ordonnés.

Regardons d'abord aux derniers siècles, où le droit civil se montre mieux dégagé et formulé. Les Coutumes rédigées ne disaient rien de l'union des personnes; elles n'ont réglé que l'association conjugale quant aux intérêts. Les Ordonnances royales n'en ont pas dit davantage, et les *Arrêtés* de Lamoignon, conçus comme un projet de

(1) Cf. *Introduction générale*, p. 344 et s.

Code, n'en parlaient pas. Reportons-nous plus haut. Nos anciens coutumiers du Moyen âge n'ont pas tracé de règles sur la vie conjugale, et Beaumanoir se borne à tirer quelques conséquences des principes canoniques dans son chapitre 57 sur « *Les máltaients entre époux* » (1). Si l'on rencontre en des Capitulaires plus anciens quelques dispositions au sujet des époux, c'est à titre de recommandation, ou comme rappel de préceptes religieux ou de décisions des Conciles.

Ainsi la législation séculière resta muette à toute époque pour le règlement de la vie commune dans le mariage indissoluble. Quoiqu'il lui fût reconnu le droit de régler les effets civils du mariage, ce n'est pas elle qui posait les principes supérieurs, d'où résultait en coutume la plupart de ces effets. On ne voit pas qu'elle ait songé à régler autre chose que l'intérêt pécuniaire, dans ce qu'on a appelé le droit des gens mariés, s'en remettant à une autre direction de gouverner le droit des personnes. Or, est-ce à dire que cette partie capitale demeure affaire de mœurs et de simple morale, sans nul règlement d'autorité, sans nulle sanction? Non, dans cette société du Moyen âge, l'ensemble de ces principes était traduit et formulé en règles chrétiennes, gouvernant la vie commune des époux aussi bien que le lien sacré où ils étaient engagés. Il en sera ainsi pour tout l'ancien régime, comme nous le verrons encore au XVIII<sup>e</sup> siècle, d'après l'exposition de Pothier. C'est la religion qui enseignait et réglait les droits et devoirs de la vie conjugale, en les adaptant aux fins mêmes du mariage, telles que les proclamaient théologiens et canonistes, et sans avoir distingué pendant des siècles, sans même encore distinguer nettement et de tous points ce qui est uniquement de morale religieuse et ce qui doit être regardé comme droit canon.

(1) Edit. Salmon, n<sup>os</sup> 1626 et s.

Voici ce qui s'en est suivi : c'est que morale religieuse et droit canon, gouvernant tout ce côté de l'union conjugale, avaient pu formuler un règlement de mariage plus compréhensif et plus minutieux que n'a pu le maintenir notre droit civil positif, encore qu'il s'en soit inspiré. Et ce règlement chrétien avait bien le caractère d'un règlement d'autorité, muni de sanctions spéciales comme sanctions canoniques.

On se rend mieux compte de cette différence entre conceptions canoniques et séculières, en observant comment l'Église pouvait assurer quelques sanctions des devoirs de la vie conjugale, après avoir déterminé ces devoirs eux-mêmes.

Pour les déterminer, elle partait, comme textes fondamentaux, des Livres Saints et de leurs préceptes tenus pour révélation directe dans l'Évangile, pour inspiration divine dans la Genèse et dans saint Paul. L'apôtre en deux de ses épîtres, celle aux Éphésiens et la première aux Corinthiens, avait gravé les principes chrétiens sur l'ensemble des devoirs entre mari et femme, depuis le *debitum conjugale* jusqu'au dévouement et au sacrifice (1). Quoiqu'ils fussent avant tout des préceptes de morale supérieure, n'apparaissent-ils pas aussi comme des textes de loi dans la société religieuse, et venus d'un Législateur supérieur au pouvoir humain. C'était *Lex divina*. Les Canonistes furent donc conduits à les formuler et à les appliquer comme tels, ce qu'on peut suivre à travers leurs écrits et jusqu'à certains développements du *Codex juris canonici* (2).

D'autre part, et pour leur donner cette sanction positive, qui nous semble le point difficile en droit matrimonial séculier, la société religieuse et son système canonique connaissaient des moyens autrement variés, étendus et péné-

(1) Cf. *Introduction générale*, p. 463 et s.

(2) V. par exemple les can. 1012, 1013, 1015.

trants que nos contraintes de coercition matérielle. Traduire les violations du précepte en péché, les soumettre suivant leur gravité aux censures ecclésiastiques, pénitences, excommunications même : là étaient les sanctions dont disposait l'autorité ecclésiastique, soit au for pénitentiel, soit au for d'officialité, ce qui pouvait permettre d'assurer l'observation des règles jugées nécessaires au bon ordre de la famille chrétienne. Le for pénitentiel, quoique restant qualifié de for interne, n'était-il pas déjà par lui-même un moyen de direction et de sanction pour l'accomplissement des devoirs du mariage? D'autre part, nous avons des recueils de sentences d'officialité où l'on voit examiner et juger les difficultés intimes entre époux, pour conclure non seulement à des pénitences, mais à des condamnations d'amendes ou de pilori contre l'époux jugé coupable, pour enjoindre aussi aux deux époux ou à l'un d'eux de se comporter en véritables époux, jusqu'à l'accomplissement du devoir conjugal (1). C'était comme une véritable police des mœurs conjugales qu'ont pu de la sorte exercer, à travers le Moyen âge et jusqu'au xv<sup>e</sup> siècle, les officialités et d'une manière générale, les autorités ecclésiastiques, grâce à la force du sentiment religieux.

N'oublions pas d'ailleurs qu'il appartient longtemps aux juges ecclésiastiques de prononcer les séparations de corps, *ob multas causas et ad certum vel incertum tempus*. Il y avait là encore un moyen de sanction très souple pour les règles chrétiennes du mariage. Il était possible ainsi d'examiner et parfois de trancher bien des difficultés soulevées entre époux. Ainsi peut-on s'expliquer que le droit

(1) V. dans Esmein, *Le Mariage en droit canonique*, II, p. 8 à 10, sa citation de diverses sentences du registre de l'officialité de Cerisy, en Normandie. Il y en aurait bien d'autres à relever dans le *Registre de l'officialité diocésaine de Paris* pour la fin du xiv<sup>e</sup> siècle, dont la publication, préparée par Joseph Petit, a été finalement effectuée en 1921 par les soins de M. Eugène Lelong dans les *Documents inédits de l'histoire de France*.

canon ait porté très loin sa réglementation, remplie de préceptes minutieux sur l'intimité de la vie conjugale. Il nous en est resté beaucoup jusqu'à la sécularisation de 1789. Et de là est venue cette tradition de préceptes directeurs posés timidement jusqu'en notre Code civil. Cette tradition était dans toute sa force à la fin du Moyen âge. Beaumanoir nous en donne l'écho plus d'une fois dans ses *Coutumes de Beauvoisis* (1). Elle commença sans doute de s'ébranler dans la jurisprudence des derniers siècles quand se sont développés à la fois les appels comme d'abus contre les sentences ecclésiastiques, et les revendications de compétence en matière de séparation de corps. Mais l'Église continua de formuler, tout au moins à titre de morale religieuse et dans ses enseignements de théologie morale, l'ensemble des préceptes directeurs du mariage. Et c'est là que Pothier les a pris, pour les exposer au moins sommairement, au début de ses développements sur les effets et obligations du mariage (2). Voici comment il s'exprime dans un passage qu'il faut citer tout entier, comme base de nos explications ultérieures (3).

(1) Principalement au c. 57, déjà cité.

(2) *Traité du contrat de mariage*, cinquième partie. *Des obligations qui naissent du mariage et des effets civils qu'il produit*, nos 379 et s.

(3) Lorsque Pothier a fini d'énumérer les devoirs, ou ce qu'il appelle les obligations du mari, puis de la femme, il prend soin d'ajouter que les conjoints n'ont pas d'action civile au sujet de toutes ces obligations, « *les autres obligations du mari ou de la femme concernant plutôt la conscience que le for extérieur* ». D'où vient cette distinction des deux fors, de conscience ou extérieur, qui se retrouve parfois dans Pothier, mais nulle part autant qu'ici? C'est que quand Pothier énumère ces devoirs, notamment ceux d'amour et d'égards réciproques, il reproduit des règles données couramment par les canonistes et qui, en droit canon, pouvaient être sanctionnées au for pénitentiel. Il formule donc encore ces préceptes d'après la tradition canonique ou chrétienne largement entendue, parlant presque comme un directeur de conscience. Mais quand il s'agit, en civiliste, d'exposer les sanctions, Pothier se rend bien compte que des sanctions civiles, sous forme d'action directe ou de demande en séparation, ne sauraient être praticables pour toute cette série de devoirs. Et c'est pourquoi



ART. 1<sup>er</sup>. — Des obligations que les personnes qui se marient contractent l'une envers l'autre par le mariage.

379. — Les personnes qui se marient contractent par le mariage, réciproquement l'une envers l'autre, l'obligation de vivre ensemble dans une union perpétuelle et inviolable, pendant tout le temps que durera le mariage, qui ne doit finir que par la mort de l'une des parties; et en conséquence, de se regarder réciproquement comme n'étant en quelque façon qu'une même personne : *Erunt duo in carne una*.

§ 1<sup>er</sup>. — Obligations du mari.

380. — Le mari est obligé en conséquence, de recevoir chez lui sa femme, de l'y traiter maritalement; c'est-à-dire, de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Il est obligé d'aimer sa femme, de supporter ses défauts, de faire de son mieux pour les corriger par les voies de douceur; d'avoir pour elle une complaisance raisonnable, sans néanmoins favoriser ses mauvaises inclinations. Lorsque ni lui ni sa femme n'ont pas de biens pour se procurer les choses nécessaires à la vie, il est obligé de travailler aux ouvrages auxquels il est propre, pour lui gagner sa vie autant que pour gagner la sienne. Enfin il est obligé envers sa femme au devoir conjugal, lorsqu'elle le lui demande, et à n'avoir commerce charnel avec aucune autre femme, contre la foi qu'il lui a donnée.

381. — De l'obligation que contracte le mari envers sa femme de la recevoir chez lui, et de l'y traiter maritalement, naît une action civile que la femme, lorsque son mari l'a chassée de chez

il distingue des obligations susceptibles d'être traduites au for extérieur ou civil, à côté des obligations plus nombreuses qui ne pouvaient se comprendre qu'au for religieux ou dans le for de la conscience.

Concluons qu'il était resté de tout cela une certaine confusion entre la sphère du droit et celle de la morale. Et nous verrons bien que notre Code civil a, lui aussi, dépassé le cercle purement juridique pour emprunter, quoique plus timidement, quelques-unes de ses formules aux données de direction morale. Mais nous verrons du moins, en appréciant plus loin ces formules, qu'il l'a voulu ainsi consciemment.

lui, et refuse de l'y recevoir, peut intenter en justice contre lui pour l'y faire condamner. Si le mari refusait d'obéir à la sentence qui l'y aurait condamné, la femme serait fondée à demander que le juge décernât contre le mari un exécutoire d'une somme d'argent, telle que le juge estimerait convenable, au paiement de laquelle il serait contraint, faute d'obéir à la sentence.

Ce refus pourrait aussi servir de fondement à une demande en séparation d'habitation, si la femme jugeait à propos de l'intenter.

Les autres obligations du mari envers sa femme, que nous avons rapportées, concernent plutôt le for de la conscience que le for extérieur.

§ II. — Obligations de la femme.

382. — La femme, de son côté, contracte envers son mari l'obligation de le suivre partout où il jugera à propos d'établir sa résidence ou sa demeure, pourvu néanmoins que ce ne soit pas hors du royaume. Elle doit l'aimer, lui être soumise, lui obéir dans toutes les choses qui ne sont pas contraires à la loi de Dieu, et supporter ses défauts; travailler de tout son pouvoir au bien commun du ménage. Enfin elle est obligée envers son mari au devoir conjugal, lorsqu'il le demande; à n'avoir de commerce charnel avec un autre homme, contre la foi qu'elle a donnée à son mari, et à n'accorder aucunes faveurs de cette espèce.

383. — De l'obligation que la femme contracte par le mariage de suivre son mari, naît une action que le mari a droit de former en justice contre sa femme lorsqu'elle l'a quitté, pour la faire condamner à retourner avec lui. La femme ne peut rien opposer pour se défendre à cette demande. Par exemple, elle n'est pas écoutée à opposer que l'air du lieu où est son mari est contraire à sa santé; qu'il y règne des maladies contagieuses. Elle ne l'est pas même à alléguer les mauvais traitements qu'elle prétendrait que son mari aurait exercés sur elle, à moins qu'elle n'eût donné une demande en séparation d'habitation, pour raison desdits mauvais traitements.

Le mari a non seulement action contre sa femme pour la faire condamner à retourner chez lui, il a aussi action contre les per-

sonnes chez qui sa femme s'est retirée, quelles que soient ces personnes, fût-ce le père ou la mère de sa femme, pour les faire condamner à la renvoyer.

De cet exposé de Pothier ressortent trois propositions, qui résument assez bien les principes dégagés par la morale et la direction chrétiennes pour régler, dans notre ancienne France, la vie commune conjugale :

1° Mari et femme ne font qu'un, par suite de la communauté parfaite qu'implique leur mariage et lien indissoluble.

2° Dans cette communauté d'existence, ils ont nombre de grands devoirs mutuels et égaux.

3° Mais aussi chacun a son rôle respectif : le mari celui de chef, et la femme celui de compagne subordonnée.

Voilà les trois propositions qui vont être à développer.

*Première proposition : Mari et femme ne doivent faire qu'un.* C'était un principe dominant toute leur vie conjugale et qui fut constamment redit depuis le fond du Moyen âge (1). L'origine n'en est pas douteuse. C'est la répétition et la mise en œuvre du mot de la Genèse et de l'Évangile : *Erunt duo in carne una*, ou mieux encore : *Et jam non sunt duo, sed una caro*. Mais n'est-ce pas là un précepte et comme une fiction d'ordre mystique qu'il semble difficile de concevoir et de construire en règle de droit, car, enfin, il y a deux êtres distincts qui font aussi en droit deux personnes juridiques. Comment donc appliquer cette idée de les confondre juridiquement ? C'est qu'en effet, l'unité juridique peut se réaliser par le moyen de société et communauté. N'est-ce pas donnée familière que des associés ne font qu'un vis-à-vis des tiers en ce qui concerne les affaires et intérêts de la société ? Eh bien ! la même idée appliquée à cette société profonde et indis-

(1) On se souviendra, dans le même sens, de la vieille expression française : *ma moitié*.

soluble de la vie conjugale conduisait à penser et à dire ainsi : « *mari et femme ne font qu'un* », ou encore... « *sont uns et communs* ». On peut le voir en de multiples applications dans nos mœurs et coutumes françaises.

Et d'abord, on y peut rattacher tout ce faisceau d'usages de la communauté du nom, de la condition sociale, du domicile, de la nationalité, que la femme prend de son mari et qui témoignent de l'idée que les conjoints n'ont plus à se considérer que comme une seule personne et qu'à ce titre, il doit y avoir entre eux unité par communauté (1). Nous le lisons bien dans Pothier aux n<sup>os</sup> 401 à 403 où il omet seulement de parler de la nationalité. Nul doute que l'ancienne coutume y suivait le principe dont la tradition s'est transmise jusqu'au Code civil. Et c'est bien lui encore, appliqué dans la sphère des intérêts, qui faisait dire en mainte coutume : *les époux sont uns et communs en biens*.

Jusqu'où remontaient, comme notions établies, ces traditions diverses de notre coutume française, tirées directement du principe chrétien ? Il est difficile d'observer avec précision ces premières éclosions coutumières à travers les siècles obscurs du Moyen âge germanique et féodal. Je puis renvoyer à ce que j'ai dit au sujet des origines de notre communauté de biens si intimement reliée à toutes les autres et qui ne fait que s'y adjoindre ou les suivre (2). Rappelons du moins que les données devenues usuelles de la communauté du nom et de la nationalité ne se rencontraient pas à ce point dans la société romaine, que nous n'en voyons rien encore chez les Francs, à travers Grégoire de Tours par exemple (3) et qu'elles n'apparaissent

(1) On lit dans le nouveau *Code canonique*, can. 1112 : *nisi jure speciali aliud cautum sit, uxor, circa canonicos effectus, particeps efficitur status mariti*.

(2) *Droit des gens mariés*, p. 91 et s.

(3) *Introduction générale*, p. 161 et 411.

pas dans notre ancien usage avant que la communauté des biens ne se soit elle-même dégagée pleinement, aux abords du x<sup>e</sup> siècle (1).

De cette unité conjugale traduite ainsi par des côtés multiples en communauté sous la direction du mari, se rencontraient encore bien d'autres applications. Il y faut rattacher notamment cette tradition qu'en ce qui concerne les taxes ou impôts *in personam* les deux conjoints n'étaient tenus que pour un. Il en est encore ainsi pour notre contribution personnelle mobilière et, à certains égards, pour notre impôt sur le revenu. Il en était de même jadis pour la taille personnelle et les capitations. Nous trouvons aux coutumiers normands du xiii<sup>e</sup> siècle, à propos du *monéage*, un témoignage frappant de cet ancien usage et des raisons qui l'avaient établi (2).

Il y avait encore dans nos vieilles coutumes d'autres décisions dont les auteurs ne voyaient guère d'explication que par le principe d'unité en communauté conjugale : *sunt una caro*. On en peut citer deux, formulées l'une par

(1) Quant au nom, ce qui paraît avoir contribué beaucoup à cette coutume, c'est l'usage devenu courant de désigner les seigneurs et les familles seigneuriales par le nom de leurs terres ou de leurs châteaux. En même temps qu'on dénommait le mari seigneur ou comte de tel lieu, l'usage vint d'appeler en même temps sa femme *dame* ou *domina* de la même terre. On disait *comtesse de...*, *madame de*, comme on dira plus tard, au sujet des fonctions publiques, *madame la Présidente*, ou *madame l'Élué*. Et de là vint aussi l'usage, même entre roturiers, de dire *femme* ou *dame* un tel. Tout cela remonte aux derniers siècles du Moyen âge ; on en suit des applications nombreuses dans les *Olîm* et l'idée générale d'où a procédé tout ce mouvement de coutume nous est attestée clairement au x<sup>e</sup> siècle dans ce fragment de contrat de mariage recueilli par Zeumer, p. 542 et plus longuement cité dans le *Droit des Gens mariés*, p. 179, n. 2 : *Et nos, Deo dante, indivisi, et nostra similiter (indivisa)*.

(2) *Summa de legibus*, XIV, 5 bis, *cum enim vir et mulier duo sint in carne una et una debeat esse eorum possessio, que soli viro appropriatur, per unum monetagium liberantur*.

Dumoulin au sujet du profit féodal de relief (1), l'autre par Pothier au sujet du retrait lignager (2).

Cette même direction chrétienne d'unité et communauté si intime entre époux avait bien été encore l'origine principale de cette pratique grandissante du concours juridique des époux concernant leurs intérêts, même leurs biens propres qui s'observe déjà dans le monde romain vers la fin du Bas-Empire et dans la société gallo-franque. « *Mari et femme ne font qu'un* », doivent agir ensemble, aliéner, acquérir, s'obliger ensemble. On le suit dans la multitude des chartes du Moyen âge où ce concours était si universellement pratiqué. Et c'est lui qui était traduit nettement dans le *simul collaborant et simul consumunt* de la loi Ripuaire, la loi qui commença la première à organiser juridiquement les effets et le partage de cette *collaboratio* et qui nous apparaîtra sûrement comme le prélude de notre grande coutume de communauté.

Mais dans cette vie commune, si mari et femme ne doivent faire qu'un comme associés vis-à-vis du dehors et au regard du monde, ils n'en restent pas moins l'un et l'autre des êtres distincts, ayant chacun leur personnalité et entre lesquels surgissent des rapports incessants qui veulent aussi des règles morales et juridiques dans l'état de mariage. Là encore, de notre tradition chrétienne et française résultait un ensemble de devoirs et de droits mutuels et pareils pour tous les deux, à raison de leur

(1) *Sur l'art. 25 de l'A. C. de Paris*, édit. de 1681, I, p. 478, n° 3 : *motivum autem, ut ita loquar, illud fuisse videtur, quod vir et uxor sunt una caro non omnino aequaliter quia vir est caput mulieris et non mulier*.

(2) *Traité des Retraits*, n° 496. Pothier, pour exclure toute possibilité de retrait quand la communauté a acquis un propre de la ligne d'un des conjoints, raisonne ainsi : « L'étroite union que le mariage et la communauté des biens forment entre les conjoints les faisant regarder comme n'étant en quelque façon qu'une même personne, suivant qu'il paraît par les termes des coutumes *sont uns et communs*, il s'ensuit qu'il suffit que l'un deux soit lignager quoique l'autre soit étranger, pour qu'il paraisse que l'héritage est encore dans la famille ».

qualité de conjoints; puis des règles propres à chacun, à raison de son rôle respectif dans cette union. C'est ce que nous avons pu lire dans l'exposition de Pothier traitant successivement des obligations du mari, puis de celles de la femme, sauf à répéter pour chacun d'eux ce qui était devoir réciproque. Reprenons tout d'abord, pour la développer, la seconde proposition que nous avons formulée.

*Deuxième proposition : dans cette communauté d'existence, les époux ont nombre de grands devoirs mutuels et égaux.* — D'après la tradition canonique, on peut les ranger sous les chefs suivants : devoir réciproque d'union charnelle (*debitum conjugale*); devoir réciproque de fidélité, c'est-à-dire de ne s'abandonner à nul autre qu'à son conjoint; devoir réciproque d'habitation commune; devoir réciproque d'amour conjugal avec ce qu'il comporte d'affection et de dévouement; devoir réciproque enfin de collaboration dans la conduite du ménage et de la maison.

1° Le *debitum conjugale* a toujours été mis en première ligne et a tenu une grande place dans la tradition canonique. Les canonistes anciens et modernes en traitent longuement et comme moralistes ou casuistes plus encore qu'en juristes. On le peut voir déjà au XII<sup>e</sup> siècle dans Pierre Lombard et au XIII<sup>e</sup> dans Saint Thomas d'Aquin comme au XVI<sup>e</sup> siècle dans Sanchez. Nos civilistes y ont témoigné plus d'embarras, quoique Pothier n'ait pas omis de le rappeler d'un mot. Nous n'avons ici qu'à le constater, sans y insister, en observant seulement que ce souci marqué du droit canonique répondait bien à la manière large et humaine dont il avait envisagé le mariage et aux moyens dont il disposait pour en dicter l'observation. Le mariage c'est en effet, avant tout, l'union naturelle voulue pour la continuation du genre humain; *ad protem suscipiendam*, et c'est aussi le remède légitime à l'incontinence: *remedium incontinentiae* (1). A ce point de vue, le *debitum conjugale*

(1) Voyez à cet égard le nouveau *Code canonique*, can. 1013 et 1111. Cf. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, 1891, nos 205 et 1056.

rentrait dans la règle essentielle du mariage et d'autant plus même que le droit canon tenait grand compte de la consommation pour déclarer le mariage parfait et indissoluble. Et de même l'importance qu'on y attachait avait fondé l'empêchement d'impuissance dont il a été déjà parlé (1). On invoquait d'ailleurs pour fonder le *debitum conjugale* un texte formel et explicite de saint Paul (2) auquel on rattachait aussi le devoir de fidélité.

2° La *fidélité charnelle* complète le devoir de se donner l'un à l'autre (*jus in corpus*) par le devoir qu'elle implique de ne se donner à nul autre (*jus exclusivum*) (3). C'est un devoir vraiment juridique qu'enseigne toute la tradition chrétienne et dont l'écho s'entend jusque dans Pothier. En droit canonique, il était posé comme égal entre les deux époux; et nous avons vu que sa violation entraînait comme sanction pour l'un et l'autre le *divortium quoad thorum* (4). C'est la jurisprudence des Parlements qui avait changé à l'encontre de la femme en l'admettant moins aisément à se prévaloir de l'adultère du mari; mais il y avait du moins tendance à ne pas admettre la demande en séparation du mari quand il pouvait être convaincu lui-même d'adultère antérieur. Il faut rappeler aussi que la séparation de corps ne faisait nullement disparaître le devoir de fidélité.

3° Le *devoir d'habitation commune* et jusque la *communio tori et mensae* (5) sont prescrits par le droit canonique sauf circonstances exceptionnelles engendrant une excuse

(1) V. *suprà*, p. 189-190.

(2) *Première Epître aux Corinthiens*, VII, 3-4.

(3) C'est l'expression de Gasparri, *loc. cit.*, n° 205, qui parle successivement du *jus mutuum*, du *jus exclusivum* et du *jus perpetuum*. Cf. A. de Smet, *De sponsalibus et de matrimonio*, 1910, n° 130.

(4) V. *suprà*, p. 260.

(5) Ce sont les expressions de Gasparri, *loc. cit.*, n° 205 et nos 1074-1077 où il entre dans les détails. Cf. de Smet, *loc. cit.*, n° 150.

légitime, comme répondant aux fins du mariage et aux traditions les plus naturelles. Et c'est un devoir réciproque en ce sens que le mari est tenu de recevoir sa femme comme l'est celle-ci d'habiter avec son mari. L'abandon de part et d'autre étant la violation d'un vrai devoir pourrait conduire jusqu'à la séparation judiciaire. Il est à remarquer pourtant que les canonistes n'en font pas un point essentiel du mariage et qu'ils vont même jusqu'à admettre comme valable une convention expresse de ne pas habiter ensemble, ce qui correspond au *matrimonium conscientiae* (1).

4° *L'amour conjugal*. Le mot n'est pas dans le droit canon, ni chez les canonistes, qui ne parlent que de *mutuum adiutorium* (2); mais il était dans saint Paul : *Viri diligite uxores vestras* (3), et on le retrouve dans Pothier. Il apparaît comme un devoir moral autant et plus que juridique; et c'est le devoir le plus large et le plus étendu qui soit, puisqu'il domine toute la vie commune dont il devrait être le ressort pour tout ce qui est d'attachement, d'égard, d'assistance et de dévouement réciproques. Mais il est clair qu'il ne peut être tracé d'une manière générale que pour le for de conscience et qu'il faudrait une forte dose d'éléments contraires, comme dédain, manque d'égards ou refus d'assistance pour dégénérer en injure grave susceptible d'être sanctionnée autrement qu'au for pénitentiel. Et encore faut-il noter à ce sujet que nos anciens auteurs, Beaumanoir et Pothier, exhortaient les époux à beaucoup de ménagements et de patience réciproques et que Pothier surtout exagérait la patience imposée à la femme.

5° *Le devoir de collaboration à l'œuvre commune du*

(1) V. par exemple Gasparri, *loc. cit.*, n°s 206 et 1074.

(2) Gasparri, *loc. cit.*, n°s 208 et 1074; de Smet, *loc. cit.*, n° 150, parle de *nativa... inclinatio inter virum et mulierem*.

(3) *Épître aux Ephésiens*, V. 25.

*ménage* peut se traduire de manières différentes selon la condition sociale et la profession. C'est bien aussi un devoir réciproque que Pothier n'a pas manqué de retracer (1), mais en laissant apercevoir ici déjà, dans la manière de l'accomplir, le rôle et la position distincts des deux associés pour l'existence, point de vue que nous aurons bientôt à développer. Dans ce domaine encore, une sanction positive est difficile à concevoir en dehors de manquements graves.

Si les époux ont des devoirs et des droits mutuels de vie commune, ils ont aussi, dans cette compagnie, leurs rôles distincts et par suite leurs devoirs et droits respectifs qu'il faut de même envisager, suivant notre ancienne tradition.

Je les ai déjà résumés dans ma *troisième proposition*, en disant que *le mari était reconnu comme le chef de la société conjugale, ayant les pouvoirs et les devoirs d'un chef vis-à-vis de sa femme, laquelle avait le devoir de lui être subordonnée, mais aussi avec droit, comme épouse, d'être traitée en vraie compagne*. N'est-ce pas là ce qui résulte de l'expression même de Pothier indiquant si nettement la suprématie du mari, mais en ajoutant qu'il devait traiter sa femme maritalement et ne la réprimander qu'avec douceur? (2). Il suffit pour compléter ce passage de rappeler la définition qu'il a donnée ailleurs de la puissance maritale (3).

Je ne reviens pas sur les origines et le développement de cette ancienne tradition, que j'ai étudiés déjà à propos de l'autorité maritale (4). J'examinerai successivement la situation faite au mari et à la femme en ce qui concerne leur rôle et leurs devoirs respectifs.

Comme chef de la compagnie conjugale, c'est le mari qui dirige et gouverne la vie commune; il en résultait de

(1) Cf. de Smet, *loc. cit.*, n° 150.

(2) *Loc. cit.*, n° 380.

(3) *Traité de la puissance du mari*, n° 1.

(4) *Droit des gens mariés*, p. 42 et s.

multiples effets sur lesquels le nécessaire a été dit. Mais il est un attribut positif que le droit français n'a jamais cessé de rappeler jusqu'à notre Code civil : c'est qu'il appartenait au mari de fixer et de changer la résidence du ménage, en obligeant sa femme à le suivre. Les auteurs anciens y mettaient seulement cette restriction que le mari ne saurait entraîner sa femme hors du royaume<sup>(1)</sup>, ce que notre Code même n'a pas maintenu, sur une observation de Bonaparte. Puisque le mari avait un tel pouvoir, il eut toujours celui de fixer le genre de vie des époux, les relations de société ou de voisinage, jusqu'à interdire à sa femme celles qui ne sauraient lui convenir<sup>(2)</sup>.

C'était encore une conséquence de ce principe fondamental que la femme ne pouvait faire aucun acte juridique sans l'agrément de son mari et c'est de là qu'est sortie la coutume positive dite d'autorisation maritale. Mais l'idée s'appliquait même à des actes placés en dehors de la sphère des intérêts pécuniaires, comme actes d'aliénation ou d'obligation, et c'est ainsi qu'au moyen âge on affirmait que la femme ne pouvait pas faire *asseurement* ni se faire avocat sans l'autorité de son mari<sup>(3)</sup>.

De là encore était sortie cette autre règle que le mari (comme chef) avait le gouvernement de tous les biens de la Compagnie, donc aussi des biens venus de sa femme. Il s'ensuivait que le mari, chef de tous les biens et les ayant en main, était également maître de fixer le train de vie et de dépenses, d'ouvrir ou de fermer à sa femme la caisse du ménage. Et de là était venue cette autre conséquence trop logique que l'épouse agissant en tant que maîtresse de maison et ménagère semblait être le mandataire du

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 1.

(2) Saint Augustin l'avait rappelé aux femmes de son temps, d'après l'exemple et les paroles même de Monique sa mère. V. aussi sa lettre à *Ecdicia*. Cf. *Introduction générale*, p. 488 et s. — Bonaparte l'a redit plus rudement encore à la rédaction du Code civil.

(3) V. Beaumanoir, c. v, édit. Salmon, n° 190.

mari, ou du moins restait toujours placée sous sa direction<sup>(1)</sup>.

Mais aussi, avec ce pouvoir de direction, le mari gardait la responsabilité, et c'est encore une donnée morale et juridique de l'association conjugale, reconnue dans toute notre tradition française. Responsable, il l'était et il l'est toujours dans notre usage et dans l'opinion. Mais l'idée était bien plus marquée jadis dans nos mœurs. Si une maison ne marchait pas ou tournait mal, par manque d'ordre ou d'économie, train de vie disproportionné, médiocre ou mauvaise éducation des enfants, voire même simple défaut de bonne entente entre les conjoints, on était porté d'abord à s'en prendre moralement au mari, parce que c'est bien à lui qu'étaient attribués la direction et le pouvoir; parce qu'alors même qu'il avait une femme qui le secondait peu ou mal, il restait cette pensée qu'il aurait dû la mieux choisir et surtout user de ses prérogatives pour mieux sauvegarder son autorité, « *pour la reprendre ou la redresser même* », comme nos ancêtres ne craignaient pas de le redire.

D'ailleurs, cette responsabilité du mari n'était pas seulement de mœurs et d'opinion, elle était encore une responsabilité juridique. Toute l'idée de notre communauté de biens a été fondée sur ce principe, mais il était et il reste vrai de tous nos régimes, suivant l'article 214 du Code civil recopié du texte où Pothier disait « *que le mari est obligé de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour le besoin de la vie, selon ses facultés et son état* »<sup>(2)</sup>.

Mais il y avait mieux dans notre vieille tradition française. Il incombait au mari la responsabilité au moins pécuniaire des délits de sa femme, qui retombait alors, et fort justement à mon sens, sur la compagnie de biens. Alors que notre jurisprudence moderne sent le besoin d'y

(1) *Droit des gens mariés*, p. 325 et s.

(2) *Traité du contrat de mariage*, n° 380.

revenir par quelque procédé différent et détourné, nos ancêtres du Moyen âge déclaraient nettement le mari responsable des délits de sa femme. Comme l'avait dit Beaumanoir : « *l'homme respond du mesfet parce qu'il doit avoir telle femme... qu'il ne fasse pas telle vilenie au seigneur* (1) ». Et la vieille coutume de Bretagne ajoutait pour raison majeure « *car il est tenu à châtier sa femme et aussi ses enfants qui sont en son pouvoir* (2) ».

Le mari avait en effet, des droits de correction que Pothier nous rappelle encore, au moins par allusion, pour mieux appuyer son autorité. Et nous voici amenés par là même à passer en revue ces sanctions du pouvoir marital, telles que les admettait la coutume venue du Moyen âge. Considérées au point de vue du droit, elles étaient pour le moins de deux sortes.

1° Le pouvoir de correction domestique ne fait pas de doute dans nos traditions françaises. Les coutumiers anglo-normands, bretons ou parisiens nous le rappellent. C'était d'ailleurs un principe formel du droit canon que le mari comme chef, *vir caput mulieris*, peut, à titre de correction, frapper ou même enfermer sa femme. La Glose canonique l'avait tiré de certains textes du Décret de Gratien : surtout C. 33, Q. 2, c. 10 (3).

Voici un passage très explicite de Beaumanoir qui va nous traduire à la fois la rudesse des mœurs d'alors et le fond de sentiment juste et humain de notre grand juriste chevalier (Ch. 57, n° 6, édit. Salmon, n° 1631) : *En plusieurs cas pueent estre li homme excusé des griés qu'il font a leur fames, ne ne s'en doit la justice entremetre : car il loit bien a l'homme a batre sa fame sans mort et sans mehaing, quant ele le mesfet, si comme quant ele est en voie de fere folie de son cors, ou quant ele desment son*

(1) *Cout. de Beauvaisis*, c. 30, n° 877.

(2) C. 205.

(3) Cf. Esmein, *Mariage en droit canonique*, II, p. 7, n. 2.

*mari ou maudit, ou quant ele ne veut obeir a ses resnables commandemens que preudefame doit fere : en teus cas et en semblables est il bien mestiers que li maris soit chastieres de sa fame resnablement. Mes puis qu'elles sont preudefames de leur cors, eles doivent estre deportees mout d'autres vices ; et nepourquant selonc le vice li maris la doit chastier et reprendre en toutes les manieres qu'il verra que bon sera pour li oster de cel vice, excepté mort ou mehaing.*

Vous voyez que c'est bien un pouvoir de chef de maison, impliquant véritable droit de correction domestique. Il semble rappeler les droits de correction du *pater familias* romain avec cette différence qu'il ne saurait impliquer, tant s'en faut, « *vitae necisque potestas* ».

L'adoucissement des mœurs ne devait cesser d'atténuer ces droits de correction. Et Pothier, tout en rappelant le principe, n'a pas manqué de dire qu'il ne doit que reprendre et « corriger par les voies de douceur (1) ». Au xviii<sup>e</sup> siècle, un mari battant sa femme, même pour la corriger, risquait fort de s'exposer à une séparation de corps pour sévices ou mauvais traitement. On verrait néanmoins dans les auteurs qui ont écrit sur ce point qu'il y avait le libre examen des juges, ayant à tenir compte des motifs qui avaient pu occasionner les rigueurs du mari et aussi de la condition sociale des conjoints (2). Mais enfin, que le mari ait eu le pouvoir de réprimer comme chef, en même temps que celui de commander, c'est là ce qui a été sûrement de tradition française, quoique le Code n'en dise rien et que les canonistes modernes en parlent peu ou point.

2° Un autre moyen, c'était les privations ou les refus d'argent. Le mari en avait la faculté parce qu'il était le maître des biens communs et le maître aussi de l'administration et de la jouissance des biens de sa femme. S'il refusait sans raison le nécessaire, il manquait à son devoir

(1) *Traité du contrat de mariage*, n° 380.

(2) *Ibidem*, n° 509 et s.

sans doute et la femme pouvait avoir quelque action pour le faire condamner à une prestation pécuniaire ou même à la séparation de corps. Mais, si c'est la femme qui avait manqué à ses devoirs, ou même, au cas de désaccord grave, à son devoir de subordination, si elle avait quitté son mari sans motif légitime, le mari pouvait, de son autorité, tout refuser, même les vivres ou le vêtement (1).

Correction et refus d'argent, voilà donc les sanctions extrêmes que la coutume fournissait au mari. Quant à une séparation de corps demandée par le mari, je ne l'ai pas mentionnée comme sanction du pouvoir marital, parce qu'elle ne semble guère avoir existé en jurisprudence pour subordination ou injure grave; le mari, armé de ses pouvoirs de chef, devait savoir réprimer les désobéissances et en tout cas il pouvait de fait *bouter* la femme hors de chez lui (2) ou la faire enfermer, sauf à elle de réclamer, s'il n'était en droit de le faire légitimement.

En parlant ainsi du rôle et des pouvoirs du mari comme chef, j'ai marqué par là même les devoirs propres de la femme, qu'il suffit de rappeler d'un mot. Son devoir principal, d'après notre tradition française, c'était de concourir ou de collaborer avec son mari dans toute la vie commune, mais en se subordonnant à lui. « *Subditæ sint in omnibus* », selon la parole de saint Paul qui se retrouve encore dans les formules de Pothier disant : « *Elle doit lui être soumise et travailler de tout son pouvoir au bien commun du ménage* (3) ». Donc, accepter par

(1) Beaumanoir, c. 57, n° 3, édit. Salmon, n° 1628. On peut voir par ce texte combien Beaumanoir était ferme dans cette tradition du mari chef de la compagnie conjugale. A son époque d'ailleurs il n'existait pas de séparation de biens principale. Le mari, à moins de séparation de corps en cour d'Église, était seulement tenu de fournir à sa femme sa *soutenance*, si la sentence du juge civil était prononcée contre lui et rien au cas contraire.

(2) Cf. Beaumanoir, n° 1629.

(3) *Loc. cit.*, n° 382.

discipline volontaire la direction du mari et, après délibération commune, s'il subsistait une différence de vues, se ranger à sa décision de chef responsable, tel est le rôle assigné par notre tradition chrétienne et française à la compagne, sans que sa soumission volontaire et résignée dans les cas les plus graves lui enlève rien de sa dignité, bien au contraire. C'est là un effet de discipline conjugale sagement entendue.

Il en devait être ainsi même dans les parties du domaine domestique qui semblent plus naturellement destinées et réservées à la femme, telles que la tenue intérieure de la maison, le choix des serviteurs, voire même, chose plus grave, toute la direction et éducation des enfants. Bref, en tout ce qui est œuvre et devoir communs, notre tradition et notre règle de droit a toujours voulu que la femme se soumette aux volontés bien déclarées du mari, parce qu'il est le chef et qu'il a comme tel la direction et aussi la responsabilité.

Si la femme d'ailleurs a été ainsi fortement subordonnée, elle ne demeurerait pas sans droit. Rien dans notre vraie tradition française ne la fait voir assimilée ni à une sujette ou vassale, ni à une servante ou employée, ni davantage à une mineure. Son rôle est celui d'une associée et son droit c'est d'être traitée en vraie compagne. C'est la tradition que marquait nettement le texte de la Genèse : *Adjutorium simile sibi*, et que saint Paul avait encore élevée dans ses élans de charité chrétienne en disant aux maris : « Aimez vos femmes jusqu'à vous sacrifier pour elles ». Si ce devoir de charité ou d'amour conjugal ne pouvait être sanctionné complètement en droit positif et n'a pu faire qu'inspirer ou soutenir ces belles institutions anciennes du Douaire ou de la Communauté, pour mieux récompenser la compagne de sa collaboration subordonnée, il est certain du moins que notre tradition a toujours admis que la femme, ayant droit d'être traitée en vraie compagne, ne restait dépourvue, pour les cas graves, ni



d'action directe ni de voie indirecte par séparation de corps.

Beaumanoir avait marqué nettement qu'il est des cas où la femme, en quittant son mari mal agissant envers elle, peut réclamer le secours du juge, avec *soutenance* et intervention (1). Cette action directe qui semblait plus facile et plus fréquente au for ecclésiastique, nous la voyons encore mentionnée par Pothier qui enseigne que le mari est obligé de recevoir chez lui et de traiter sa femme maritalement, c'est-à-dire de lui fournir le nécessaire, en ajoutant : « que la femme aurait une action pour faire condamner son mari avec exécutoire de la somme que le juge estimerait convenable » (2).

Le moyen suprême, c'était la séparation de corps, fondée sur les motifs généraux de mauvais traitements ou d'injures graves. Il fut toujours admis que la conduite tyrannique et obstinée du mari, quand elle se traduisait soit en violence matérielle, bien au-delà d'une correction légitime, soit en dédain offensant, soit en privations par trop rigoureuses ou humiliantes, pouvait donner droit à la femme d'être affranchie de la vie commune aux torts de son mari, qui restait néanmoins tenu de pourvoir à ses besoins (3).

Il en était tenu en effet, même alors que, par la séparation de corps, la femme obtenait en outre la séparation de biens. Cette séparation de biens, c'était sans doute plus de facilités matérielles à la femme, en lui rendant la jouissance de ses propres et de sa part de communauté. Mais le mari, condamné dans la séparation de corps, était encore tenu de fournir au-delà, s'il y avait nécessité pour la femme.

Voilà tout le cadre général de cette association de vie commune, telle que l'avait conçue notre tradition française, à travers le Moyen âge. Inutile d'entrer dans plus de détails, puisque le droit coutumier ou législatif ne peut marquer ici que des principes généraux de direction

(1) *Cout. de Beauvaisis*, c. 57, n° 2; édit. Salmon, n° 1627.

(2) *Loc. cit.*, n° 380-381.

(3) *Loc. cit.*, n° 507 et s.

pour les époux et pour les juges. Mais n'est-il pas évident, quand on compare cette tradition aux souvenirs romains, que toute cette discipline morale autant que juridique nous est venue surtout de la doctrine chrétienne en droit canon, puis en coutume ?

Il est un dernier point qui peut achever de nous en convaincre, c'est qu'il a été de tradition constante dans le Moyen âge (1) et jusqu'à Pothier (2) qui le redit encore, que, si le mari a droit de commandement et la femme devoir d'obéissance, ce n'est qu'en tout « ce qui n'est pas contre la loi de Dieu ». C'était en effet la restriction formelle des canonistes. Il appartenait au juge d'en tenir compte dans tout grave différend domestique où se posait la question de savoir qui avait eu tort ou de mal commander ou de désobéir.

Cette grande et suprême réserve, faite dans toute cette discipline de l'association conjugale indissoluble, veut que nous nous y arrêtions un moment, car n'en est-elle pas comme la clé de voûte ? Dans cette organisation d'une société conjugale tenue pour indissoluble, il est bien clair que le principe des devoirs et l'idée de la responsabilité morale, c'est-à-dire alors de la responsabilité devant Dieu, devaient jouer un rôle capital. Car il se voit bien qu'il en était le principal ressort et la plus sûre sanction pour l'accomplissement de tous les devoirs des époux, où le droit positif ne peut intervenir que d'une façon si rare ou si imparfaite, et surtout pour mettre fin aux discordes par la séparation. Et si cela est vrai de l'observance des droits mutuels, qui supposent avant tout l'affection réglée et maintenue par le devoir, cela est bien plus vrai encore pour les devoirs respectifs, et surtout pour les droits du mari qui, armé de la puissance maritale, avait besoin d'un sentiment plus vif encore de sa responsabilité pour le retenir contre les abus de son pouvoir.

(1) Beaumanoir, édit. Salmon, n° 1640.

(2) *Loc. cit.*, n° 382.

J'ai tâché de retracer ainsi la vraie tradition venue du Moyen âge. Mais il faut bien reconnaître que notre jurisprudence des derniers siècles et même notre littérature religieuse ou séculière avaient eu tendance à méconnaître et altérer cette notion chrétienne et coutumière du Moyen âge. Nous l'avons vu notamment dans la jurisprudence relative à la séparation (1); on le constate aussi dans tout le développement de l'autorité maritale (2). Et cela ne paraît que trop bien dans le langage même de Pothier, soit au sujet de l'adultère du mari, soit dans sa définition de la puissance maritale (3).

Le tort avait été en somme — au lieu de poursuivre l'idée juste et généreuse de voir dans la femme une compagne égale, encore que subordonnée par discipline nécessaire, — de la considérer comme une inférieure en intelligence et en raison et, par suite, de déprimer en droit sa condition et sa capacité. Molière s'en était bien rendu compte et c'est ce côté excessif qu'il avait voulu noter et dénoncer dans la fameuse tirade d'Arnolphe, qui ressemble si fort à quelque parodie de sermon (4) :

Votre sexe n'est là que pour la dépendance.  
 Du côté de la barbe est la toute puissance.  
 Bien qu'on soit deux moitiés de la société,  
 Ces deux moitiés pourtant n'ont point d'égalité :  
 L'une est moitié suprême et l'autre subalterne ;  
 L'une en tout est soumise à l'autre qui gouverne ;  
 Et ce que le soldat, dans son devoir instruit,  
 Montre d'obéissance au chef qui le conduit,  
 Le valet à son maître, un enfant à son père,  
 A son supérieur le moindre petit frère,  
 N'approche point encore de la docilité,  
 Et de l'obéissance et de l'humilité,  
 Et du profond respect où la femme doit être  
 Pour son mari, son chef, son seigneur et son maître.

(1) *Suprà*, p. 260-261.

(2) Cf. *Droit des gens mariés*, p. 69 et s.

(3) *Traité du contrat de mariage*, n° 516; *Traité de la puissance du mari*, n° 1.

(4) *L'Ecole des femmes*, acte III, scène II.

Derrière ce grossissement comique, il y a un fond d'idées devenu alors trop habituel jusque dans le monde judiciaire et qui ne concordait nullement avec la tradition chrétienne du Moyen âge.

Si nous en venons maintenant au Code civil, nous constatons que pour les effets généraux du mariage, rien n'a été changé à l'ancienne tradition d'association des époux, comme nous l'avons marquée dans *l'Introduction générale* (1). C'est quant aux devoirs de la vie commune qu'il est besoin d'insister à nouveau.

Il n'y a pas lieu de nous arrêter aux temps intermédiaires. La loi de 1792 et les projets de la Convention s'étaient placés dans une autre donnée du mariage, avec leur divorce presque discrétionnaire. Aussi, dans leur loi, n'avaient-ils pas songé, plus qu'à Rome, à préciser les devoirs matrimoniaux; encore que leur divorce pour excès, injures graves ou abandon, obligeait bien à quelque examen judiciaire, comme à Rome, jadis, les comptes de rétention *ob mores*.

Mais le Code, tout en sécularisant l'institution du mariage, a voulu garder l'antique tradition du lien conjugal. Il n'avait admis le divorce et la séparation de corps que comme des remèdes extrêmes. Dès lors, ne fallait-il pas garder aussi beaucoup de l'ancienne donnée des devoirs du mariage, retracés et sanctionnés légalement entre les époux?

Ici, le projet primitif de la commission des rédacteurs n'avait pas été conçu de tous points comme le Code même. D'abord, il n'organisait pas la séparation de corps; de plus, sous la rubrique « des droits et devoirs respectifs des époux », il n'y avait rien d'analogue aux articles 212 et 213. Le seul devoir précis qu'il édictait c'était celui de demeurer ensemble, et cela dans les termes même qu'a

(1) P. 25 et s.

maintenus notre article 214 (1). C'est au chapitre intitulé « Causes de divorce » qu'apparaissait surtout quelque donnée légale des devoirs principaux du mariage, et seulement dans le droit reconnu et organisé de faire prononcer la rupture pour leur violation (2). Je ne puis que la signaler, mais il est bon de la connaître, comme assez différente et à mon sens plus nette que celle du Code; on le voit notamment dans cette formule « abandonnement » de l'un ou de l'autre époux, et « conduite habituelle d'un des époux envers l'autre qui rend à celui-ci la vie commune insupportable » (formule qui a été reprise aux Codes allemand et suisse), tandis qu'il n'était point énoncé au texte de cause aussi vague que celle de l'injure grave, qui peut être entendue d'un seul mot, d'un acte offensant, aussi bien que de la conduite habituelle. J'ajoute enfin qu'il n'était point fait mention, comme cause de divorce, des condamnations infamantes de l'un des époux, ce qui n'était pas non plus admis jadis en droit canon. Les *Travaux préparatoires* nous diront comment tout cela a été changé au cours des délibérations. Toujours est-il que la conception première avait été de ne tracer directement aux époux aucune formule générale de leurs devoirs, mais de se référer aux traditions morales du pays, en se contentant de déterminer les violations précises des grands devoirs ainsi sous-entendus, violations auxquelles s'attachait la sanction positive d'une sentence de rupture, avec l'effet moral et juridique qui s'en dégage contre l'époux coupable. Le devoir de fidélité lui-même ne semblait rappelé que par l'admission du divorce pour adultère, différemment traité suivant les sexes (art. 3, *in fine*).

Si c'était là s'écarter de la tradition constante de notre ancienne doctrine venue du droit canon, il faut bien reconnaître que c'était plus conforme au dessein arrêté de s'en tenir dans le Code civil au seul terrain du droit

(1) Fenet, II, p. 49.

(2) *Ibidem*, p. 52-53.

positif, pour ne faire aucune incursion dans le cercle plus étendu de la morale. C'eût été plus sec et rigide, mais plus logique. C'est Bonaparte qui a voulu les choses autrement, en signalant au Conseil d'Etat cette lacune et en demandant qu'il fut proclamé et retracé par le législateur lui-même, à l'intention des époux, une direction morale définie, et destinée à les guider dans la pratique du mariage, direction qui se rapporte aussi bien aux devoirs mutuels qu'aux devoirs respectifs des conjoints (4). Ainsi fut-on amené à faire précéder le chapitre « des droits et des devoirs respectifs des époux » d'un énoncé des devoirs susceptible d'établir une direction morale de l'union conjugale (2). Cet énoncé, c'est Portalis qui le rédige, à une époque où le Premier Consul n'assistait plus autant aux délibérations. Il est visible qu'il n'aurait guère reconnu la pensée qui lui avait dicté sa proposition.

Portalis a exposé lui-même ses formules dans l'Exposé des motifs : « Nous avons fixé notre attention sur les droits et les devoirs des époux, ils se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance. Le mari doit protection à sa femme et la femme obéissance à son mari. Voilà toute la morale des époux (3) ».

« Toute la morale conjugale » a dit Portalis. Il en résulte donc bien qu'on a voulu rappeler ici des préceptes directs, plutôt que de formuler des commandements de droit positif. On a fait de même d'ailleurs au titre de *la puissance paternelle*, en énonçant pour les enfants le devoir d'honorer et de respecter leurs père et mère, ce qui n'existait pas non plus au projet de la Commission (4).

Mais, en formulant ces préceptes de direction, les rédacteurs du Code ont-ils été bien inspirés dans l'expression ?

(1) V. *Introduction générale*, p. 30, n. 1.

(2) Loqué, *Esprit du Code*, III, p. 475.

(3) Fenet, t. IX, p. 177.

(4) V. au titre 8, Fenet, t. II, p. 67.

Et n'auraient-ils pas mieux fait de redire plus largement ce qu'on avait coutume d'exprimer jadis comme devoirs mutuels ou rôle respectif des époux, et qui semblait avoir été aussi la pensée du premier consul ?

A. — Pour les *devoirs mutuels*, il n'en a été donné qu'une idée bien incomplète, dans cette triple énonciation de fidélité, secours, assistance. Fidélité, oui, c'est bien, mais, en dehors de cette obligation précise, combien imparfaite l'énonciation qui suit dans cette lecture publique « secours et assistance », qui ne donnerait aux époux qu'une idée mélancolique du mariage, s'ils étaient en disposition de l'écouter pour y réfléchir. Et combien il eût été plus juste et plus large de répéter que les époux ont pour devoir mutuel de s'aimer et de se dévouer l'un à l'autre ! Secours et assistance, ils seraient compris sans doute pour les temps d'épreuve ou de maladie. Mais il y a bien autre chose dans le cours d'une vie conjugale, comprenant ses années de bonne entente et bonne humeur à travers les joies ou les labeurs de l'existence. Dans toute union, aussi bien d'ouvriers ou d'artisans, comme de bourgeois ou de mondains, collaborer, se dévouer, s'aimer en compagnons d'existence, voilà les vrais devoirs mutuels qu'on a toujours énoncés jadis, et que la religion chrétienne n'a pas été seule à enseigner et à rappeler dans ses cérémonies de mariage, que pourrait redire encore toute morale séculière. Le Code, pour donner la direction demandée par Bonaparte, eut donc été mieux inspiré de les retracer comme préceptes directeurs. Aux père et mère, honneur et respect. Entre mari et femme, amour et dévouement. C'eût été un ensemble plus harmonieux et c'est bien à ce point de vue qu'on se placera toujours pour reconnaître les bonnes familles comme les bons ménages. C'est à cela aussi que devront s'attacher les juges pour apprécier les torts en cas de mésintelligence ou de discorde ; car, remarquons-le encore, celui des deux époux qui ne laisserait manquer son conjoint, ni d'argent ni de

soins pendant la maladie, ne violerait pas formellement ses devoirs de secours et d'assistance, alors même qu'il cesserait de vivre avec lui ou lui témoignerait un dédain qui pourrait tomber sous le coup de l'injure grave, comme violation d'un plus haut et plus large devoir.

Ainsi notre formule légale des devoirs mutuels conjugaux n'a pas été heureusement conçue dans cet article 212. Et que dire maintenant de l'article 213 ?

Pour marquer le rôle et les *devoirs respectifs* des époux, on a imaginé de dire que « le mari doit *protection* à sa femme et la femme *obéissance* à son mari ». Voici même comment Portalis a essayé de l'expliquer et de le justifier (1) : « Les époux que la nature a faits si différents pour les unir, sont égaux en certaines choses, mais ne sont pas comparables dans d'autres. La force et l'audace sont du côté de l'homme, la timidité et la pudeur du côté de la femme... La femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible, l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort. La prééminence de l'homme est indiquée par sa constitution même..... et cette prééminence est la source du pouvoir de protection que le projet de loi reconnaît dans le mari. Ainsi, l'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège... Elle est une suite nécessaire de la société conjugale... ».

Rien de pareil ne se trouvait dans Pothier et jamais on n'avait parlé ainsi, quoiqu'on eut trop souvent jadis et plus nettement encore formulé le devoir d'*obéissance* imposé à la femme. Il suffit de nous rappeler les mots d'Arnolphe qui témoignent exactement de cette tradition :

« Pour son mari, son chef, son seigneur et son maître ».

Mais protecteur, non pas. Et si Portalis a pu croire qu'en énonçant cette idée moins rude de protection, il pourrait

(1) Fenet, t. IX, p. 178.

mieux justifier ou faire accepter le principe d'obéissance rappelé pour la femme, il s'est trompé, en risquant d'entretenir des idées fausses sur certaines de nos institutions conjugales, telles notamment que l'autorisation maritale.

Dépeindre ainsi le mari en protecteur, comme trait principal, c'est le poser à la fois en gardien ou défenseur de sa dame, contre toute tentative d'offenses matérielles ou morales; et c'est aussi le poser en tuteur dans le domaine des intérêts. Rien de tout cela n'a été vraiment juste et Bonaparte avait bien mieux saisi et rappelé les vrais principes de la discipline domestique, lorsqu'il avait dit que la femme devait reconnaître le mari comme chef de la famille et celui-ci la prendre et la traiter en vraie compagne.

Si l'on se bornait à entendre par là que le mari est chargé de défendre sa femme contre les brutalités ou les violences, qu'il est le gardien de la sécurité et de l'honneur de sa femme qui est aussi le sien, ou encore, que c'est au mari, en cas de nécessité, qu'il incombe de gagner le pain quotidien et de faire vivre tous les siens, même sa femme (qui doit d'ailleurs collaborer avec lui), tout cela, nos anciens auteurs le disaient déjà, sans avoir besoin de marquer pour le mari le rôle général et principal de protecteur de sa femme. Car, c'est là simplement la répartition des tâches dans l'œuvre commune de l'association et de la collaboration conjugales, où la femme aussi peut avoir pour devoir de soutenir son mari. Il suffit de l'expérience de la vie et de l'observation des faits pour montrer combien notre vieille tradition avait raison de ne pas s'exprimer ainsi.

Demandons d'abord à la masse de nos femmes françaises, c'est-à-dire aux filles de nos campagnes ou de nos classes ouvrières, si, en prenant un mari, souvent bien plus âgé qu'elles, elles ont eu comme pensée principale de prendre un protecteur pour la traversée de la vie. Non. Ce qu'elles ont cherché, c'est un compagnon d'existence

et de travail, en acceptant la vieille tradition de se subordonner en ménage à « leur homme » comme chef de maison.

Et si, dans nos classes bourgeoises ou aisées, auxquelles nous pensons un peu exclusivement quand nous raisonnons nos institutions, il peut sembler à première vue que la jeune fille élevée à la française, épousant un homme de plus d'âge et d'expérience, vient tout d'abord s'appuyer comme à un bras protecteur, pour s'engager dans un ménage plus compliqué ou dans la vie du monde, sitôt que plus de maturité commence à venir, ou bien les enfants, et que la femme remplit si librement dans nos mœurs son rôle de maîtresse de maison et de mère de famille, pendant que le mari est à ses affaires, que restet-il de ce semblant d'idée que le mari a pour rôle principal vis-à-vis de sa femme de la protéger?

Puis, à mesure que l'âge avance et quand la destinée du plus grand nombre des ménages, si la femme a triomphé des épreuves de la maternité, est souvent de voir le mari le premier fatigué et vieilli ou malade, et tout aux soins de sa compagne, où donc est-il le mari protecteur à qui sa femme devrait toujours *obéissance* comme un hommage au pouvoir qui la protège? Non, ce n'est pas une formule heureuse, et, sans retourner jusqu'aux exagérations anciennes sur les raisons de l'obéissance imposée moralement et légalement à l'épouse, il faut s'en tenir à notre vieille donnée de la femme associée au mari pour toute l'existence, et au fond son égale, mais dans un rôle domestique différent, c'est-à-dire, avant tout, sa compagne, qui lui est subordonnée en droit, mais uniquement par discipline intérieure en vue du bien commun.

III. — *L'association conjugale quant aux enfants.* — Notre donnée française d'association conjugale ne se borne pas à la communauté de l'existence. Nous la verrons aussi dans le régime national de communauté des biens, mais nous la trouvons encore quant aux enfants nés du mariage

ou légitimés par un mariage subséquent des père et mère.

Cette association conjugale vis-à-vis des enfants, dont nous avons déjà tracé les traits principaux dans notre *Introduction générale* (1), c'est d'abord, dans nos mœurs, le sentiment très net et très vif que la mère compte autant que le père et tient place égale dans le cœur et la conscience de ses enfants; c'est aussi, dans notre droit, la notion d'un même rapport juridique qui rattache les enfants à leurs deux auteurs: mêmes liens de parenté civile, mêmes droits et devoirs, même donnée d'autorité domestique du père et de la mère sur les enfants. Voilà comme nous comprenons cette parité et le Code le dit en plusieurs articles, mais en marquant bien aussi que le père conserve ses prérogatives de chef de la famille.

Etudier et suivre historiquement ce nouvel aspect de l'association conjugale, c'est donc envisager le rôle et les droits de la mère à côté ou à défaut du père.

Que la femme ait ainsi, vis-à-vis des enfants communs, même situation que celle de son mari, cela nous paraît naturel et simple, puisqu'ils sont, comme le dit de Smet (2), leur principe commun, et c'est notre tradition française déjà bien ancienne. Était-ce pourtant, pour notre Gaule, une tradition antérieure à l'histoire du vrai Droit français?

Nous avons dans l'*Introduction générale* poursuivi cette recherche au sujet des principes romains et germaniques. Et nous avons dû reconnaître d'abord que telles n'avaient pas été originairement les données du Droit romain qui, même au Bas-Empire, n'y était pas encore parvenu.

A. — A Rome, la *patria potestas* ne pouvait appartenir qu'à l'homme, comme père ou aïeul paternel. Lui seul avait ses enfants pour agnats et pour héritiers siens. Il n'en était pas ainsi de la mère qui jamais n'avait la *patria potes-*

(1) P. 31 et s.

(2) *Loc. cit.*, n° 124.

*tas*, même à défaut du père, qui d'ailleurs, dans le mariage *sine manu*, n'était pas liée d'*agnatio* avec ses enfants, mais seulement de parenté naturelle ou *cognatio*, qui ne comptait pour rien dans l'organisation primitive de la famille romaine. La mère n'eut donc jamais en droit vis-à-vis des enfants communs une place ni un rôle semblables à ceux du père. Et, bien qu'au Bas-Empire se soit développée la *cognatio*, bien qu'on lui ait rattaché des droits de succession réciproques entre mère et enfants, bien que la mère elle-même put être admise exceptionnellement à la garde personnelle et même à la tutelle de ses enfants, jamais elle ne compta autant que le père, jamais ne lui fut accordée la *patria potestas*; toujours il resta vrai que les enfants appartenaient surtout au père pour qui seul les justes noces étaient source de cette *patria potestas* qui formait le principal ressort de la famille.

Tel fut toujours le fond du système romain. Il n'y a là aucun trait de véritable association conjugale quant aux enfants. La direction chrétienne ne put au Bas-Empire renverser cette tradition classique qui fut seulement ébranlée. De fait aussi, combien peu de place ont tenue les femmes et mères dans l'histoire romaine, notamment en ce qui concerne le droit public romain. Ni impératrices, ni régentes, ni tutrices, les femmes ne paraissent pas sur le devant de la scène; et tels noms, comme ceux de Cornélie, mère des Gracques, ou d'Agrippine, mère de Néron, ne paraissent que comme des figures exceptionnelles dans l'histoire de Rome; tandis que déjà au Bas-Empire, dans la vie ou les écrits des Pères de l'Eglise, le rôle des mères nous paraît singulièrement grandi; il suffit à cet égard de rappeler sainte Monique, mère de saint Augustin.

B. — Du côté des Germains, les données naturelles étaient mieux suivies. Aussi leur coutume paraît avoir été que les enfants sont rattachés *également* à leur père et à leur mère, ainsi qu'aux familles de leurs deux auteurs. Dans les lois franques, au sujet des successions, et des

compositions ou « wergeld », il est toujours question des parents *tam de matre quam de patre*. Les parents maternels comptaient donc aussi dans leur coutume de solidarité familiale, et rien ne le montre mieux que le rôle réservé à l'oncle maternel « *avunculus* » (1). Toutefois les prérogatives masculines demeuraient bien fortes; elles apparaissaient notamment dans les vocations successorales, puisque les femmes n'étaient appelées ni à recueillir ni par suite à transmettre la terre. Aussi reste-t-il douteux que la mère ait pu avoir des droits semblables à ceux du père. On se demande même si, à la mort ou à défaut du père, elle pouvait exercer le droit de tutelle. D'ailleurs ici se rencontre toujours la question de savoir si toute femme n'était pas soumise à un *mundium*. Pourtant, comme nous l'avons vu, il semble bien que chez les Francs, Brunehaut et Frédégonde étaient vraiment tutrices de leurs jeunes enfants Sigebert et Clotaire II (2). Et dans l'histoire, dès cette époque, ces deux reines, ainsi que Clotilde avant elle, et sainte Geneviève qui est du même temps, montrent quelle grande place pouvaient conquérir les femmes dans cette société gallo-franque.

C. — Aussi bien la direction chrétienne allait y pousser fortement. C'est une notion essentielle du Christianisme, qu'il y a mêmes données de rôles et de devoirs à l'égard des pères et mères. Il est à signaler que, dans leur doctrine, les Pères de l'Église donnent un grand rôle aux femmes et surtout aux mères : leur influence poussait donc à cette communauté juridique des enfants, mais toujours en tenant compte aussi du précepte chrétien que la femme doit être subordonnée en toutes choses à son mari, qui est le chef (3). Et c'est là ce qui va passer en coutume

(1) V. *Introduction générale*, p. 318-319.

(2) *Ibidem*, p. 333-334.

(3) Cf. encore aujourd'hui de Smet, *loc. cit.*, n° 148 : « *Educationis opus utrumque parentem spectat, et ad utrumque pertinet jus et obligatio prole s informandi ; ita tamen ut, in moderanda educatione, sicuti in ordi-*

morale et juridique à partir des premiers temps de notre histoire, comme nous venons de le voir déjà à travers Grégoire de Tours pour les premiers temps mérovingiens. Il est vrai que cette haute situation occupée par les femmes ne se retrouve pas aussi éclatante au temps des derniers Mérovingiens et des Carolingiens. Pour le temps de Charlemagne et de ses successeurs, nulle femme ou nulle mère ne semble à aucun moment tenir le premier rang dans la vie publique. Fut-ce l'effet des circonstances ou bien d'une recrudescence d'afflux germanique ? C'est ce qu'il est difficile d'expliquer. Mais, à partir des Capétiens et pendant le long cours de notre troisième race, les mères et sœurs jouent un rôle considérable jusque dans le gouvernement du royaume : Blanche de Castille, Anne de Beaujeu, Catherine et Marie de Médicis, Anne d'Autriche seront régentes du royaume et plusieurs d'entre elles avec éclat. Et même, chose singulière, tandis que la loi fondamentale, dite *Loi Salique*, écartait du trône les filles ou sœurs de nos Rois qui ne pouvaient recueillir la couronne comme héritières, on les voit admises à exercer la Régence qui n'est autre chose que la donnée de tutelle appliquée à cette couronne même.

Or, ce n'était pas là seulement la donnée du droit public, mais le reflet agrandi de ce qui était reconnu en droit privé. Si nous consultons nos coutumiers de la fin du Moyen âge et au premier rang notre grand coutumier Philippe de Beaumanoir, nous y voyons sans cesse exposé ou sous-entendu que pères et mères comptaient aussi bien pour leurs enfants. Beaumanoir répète souvent que les jeunes enfants sont sous la *mainbournie* de leur père et de leur mère, que la veuve avait mêmes droits et mêmes devoirs que le père, qu'elle pouvait donc prétendre soit au bail des fiefs, soit à la garde des vilenages (1); s'il ne parle

*nanda integra societate domestica, primatum gerat maritus ac potiores habeat partes* ».

(1) Edit. Salmon, nos 640-641, 517, 630-632.

pas expressément de tutelle dative déferée aux femmes, il n'a rien dit non plus qui s'y oppose. La succession réciproque entre mère et enfants se réglait comme du côté du père avec mêmes obligations de rapport; la même obligation naturelle lui incombait de les doter ou de les établir. Enfin, ce qui est plus remarquable encore, si, pour le mariage des enfants, la famille pouvait intervenir en vue de contrôler les abus d'autorité, c'était avec même faculté vis-à-vis du père ou de la mère pour les « amis » de l'un et de l'autre. Beaumanoir n'indique même pas de précautions spéciales prises au cas de remariage de la mère. Partout la situation de la mère apparaît donc semblable et nulles réserves ne semblent indiquées à raison de faiblesse de jugement ou de caractère, ce qui ne sera dit que plus tard. Tout respire nettement l'idée d'un rôle et d'un pouvoir communs au père et à la mère, avec communauté parfaite quant à leurs enfants. Du reste, ce pouvoir ou *mainbournie* était, au nord de la France, loin d'être la *patria potestas* romaine et il cessait avec l'âge, sauf s'il organisait entre les parents et les enfants une communauté familiale, ce qui est une autre notion.

Pourtant, dans cette grande communauté des enfants, subsistait la part des prérogatives maritales. Le père est aussi le chef dans cette communauté, et c'est à lui qu'appartient la décision, c'est-à-dire le pouvoir d'imposer sa volonté à sa femme, qui doit lui rester soumise en toutes choses. On ne peut pas observer dans tout le chapitre 57 (1), qui traite des discordes entre époux, quelque passage reconnaissant à la mère le droit d'agir contre le père abusant formellement de sa prérogative pour mal diriger les enfants. Il y a même le passage significatif où Beaumanoir, prévoyant la situation des pères ou mères qui se remarient, ayant des enfants d'un premier lit, marque avec tant de relief la prédominance excessive reconnue à

(1) Edit. Salmon, §§ 1626 et s.

l'homme vis-à-vis de sa compagne (1). S'il en est ainsi tant que le mariage subsiste, sans atteinte au lien, nous voyons d'autre part qu'au cas de séparation de corps, ni l'Église, ni Beaumanoir, ne reconnaissent plus de prérogative maritale. Les enfants pouvaient être confiés aussi bien à l'un ou à l'autre, en tenant compte surtout d'une préférence pour le conjoint innocent. Beaumanoir semble dire que les enfants doivent être confiés par moitié au père et à la mère, et même les tout jeunes enfants de préférence à la mère, à raison des soins spéciaux qu'elle peut mieux leur donner (2).

Il ressort de là que, sous l'empire de la direction chrétienne et par l'effet de coutumes très générales en notre pays, les données d'association conjugale au sujet des enfants et pour le temps de leur *sous-âge* étaient parfaitement réalisées, sans rien sacrifier du droit de la mère. Il en était de même à l'égard des enfants devenus majeurs qui devaient demander le consentement de leur père et de leur mère pour leur mariage, d'après les lois de l'Église, et l'obtenir, d'après les lois de l'État. Toute cette tradition s'est poursuivie dans notre ancien droit jusqu'à la fin. Pothier nous redit encore au xviii<sup>e</sup> siècle que « *la puissance paternelle est commune au père et à la mère* » (3), en marquant bien la différence profonde qui sépare notre droit coutumier du droit romain, tant au point de vue de la nature de cette puissance paternelle, qu'au point de vue de la situation faite à la mère, pareille à celle du père. On peut toutefois observer que les préjugés de faiblesse ou d'infériorité féminine qui devaient peser si fortement sur le développement de notre communauté conjugale des biens ont eu quelque action en jurisprudence dans l'organisation de la puissance domestique. Pothier nous parle

(1) § 1633.

(2) § 1639.

(3) *Traité des Personnes*, tit. VI, sect. II, *Œuvres posthumes*, 1777, 4<sup>e</sup>, p. 604-605.



de certaines restrictions de jurisprudence expliquées « par la faiblesse ou l'emportement ordinaire chez les femmes ». Ainsi la mère ne pouvait pas user du droit de correction aussi fortement que le père et son remariage lui faisait perdre l'exercice de la puissance paternelle. C'est pour les mêmes raisons que les femmes ne pouvaient être appelées aux tutelles datives, considérées comme charges publiques, suivant le droit romain.

Telle était la situation en pays coutumiers. Quant aux pays de droit écrit, il subsistait bien quelques effets réduits de l'ancienne *patria potestas* et qui étaient réservés au père et à l'aïeul paternel. Mais, en dehors de ces effets limités aux biens et à la question de l'émancipation, l'autorité domestique s'y trouvait bien commune au père et à la mère, comme il apparaît au sujet du mariage.

D. — Toute cette tradition de notre ancien droit français s'est conservée à travers le droit intermédiaire, dans notre Code civil (1), qui n'a rien établi qui restaure la puissance paternelle, telle qu'elle était à Rome. L'autorité domestique est reconnue à la mère comme au père, sauf prérogatives du père tant qu'il vit et qu'il est présent. Le Code ne s'est guère étendu sur ces divers points. On peut même regretter qu'il n'ait pas mieux songé à reconnaître un droit de contrôle de la mère contre les abus possibles de la prérogative paternelle. Il reste singulier que la femme, qui, au point de vue de la communauté de l'existence, rendue insupportable, peut demander la séparation de corps ou le divorce, qui, au cas de mauvaise administration du mari, peut demander la séparation de biens pour conserver sa fortune, qui peut, au refus d'autorisation maritale, demander celle de justice, n'ait comme mère aucun droit ou action formellement reconnu dans la loi pour sauvegarder ses enfants contre la mauvaise direction du père, au point de vue de leur éducation morale ou reli-

(1) Art. 371 et s.

gieuse. C'est une lacune que la jurisprudence seule peut combler, mais qu'elle a quelque peine à suppléer.

Quant aux Codes modernes, ils ont, en général, pris la même direction. Le Code allemand toutefois, dans une suite de dispositions singulières, semble ne reconnaître tout d'abord de puissance paternelle qu'au père (4). Et il traite longuement de cette puissance paternelle du père, avant de statuer sur ce qu'il appelle la puissance de la mère (2).

Le Code suisse pose bien mieux le principe de l'autorité commune au père et à la mère, sauf décision reconnue au père à défaut d'entente (3); il entre aussi dans plus de développements, inconnus jadis, et mérite à cet égard d'être consulté.

## CHAPITRE II

### Les effets du mariage dans la famille.

Le mariage parmi nous n'a pas été seulement resserré comme lien, pour en faire une union plus solide et lui donner ainsi plus de moralité; il est devenu dans tout notre système familial une institution bien autrement importante que chez les Romains. Ce n'est plus la *patria potestas* désormais disparue, c'est le mariage qui est devenu l'assise de la famille. Tout s'y rattache, on s'appuie sur lui. Nous disons couramment, depuis des siècles, que c'est le mariage qui fonde la famille, et c'est la grande raison de ne pas l'ébranler.

Déjà, au début de l'*Introduction générale*, j'ai rappelé en aperçu l'ensemble de ces effets généraux du mariage; j'y ai insisté surtout sur la donnée d'association conjugale. Mais j'ai indiqué en même temps d'autres principes

(1) Art. 1627 et s.

(2) Art. 1684 et s.

(3) Art. 273 et s.

dominant tout cet ensemble de construction familiale, et notamment : 1° le mariage est l'unique source de la légitimité; 2° il est la source d'une double et semblable parenté, paternelle et maternelle (1). C'est l'origine et l'établissement de ces deux principes que je voudrais suivre, pour discerner et rappeler d'où ils sont venus et comment ils se sont établis dans notre droit à l'encontre de la tradition romaine.

Tout d'abord, il importe d'observer qu'ils étaient devenus des principes universels pour toute la France, dès le Moyen âge. Sur cette double donnée, nulle trace appréciable de diversité entre le Midi et le Nord. Partout il était reçu qu'il n'y a d'enfants légitimes comptant dans la famille civile que les enfants issus d'un mariage ou qu'un mariage avait légitimés. Ainsi nulle parenté civile, ni pour des enfants adoptifs ni pour des enfants naturels, mais double parenté égale *tam ex patre, quam ex matre* pour les enfants issus du mariage : voilà des points reconnus partout. Qu'on prenne les auteurs des régions méridionales tels que Bouïtaric ou Serres dans leurs *Institutes*; arrivés au titre de l'adoption, ils se bornent à dire qu'elle n'est plus en usage. Argou n'est pas moins net contre l'adoption que contre la bâtardise (2). Il y avait là coutume générale et immémoriale, venant du fond du Moyen âge, si bien que la renaissance du droit romain n'avait pu rien faire rétablir de l'adoption romaine, même au Midi et dans les termes restreints du droit de Justinien. Comment suivre l'origine de ces nouveaux principes contraires au droit romain et comment les expliquer?

#### § I. — L'adoption.

D'abord en ce qui concerne l'« adoption », notre ancien droit français n'a connu ni l'adoption romaine, ni une

(1) P. 39 et s.

(2) *Institution au droit français*, I, 4 *in fine*, édit. de 1730, I, p. 22.

adoption mitigée comme celle du Code civil; rien d'autre en cet ordre d'idées que l'*institution contractuelle d'héritier* qui seule a pu s'en approcher pour produire des effets successoraux analogues.

Je résume ainsi les conclusions auxquelles conduit l'examen de notre histoire interne; pour mieux nous en rendre compte, partons, comme toujours, du droit actuel. Nous avons encore au Code une adoption, mais elle n'est plus qu'un moyen légal pour celui qui est dénué d'enfant légitime de s'attacher quelque enfant, à qui il veut donner son affection et ses bons soins, pour lui laisser ensuite sa fortune et même son nom. On a bien repris, pour réaliser cette pensée, l'idée d'une paternité fictive, créée légalement par l'adoption, mais en ne lui attribuant que des effets très limités, puisque l'adopté n'entre pas dans la famille civile de l'adoptant et que l'effet principal se borne à l'hérédité ainsi légalement assurée et qui n'est pas même réciproque (1). Cette adoption n'est donc qu'une œuvre de bienfaisance et de consolation tout à la fois. D'ailleurs, et dans cette pensée, nous adoptons aussi bien des filles que des fils; de même l'adoption se fait aussi bien par des femmes que par des hommes. Tout ce que la loi exige, c'est l'accord des deux époux pour adopter l'enfant, ne fût-il adopté que par l'un d'eux.

Voilà notre adoption. Si on y réfléchit, on peut se rendre compte que son objet principal, en droit, étant d'assurer l'hérédité (puisque soins, affection, attachement réciproques sont surtout choses morales), il peut être obtenu presque aussi bien par voie de donation de biens à venir ou institution contractuelle en cas de mariage de la personne choisie comme héritier. De fait, c'est ce qui arrive souvent pour de jeunes parents ou amis, auxquels on s'est intéressé et qu'on gratifie ainsi dans leur mariage,

(1) L'adoptant, en effet, ne succède qu'aux biens par lui donnés s'il lui arrive de survivre à l'enfant adoptif.

plutôt que d'employer toutes les procédures compliquées d'adoption.

C'est qu'en effet, malgré les espérances singulières qu'on avait paru fonder pendant la Révolution sur le rétablissement d'une adoption plus complète, quand on voulait tout faire à l'imitation romaine, surtout aux Codes de la Convention, l'adoption avait bien disparu de nos mœurs depuis des siècles. Et il fallut, pour la restaurer pauvrement au Code civil, quelque visée prévoyante de Bonaparte qui ne pouvait s'y décider, même en faveur d'Eugène de Beauharnais. Nos anciennes traditions familiales avaient déraciné pour longtemps toute idée d'adoption, en repoussant toutes les données antérieures de l'adoption romaine, qui étaient si excessives. Oui, excessives et trop spéciales au système romain de la cité et de la famille. Et c'est par là qu'il faut suivre et expliquer cet abandon d'une institution qui avait tenu si grande place en Droit romain.

On sait que l'adoption à Rome avait été surtout un moyen de prendre un *filiusfamilias* de son choix pour entretenir le groupe familial et l'*agnatio*. Elle était devenue, avec le testament, l'une des prérogatives les plus marquées de la *patria potestas* à qui elle se rattachait étroitement. Elle avait à cet égard une portée politique au premier chef pour le maintien des familles, surtout patriciennes. Combinée avec l'émancipation, elle donnait au *paterfamilias* la faculté de composer sa maison à son gré, en excluant même des enfants de justes nocés, pour y faire entrer des adoptifs. Et c'est ainsi qu'on vit plus d'une fois à Rome un père émanciper sa fille pour adopter ensuite son gendre, comme Antonin le fit pour adopter Marc-Aurèle. Nul doute aussi qu'on adoptait surtout des fils, bien plus que des filles, qui n'auraient pu perpétuer une descendance d'*heredes sui*. Le nom, la race, les *sacra privata*, voilà les idées qui reviennent sans cesse à propos de l'adoption romaine, avant le singulier emploi qu'on en put faire pour diverses sortes de visées et d'intrigues.

C'était donc, avant tout, un moyen de constituer ou de reconstituer la *domus* pour qui avait un nom et une situation dans la cité. Aussi l'homme seul, en tant que *paterfamilias*, pouvait-il adopter, et sans nul besoin du consentement de sa femme. Il n'adoptait guère que des fils ou des *nepotes ex filio* dont il faisait des agnats vis-à-vis de tous les siens, mais qu'il pouvait ensuite exclure à sa volonté. L'histoire prouve en bien des exemples ces visées aristocratiques et politiques de l'adoption, mise en œuvre sans nul souci des *justae nuptiae*. Il y avait là des données si extraordinaires qu'on put voir déjà dans la société romaine, et avant la fin de l'Empire, cette antique adoption tendre à décliner, puis à se transformer et à s'effacer; déclin et transformation qui coïncident avec ceux qui s'observent dans tout le système de la *patria potestas*. On peut suivre en effet, quand on descend vers le Bas-Empire, comment elle s'est modifiée, grâce à des conceptions plus naturelles de la famille. Il s'en voit trace déjà dans un texte d'Ulpien (1); on le voit bien plus encore dans un texte donné au Code comme de Dioclétien qui admet une femme, *in solatium amissorum filiorum*, à prendre son beau-fils *ad vicem naturalis legitime filii*, mais sans qu'il put être question pour elle d'avoir la *potestas* (2). C'est une notion nouvelle et plus humaine de l'adoption qui se prépare, conduisant vers nos idées modernes de consolation et de bienfaisance (3).

On sait enfin comment Justinien est venu changer toutes les notions anciennes de l'adoption, en laissant dans sa famille naturelle quiconque n'était adopté que

(1) *Digeste*, I, 7, de *adoptionibus*, fr. 17.

(2) *Code*, VIII, 47, de *adoptionibus*, c. 5 de 291.

(3) Il serait intéressant de suivre au Bas-Empire, à travers les documents de l'époque de source civile ou chrétienne, ce qu'était devenue l'adoption dans les mœurs autant que dans le droit où déjà nous pouvons observer la prohibition d'abroger des enfants naturels nés *ex stupro vel concubinato*.

par un *extraneus*. Mais Justinien n'avait légiféré ainsi que pour l'Orient. En Occident, il semble bien aussi, à mesure que grandissait la notion de l'union conjugale et que déclinait la *patria potestas*, qu'il y avait quelque transformation et décadence de l'adoption. Et ce qui le confirme, c'est qu'on ne découvre plus guère trace de cette adoption romaine pour les Gallo-Romains eux-mêmes, à l'époque des invasions. On ne voit pas en effet que l'adoption tienne une place notable dans le Bréviaire d'Alaric, qui ne semble pas avoir reproduit ce qui pouvait être dans le Code Théodosien ou dans les Sentences de Paul, mais seulement quelques lignes retracées doctrinalement comme abrégé de Gaius. Il n'en est point trace davantage dans la *Lex Romana Burgundionum*. Ce n'était plus là ni droit, ni pratique de droit vivant.

Et si nous poursuivons la recherche dans les *Formules*, dans celles qui sont données surtout comme romaines (Formules d'Angers ou de Tours), on trouverait bien encore le mot d'adoption et même un acte d'adoption. Mais il est à remarquer d'abord que cet acte suppose l'adoptant sans enfant et voulant se consoler de cette privation, et que cet acte stipule surtout que la personne adoptée devra être le soutien de l'adoptant, avant de recueillir son héritité (1). Par là même on observe déjà combien cette formule se rapproche de ces actes d'adoption que nous allons retrouver aussi dans les recueils Gallo-Francis de Marculfe et qui vont être en harmonie avec le texte de la loi Ripuaire sur l'*affatomie*. En fait, c'est comme une coutume nouvelle qui commence de tous côtés, sous ce nom d'*adoptio in hereditatem* et qui va être l'origine de ce qu'on a dénommé l'*institution contractuelle*.

Regardons maintenant du côté des *Germanis*. Avaient-ils, et surtout les Germanis venus en Gaule, quelque idée et quelques pratiques d'adoption? Non, a-t-on dit souvent,

si bien que là encore on reste tenté, comme sur tant d'autres points, de leur attribuer presque exclusivement le rejet de toute adoption dans notre ancienne France. Cette vue serait excessive. Qu'ils n'aient pas connu l'adoption romaine, cela est clair, puisqu'ils n'avaient pas le système de la *patria potestas* et de l'*agnatio*. Qu'ils aient dû répugner à toute idée d'une création ou destruction arbitraire de parenté, à raison même de leur grande coutume de solidarité familiale, il n'y a aucune difficulté à admettre que c'était là chez eux tendance bien marquée. Et c'est la même tendance qui les a empêchés de connaître le testament romain, œuvre arbitraire et personnelle du *paterfamilias*.

Mais, s'ils n'ont pas connu l'adoption artificielle du droit romain classique, est-ce à dire qu'ils ont ignoré ce que nous entendons, nous, par *adoption*, comme idée de s'attacher quelqu'un sur qui reporter ses affections présentes et même son héritité à venir?

Nous avons à cet égard des indications, des documents même, où cette pensée et jusqu'au terme romain d'*adoption* se rencontrent, à l'époque franque. On y voit poindre l'origine d'une coutume juridique, destinée à se maintenir jadis sous le nom qui lui restera d'*institution contractuelle*, et qu'il est intéressant de rapprocher de l'*adoptio*.

A-t-elle été générale chez les Germanis? Sans doute, il n'y a rien à cet égard de net et de saillant dans les lois wisigothe et burgonde qui d'ailleurs ont accepté quelque chose du testament romain, pour transmettre au besoin leur succession. Mais chez les Francs qui le repoussaient, on peut voir d'abord la Loi Salique, en son plus vieux texte, présenter sous le nom d'*affatomie* toute une coutume entourée de formalités complexes et d'où il ressort bien qu'on pouvait solennellement, et par convention entre vifs, se désigner publiquement un héritier (1).

(1) De Rozière, *Formules*, n° 115; cf. n°s 116-118.

(1) *Lex Salica*, t. 46.

Il n'est question là que d'une désignation d'héritier pour la fortune. Rien d'autre ne s'y voit sur des rapports établis de filiation et rien même qui indique pour l'auteur de cette affatomie une nécessité d'être sans enfants<sup>(1)</sup>. Mais c'est bien une *adoptio in hereditatem* contractuelle, publique et irrévocable.

L'histoire des Francs à cette époque peut nous éclairer d'autant mieux que nous trouvons un exemple marquant de cette coutume, avec des formalités tout à fait semblables, dans la désignation de Childebart par Gontran son oncle, que Grégoire de Tours présente comme une adoption<sup>(2)</sup>. C'est son royaume, son héritage même que Gontran veut promettre, en resserrant les liens qui déjà l'attachaient à son neveu parce qu'il ne lui restait qu'une fille et point de fils. C'est donc bien une adoption *in hereditatem*, mais sans rien qui rappelle une acquisition de *potestas* ni un changement dans la parenté. Ce n'eût même pas été une adoption d'ascendant, comme dans le droit de Justinien, puisque Gontran est l'oncle de Childebart.

Il y avait là une coutume qui semble avoir été chez les Francs coutume germanique primitive, et dont on retrouve d'ailleurs l'analogie chez les Lombards sous le nom de *thinx* ou *garethinx*<sup>(3)</sup>. Or, cette coutume va être organisée avec précision par la loi Ripuaire, dans les parties de cette loi dues à Childebart II, et d'où il résulte, en analysant ce titre 48, qu'il s'agit bien plutôt d'une transmission d'héritage que de parenté, faite par un acte entre vifs et irrévocable, mais sous la condition d'être sans enfants. Le texte marque bien d'ailleurs *affatomie* et *adoptio in hereditatem* comme synonymes. Ainsi, dans cette donnée plus naturelle des Francs, rien n'apparaît de l'adoption romaine que nous avons vue d'autre part déjà abandonnée par les Gallo-Romains eux-mêmes.

(1) Le texte est muet à cet égard.

(2) *Historia Francorum*, VII, 33.

(3) *Édit de Rotharis*, n<sup>os</sup> 171-174.

Les formules des époques suivantes vont précisément montrer des usages particuliers s'appuyant sur le texte ripuaire pour organiser cette sorte d'adoption *in hereditatem*, adoption d'autant plus curieuse qu'au lieu d'apparaître seulement comme une œuvre de bonté envers celui qu'on s'attache, elle se présente souvent comme un moyen de s'assurer ses soins et son appui dans l'infirmité et la vieillesse, en lui assurant son héritage<sup>(1)</sup>.

Que conclure de tout cela? C'est qu'à cette époque on avait bien abandonné le système et l'esprit de l'adoption romaine, encore que le mot ait paru tout d'abord conservé dans la loi Ripuaire et quelques formules. Ce qui est pratiqué et connu, c'est un accord par lequel, faute d'enfants, deux personnes s'attachent réciproquement l'une à l'autre, par une désignation irrévocable d'héritier, sans rien changer ni à la parenté, ni au nom même, ni à l'autorité domestique. Ce n'est donc au fond qu'une institution contractuelle d'héritier, qui va peu à peu prendre place entre les deux actes également abandonnés du droit classique romain : l'adoption et le testament, et qui ne sera ni *adoptio* parce que rien n'est changé au lien de famille, ni *testament* puisque c'est une institution contractuelle et irrévocable.

L'idée de notre institution contractuelle coutumière date de là<sup>(2)</sup>. Mais ce n'est pas encore cette institution limitée aux contrats de mariage, comme arrangement de deux familles, telle qu'elle se conservera seule dans la suite du moyen âge. Ce n'est pas non plus cette institution de l'époque coutumière d'autant plus déviée de son sens primitif, qu'elle servira surtout à l'aîné comme héritier principal, d'après l'idée féodale et nobiliaire. A l'époque franque, c'est une coutume plus voisine de l'adoption

(1) *Form. Marculfi*, 2, 13 = de Rozière, *Formules*, n<sup>o</sup> 117. On peut ajouter un curieux acte concret de 869 dans le *Cartulaire de Redon*, n<sup>o</sup> 109 qui nous montre une femme procédant à une adoption.

(2) V. Ch. Lefebvre, *l'Ancien droit des successions*, I, p. 152-160.

moderne et qui ressemble de près à ce que notre Code a voulu rétablir en l'absence d'enfants.

Mais c'est bien loin aussi de l'adoption du Droit romain classique; et, si l'adoption romaine a définitivement disparu, on voit bien qu'il y en a eu surtout trois raisons : 1° parce qu'elle était liée à la *potestas* comme moyen de s'assurer des *filiifamilias in potestate*, ce qui a disparu des coutumes gallo-franques et françaises; 2° parce qu'elle était un moyen de composer arbitrairement la famille, au risque de la troubler, ce qui répugnait aux nouvelles données de la famille, venues surtout des coutumes germaniques; 3° parce qu'elle pouvait ébranler le mariage par l'adoption d'enfants naturels, ce qui aurait contredit de plus en plus toute l'institution du mariage, et à quoi, dans cette mesure, le droit de l'Eglise a pu aussi contribuer.

L'adoption romaine avait si bien disparu que nous ne la voyons même plus employée ou restaurée pour certaines visées politiques qu'elle aurait pu servir et comme il s'en est rencontré dans notre ancienne France aussi bien qu'à Rome. On ne voit pas que nos Rois y aient recouru, pas même pour s'assurer des héritiers mâles, quoique la couronne ne devait pas pouvoir revenir à leur fille, d'après la tradition dénommée Loi Salique. On ne voit pas qu'ils aient pu jamais choisir un héritier par adoption, pour échapper à tel ou tel collatéral qui devenait héritier du trône, tandis qu'à Rome les empereurs devaient user sans cesse de l'adoption dans ce but, depuis César qui a adopté Auguste son neveu maternel, ou Auguste qui adopta Tibère, fils de Livie, comme tant d'autres empereurs romains qui ont usé de l'adoption pour désigner leurs successeurs. Rien ne prévalut chez nous contre la solidité des nouveaux principes sur la constitution de la famille par le seul lien du sang et du mariage. Tout cela ne démontre-t-il pas clairement la force qu'avait prise dans notre droit français le mariage, comme unique source de légitimité et comme fondement de la vraie famille?

## § II. — *Les Bâtards.*

En même temps qu'il repoussait l'adoption romaine, notre ancien droit rejetait durement hors de la famille les enfants nés hors mariage qu'il tendit même à flétrir socialement sous le nom de *bâtards*. Je suis ainsi amené à présenter un aperçu rapide de ce qu'a été, dans l'ancien droit, la situation des bâtards, de ce qu'elle est devenue dans le droit intermédiaire, avec le nom plus doux d'enfants naturels, pour conduire ici encore jusqu'au Code civil.

Le sujet n'est que trop actuel, puisque la statistique, dans une ville comme Paris, accuse chaque semaine comme naissances environ 1/4 ou 1/3 d'enfants hors mariage, dont bien peu sont aussitôt reconnus; puisque, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, une loi est venue étendre notablement, pour les enfants reconnus, la vocation héréditaire et la capacité de recevoir et qu'une loi récente leur a donné, dans nombre de cas, la possibilité de faire reconnaître leur filiation, même à l'égard de leur père.

D'ailleurs, pour qui ne le veut prendre qu'en histoire, ce sujet forme un complément nécessaire de l'histoire des institutions familiales, pouvant servir à témoigner des idées qu'on s'est fait aux diverses époques, sur la manière de combiner les exigences de la famille et celles de la justice. Les exigences de la famille, puisqu'il est difficile de la maintenir fondée sur le mariage sans qu'il en retombe des conséquences plus ou moins lourdes sur les enfants nés en dehors de l'union légitime; mais aussi les exigences de la justice, puisqu'il doit sembler inique et même cruel d'infliger des rigueurs légales à des enfants qui n'ont commis aucune faute et qui n'ont déjà que trop souvent à souffrir, pour les soins et l'éducation de leur enfance, des désordres de leur origine.

Aussi, est-il certain tout au moins qu'une législation

juste et raisonnée doit s'attacher à atteindre les enfants naturels le moins possible et que, là où elle le fait, son esprit doit être de les atteindre moins pour eux-mêmes que pour priver en même temps leurs auteurs. Nous verrons s'il en a toujours été ainsi dans l'histoire de notre droit, tant avant que pendant la Révolution, et je vous laisserai à juger s'il en est ainsi dans le Code civil.

Or, pour qui veut suivre ce sujet des bâtards, dans l'histoire de notre droit, il apparaît que tout se ramène à deux questions principales :

1° Quelle a été la condition faite aux enfants illégitimes et dans la société et dans la famille ?

2° Comment ont-ils été admis à connaître ou à rechercher leurs auteurs, puisqu'ils n'ont pas pour eux les voies régulières et les présomptions légales dérivant du mariage ? Deux questions distinctes qui peuvent bien être résolues, ou toutes deux dans un même esprit, ou séparément dans un sens différent. Il se peut, en effet, que, facile à leur réserver la recherche de leurs auteurs, en vue de leur assurer des aliments, la loi les tienne rigoureusement à l'écart pour tout le reste. Et tel fut le système de notre ancien droit. Il se peut, au contraire, que la loi, portée à consacrer des droits successoraux même étendus aux enfants naturels, se montre des plus circonspecte et même sévère dans le règlement des voies de preuve qu'elle admet pour cette filiation, et ce sera le système du droit intermédiaire, conservé par notre Code civil et notre droit moderne jusqu'à la loi de 1912.

I. — *Condition des enfants naturels.* — Il nous faut dire un mot de la tradition romaine, ne fût-ce que pour saisir comment elle s'est perdue au Moyen âge. A Rome, du moins aux temps qui nous sont connus, l'enfant né en dehors des *justae nuptiae*, même le *vulgo conceptus* ou le *spurius*, ne subissait en droit aucune infériorité sociale. Des textes du Bas-Empire montrent des *spurii* promus décurions, et le principe de justice est affirmé dans un

des beaux textes simples et péremptoires du Digeste: *nihil enim impedienda est dignitas ejus nihil admisit*<sup>(1)</sup>.

C'est seulement au point de vue de la famille qu'une situation différente lui était faite, et longtemps déduite comme une conséquence logique de tout le système romain. Vis-à-vis de sa mère, l'enfant naturel semblait compter autant que l'enfant légitime et notamment pour lui succéder, soit d'abord dans la *bonorum possessio unde cognati* soit plus tard comme *heres*, en vertu du S.-C. Orphitien. Pour la mère en effet, il ne pouvait être question d'*agnatio* même vis-à-vis de ses enfants *ex nuptiis*. Pour le père, l'enfant, même issu d'un concubinat, ayant donc un *pater certus*, ne lui était rien en droit s'il ne venait à entrer sous sa *patria potestas* par l'effet d'une *causae probatio* ou d'une *adrogatio*. C'est pourquoi, sans doute, il fut tant question de l'adrogation des impubères aux temps classiques.

Après Constantin, et visiblement sous l'influence chrétienne, ce droit plus logique que moral commença à s'ébranler. Pendant que l'*agnatio* perdait sans cesse du terrain au profit de la *cognatio*, on en vint à distinguer aussi, dans une pensée de moralité, une *cognatio* légitime et illégitime. Vis-à-vis de sa mère, l'enfant naturel ne conserva de droits égaux à l'enfant du mariage que s'il n'était pas né d'union coupable<sup>(2)</sup>, mais seulement d'un *concubinatus*. Au père, on en vint à interdire d'adroger son enfant naturel, pour ne lui laisser comme principal moyen d'acquérir la *patria potestas* que la transformation du concubinat en *justae nuptiae*. Ce fut là une mesure d'abord admise passagèrement par Constantin; mais il restait encore l'*oblatio* à la curie et le rescrit du prince.

La légitimation par mariage subséquent, voilà une insti-

(1) Papinien au Digeste, 50, 2, de *decurionibus et filiis eorum*, 6, pr.

(2) *Novelles de Justinien*, 89, 15 : *ex complexibus (non enim vocabimus nuptias) aut nefariis, aut incestis aut damnatis*.

tution qu'on pourrait s'étonner de ne voir apparaître en droit romain que si tard et pour la première fois sous Constantin (1). Et pourtant, cela est simple à expliquer. De quoi s'agissait-il à Rome? Était-ce de rattacher l'enfant né hors des justes noces à ses deux auteurs, d'en faire un enfant légitime vis-à-vis de tous deux? Non, puisqu'il n'y avait de *potestas* et d'*agnatio* possibles que du père vis-à-vis de ses enfants. L'adoption devait donc paraître le vrai et simple moyen de les produire, jusqu'à ce que des considérations toutes nouvelles de moralité firent créer le mode nouveau de légitimation par mariage, pour régulariser le concubinat et firent aussi sous Justin, puis sous Justinien, prohiber l'adoption trop facile de l'enfant né hors mariage (2).

La tradition romaine laissait donc une distinction persistante, quoique atténuée, entre la situation de l'enfant illégitime, considérée vis-à-vis de la mère ou du père. C'est dans notre ancien droit français que l'enfant né hors mariage devait se voir refuser tout droit de famille et de succession vis-à-vis de ses deux auteurs, et même se trouver marqué d'une tare au point de vue social, à moins que l'irrégularité de sa naissance ne fut réparée à l'égard de tous deux par une légitimation, qui prenait dès lors, comme institution, d'autant plus d'importance.

D'où donc ce droit si différent et rigoureux est-il venu, et venu à la fois pour toute la France, au Midi comme au Nord? Il n'est pas douteux qu'il s'est produit sous la double influence de la tradition germanique et de l'Eglise, qui se rencontrent pour enraciner dans nos mœurs la réprobation des mauvais commerces et de leurs fruits.

C'est d'abord un point certain et facile à constater dans les lois barbares, qu'elles étaient fort dures en général

(1) Code de Justinien, 5, 27, de *naturalibus liberis*, c. 5.

(2) *Ibidem*, loc. cit., c. 6 et 7.

pour les enfants illégitimes. Ces Germains, quoique peuples encore primitifs, avaient une notion sévère du mariage. C'est sur lui qu'ils avaient fondé leur famille, alors si fortement constituée. Seule la parenté par mariage comptait dans leur organisation familiale. L'enfant né hors mariage, relégué hors de la famille, n'avait aucun droit et même aucun droit de succession vis-à-vis de ses père et mère.

L'Eglise à son tour, en resserrant le lien conjugal et en le sanctifiant, devait contribuer à empirer la situation des enfants illégitimes. C'est bien à elle surtout, qu'il faut attribuer, par toute la France, l'harmonie de cette rigueur dominant partout (comme sa législation même du mariage) et gagnant jusqu'au Midi, contre la tradition romaine moins sévère à ces enfants. C'est aussi l'Eglise qui semble avoir renforcé contre les enfants naturels l'opinion d'une tache imprimée dès leur naissance, comme c'est elle qui posa en principe que les illégitimes ne peuvent être promus aux ordres sacrés, ni plus tard aux bénéfices : *ex fornicatione nati ad sacros ordines non promoveantur*.

Il n'est que juste de constater que le droit canon, voulant la réparation du désordre, autant que sa condamnation, donna toute ampleur et faveur à la légitimation par mariage subséquent dont il disposait et dont il fit une institution durable. Comme elle n'avait été consacrée définitivement sous l'Empire Romain que par Justinien, cette légitimation par mariage n'était ni loi, ni coutume d'Occident, avant que l'Eglise l'eut consacrée et organisée dans sa législation canonique du mariage. Car il n'en existait rien ni aux lois barbares ni aux Capitulaires. On la trouve définitivement établie au XI<sup>e</sup> siècle dans une constitution du pape Alexandre III qui fut insérée aux Décrétales de Grégoire IX (1). Et elle fut conçue plus largement que comme une conclusion régulière du *concu-*

(1) Liv. 4, tit. 17, qui *filiis sunt legitimi*, 1, 6.



*binatus*, car elle fut admise pour des enfants issus de tout commerce antérieur, à l'exception des cas d'adultère ou d'inceste.

D'ailleurs, en leur refusant cette légitimation par mariage, le droit canonique sut affirmer le droit aux aliments comme absolu pour tout enfant, même adultérin ou incestueux, alors que Justinien avait poussé la dureté jusqu'à le leur refuser (1).

Influences germanique et canonique, courant nouveau d'opinion morale et religieuse, voilà donc ce qui produisit dès le Moyen âge ce droit plus rigoureux, et cet opprobre de la bâtardise comme on disait jadis; notions que rendait bien le terme très ancien et seul usité de *bâtard*, quelle qu'en ait été la vraie origine, encore discutée de nos jours. Il marque dans l'Histoire le point extrême où a pu conduire le dessein tout moral, encore que trop rigoureux, de sacrifier l'enfant illégitime à une forte institution du mariage.

Ces précédents rappelés, décrivons maintenant la condition des enfants naturels à partir des temps coutumiers, et jusqu'à la fin de l'ancien régime. Et tout d'abord, dans la société même, une infériorité dérivant de la tache de bâtardise, voilà le premier trait de cette condition applicable à tout enfant illégitime, aux enfants abandonnés comme aux enfants pouvant nommer leur père et mère. Mais à quoi se réduisait-elle ?

Pour l'époque du Moyen âge, on a redit souvent que les bâtards étaient serfs des seigneurs et de leur ressort. C'est là un point qu'il est impossible d'admettre comme thèse générale, puisque Beaumanoir nous dit formellement le contraire, au moins pour sa région (2). Sans doute ils pouvaient souvent être serfs comme enfants de serfs ou d'une

(1) Nouvelle 89, c. 15, citée plus haut : « *iste neque naturalis nominatur neque alendus est a parentibus* ».

(2) Edit. Salmon, n° 1435.

serve. Mais, s'ils étaient enfants d'auteurs libres ou même d'inconnus, pourquoi d'emblée auraient-ils été réduits en servage? Ce qui a pu égarer sur ce point, c'est qu'il existait, sous le nom de droit seigneurial de bâtardise, une charge présentant quelque analogie avec la mainmorte servile, pour assurer au seigneur la dévolution *mortis causa* des biens du bâtard. Mais voici pourquoi. Le bâtard n'ayant pas de famille, s'il n'avait pas d'enfants à lui et légitimes, mourait sans héritiers, et sa succession venait par déshérence au seigneur, comme une épave. La déshérence était donc chose fréquente parmi les bâtards. Aussi certains seigneurs eurent la prétention d'empêcher les bâtards de déjouer, par dispositions testamentaires, ce droit fructueux de bâtardise, prétention qui fut admise en beaucoup de lieux, même en quelques anciennes coutumes; il en fut de même à l'endroit des aubains qui, eux non plus, n'étaient pas serfs (1). Si le bâtard n'a pas été en droit commun de condition serve, il se vit toujours dans une infériorité marquée à l'endroit des offices publics comme à l'endroit de la noblesse.

Il était écarté d'abord des offices et bénéfices de l'Eglise, si considérables dans l'Ancien Régime. Pour les offices et dignités de l'ordre laïque, il n'y eut jamais un système

(1) De là cette théorie spéciale des droits d'aubaine et de bâtardise qui donna lieu à de si longues luttes entre les seigneurs justiciers et la royauté, quand celle-ci prétendit, dès Philippe le Bel, à les revendiquer comme droits régaliens. La royauté laissa bien aux seigneurs justiciers les droits de déshérence ordinaires, mais en réclamant les successions, proportionnellement plus fréquentes, des aubains et des bâtards comme dérivant de son droit de protection spéciale à l'endroit de ceux-ci. Or, la royauté réussit entièrement pour le droit d'aubaine. Quant à la bâtardise, la question fut toujours débattue. On la voit encore discutée dans une *Dissertation* de Daguesseau qu'il est bon de consulter sur toute cette question de la condition ancienne des bâtards, *Œuvres*, édit. de 1772, 4°, t. VII, p. 447 et s. La solution généralement reçue fut celle-ci : la succession des bâtards appartenait au roi sauf à être dévolue au seigneur quand le bâtard avait eu naissance, domicile et décès dans la seigneurie.

bien arrêté. Les auteurs discutaient. Mais il persista un préjugé d'opinion contre les bâtards faisant dire encore à Daguesseau : « honneurs et dignités, dont nos maximes, plus pures que celles du droit romain, l'ont éloigné ».

Pour la noblesse, il y eut embarras et variétés dans le Moyen âge, quant aux bâtards des nobles, jusqu'aux édits d'Henri IV et de Louis XIII (1600 et 1629) qui fixèrent le droit sur ce point. Il fut décidé que le bâtard, même né de deux personnes nobles, ne recueillait pas leur noblesse à raison de la tache de sa naissance, à moins de lettres du prince qui, encore, ne s'obtenaient qu'à la condition, pour lui et ses descendants, de subir dans les armoiries une barre les distinguant des branches légitimes (1).

En somme, il n'y avait au point de vue social, à l'encontre des bâtards, que peu de règles fixes de droit public. Mais ce peu suppose bien plus, au fond, dans les mœurs, dont il ne faut jamais oublier de tenir compte en ces matières pour s'en faire une idée juste historiquement.

*Du bâtard dans la famille.* — C'est surtout vis-à-vis de la famille que la condition du bâtard nous apparaît rigoureuse. Le principe constant dans l'ancien droit, et qui remontait très haut, c'est que pour le bâtard il n'y a point de famille, du chef de ses père et mère (2). Mais cependant il y avait le lien du sang et l'ancien droit admettait qu'il fut judiciairement et même assez aisément constaté. Qu'en résultait-il? En principe, rien que des empêchements de mariage et une dette alimentaire réciproque. Donc, pour les auteurs connus de tels enfants, obligation de pourvoir et de contribuer à leur nourriture, entretien et modique

(1) Loisel, *Inst. cout.*, I, 1, 44.

(2) Beaumanoir le disait déjà, édit. Salmon, n° 1456 et Bacquet répète à tout instant comme un axiome : *cum nec genus, nec gentem habent*, ce qu'il traduit ainsi : *n'ayt race, ne gent, ne ligne*. V. *du droict de Bastardise*, I, 2, n° 6. Pothier n'est pas moins formel 150 ans après : *Traité des Personnes*, titre IV.

instruction. Mais en droit, rien d'autre n'était assuré. Ni le père, ni la mère n'avaient sur leurs bâtards puissance paternelle ou garde légitime avec pouvoir de consentir à leur mariage (1). Le bâtard, même au Midi, était regardé comme émancipé de plein droit, et, s'il lui advenait quelques biens, soumis à tutelle dative pendant sa minorité. Les tribunaux avaient d'ailleurs pleins pouvoirs d'appréciation pour confier au père ou à la mère, comme pour leur retirer, la garde et l'éducation des enfants, les mettre en apprentissage, les faire entrer dans un couvent, etc... le tout aux frais communs des père et mère quand ils pouvaient y contribuer (2).

Et maintenant comme droit successoral, le principe général était bien net : « *Enfants bâtards ne succèdent* », comme on peut le lire à Paris, N. C., article 158. Le bâtard n'avait aucun droit de succession, vis-à-vis de son père, ni même vis-à-vis de sa mère, et à plus forte raison, vis-à-vis de l'ensemble de leurs parents.

Mais il est clair que la maxime : *enfant bâtard ne succède* ne l'empêchait pas de succéder à ses descendants légitimes et réciproquement. De ce côté du moins, il pouvait se fonder une vraie famille par son propre mariage. Et, à défaut de descendant, son conjoint lui survivant aurait encore primé le fisc royal ou seigneurial.

Tel étant le règlement du droit *ab intestat*, quel était le système coutumier pour le droit de disposer, c'est-à-dire pour le régime des libéralités, en ce qui concerne les bâtards? Rappelons d'abord qu'il n'y avait plus pour eux aucune incapacité de mainmorte. Ils pouvaient disposer de leurs biens entre vifs ou même à cause de mort, en faveur de tout donataire ou légataire, sauf la légitime de leurs descendants; et même plus librement que personne,

(1) Loisel, *Inst. cout.*, I, 1, 41.

(2) V. les *Répertoires* de Denisart et de Guyot, v° *Bâtard*.

puisqu'ils, du côté de leurs auteurs, ne pouvaient se rencontrer ni biens propres, ni lignagers (1).

Mais pouvaient-ils recevoir des libéralités de leurs père ou mère? La rigueur, qui les excluait des successions, appelait autre rigueur, l'incapacité de recevoir des libéralités de leurs père et mère, sans quoi, dit Daguesseau « *la loi deviendrait inutile, si les père et mère pouvaient l'é luder en faisant des dispositions universelles en faveur de leurs enfants bâtards* (2) ».

Le bâtard n'était d'ailleurs frappé d'incapacité que vis-à-vis de ses père et mère; Daguesseau explique bien que c'était « *pour les punir, eux surtout, par la prohibition qu'on leur fait d'avantager et d'enrichir les fruits de leur débauche* (3) ». Comme il n'y avait plus même raison vis-à-vis de tout autre, le bâtard pouvait recevoir quelque disposition à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort, de toute personne étrangère d'abord, ou même des parents de ses père et mère, notamment de ses frères et sœurs, quoiqu'il fut écarté de leur succession *ab intestat* (4).

(1) Loisel, *Inst. cout.*, I, 1, 42.

(2) *Dissertation citée*, p. 431. — Plusieurs coutumes avaient sur ce point des dispositions expresses. La jurisprudence en avait dégagé, comme droit commun du royaume : 1° l'incapacité pour le bâtard de recevoir une disposition universelle qui eut ressemblé à une succession testamentaire, remplaçant la succession *ab intestat*; 2° l'incapacité même de recevoir des dons et legs particuliers importants, « *pourvu que le don ne soit immodéré et immense* », comme disait la coutume de Melun, article 297. C'était affaire d'appréciation pour les tribunaux. Mais nous avons la preuve dans des arrêts rapportés soit par Bacquet au xvi<sup>e</sup> siècle, soit au *Répertoire* de Guyot pour le xviii<sup>e</sup> siècle, qu'on se montrait assez large, eu égard à la fortune des parents donateurs et à la qualité des héritiers légitimes qui en souffraient. C'était donc un moyen de laisser à l'enfant bâtard plus que des aliments proprement dits. Les enfants adultérins et incestueux seuls ne pouvaient recevoir au delà. V. Loisel, *Inst. cout.*, I, 1, 43 et la note d'E. de Laurière.

(3) *Dissertation citée*, p. 433.

(4) Il n'y avait eu de difficultés que pour l'aïeul parce qu'il était à craindre qu'il ne prit en affection les bâtards de son descendant, comme

*Légitimation.* — Et maintenant le bâtard pouvait-il être élevé au rang et aux droits de l'enfant légitime? Question d'autant plus importante que sa condition de bâtard dans la société et dans la famille était plus dure. — Il ne pouvait plus être question, comme en droit romain, d'oblation à la curie, ni même de l'adoption, inconnue de notre ancien droit. Mais on admettait deux autres légitimations déjà rencontrées en droit romain :

1° par mariage subséquent;

2° par lettres, correspondant au rescrit du Prince.

La légitimation par mariage subséquent était de beaucoup la plus parfaite. Elle faisait entrer l'enfant dans la famille, l'unissant du lien civil de parenté à tous ses membres et créant par suite un droit de succession réciproque. Elle soumettait aussi l'enfant à l'autorité paternelle de ses auteurs et lui transmettait leur noblesse héréditaire. Bref, elle produisait légitimité complète et faisait entièrement disparaître la tache et les incapacités dérivant de la qualité de bâtard.

La légitimation étant un des effets du mariage, ne pouvait résulter que d'un mariage produisant les effets civils. Elle était considérée comme impossible pour les bâtards adultérins ou incestueux.

Il y avait de plus la légitimation *par Lettres* que nous n'avons plus et qu'on a parfois regrettée, la légitimation par mariage subséquent n'étant pas toujours possible en fait, à raison de la mort ou de l'indignité d'un des auteurs. On a connu jadis deux espèces de légitimation par Lettres :

1° L'une émanée de la puissance spirituelle, c'est-à-dire du pape ou de ceux à qui il avait délégué ce pouvoir. On considérait dans la France des derniers siècles qu'elle ne

le père ou la mère eux-mêmes. Cependant, jusqu'à l'époque de Daguesseau, l'opinion reçue repoussait toute incapacité quant à l'aïeul. Mais la jurisprudence changea ensuite dans une cause célèbre de 1731, l'affaire Saubrecourt, longuement rapportée par Guyot. Le Parlement de Paris annula la disposition universelle faite par une aïeule au profit du bâtard de son enfant.

pouvait avoir que des effets canoniques, en vue d'admettre le bâtard aux ordres et aux bénéfices dont il était exclu en principe. Mais cette légitimation canonique ne devait plus produire aucun effet civil.

2° L'autre, par *Lettres du Prince* émanait du pouvoir temporel ; ces lettres pouvaient être demandées soit par le bâtard seul, soit par ses père ou mère. Cette légitimation d'ailleurs était loin de produire des effets aussi larges que le mariage subséquent. Dans l'opinion qui prévalut au xvii<sup>e</sup> siècle, elle n'était pas considérée en principe comme faisant rentrer complètement l'enfant bâtard dans la famille. Son effet principal était au point de vue social d'effacer la tache de naissance et de rendre le bâtard capable d'aspirer aux dignités et aux offices temporels. C'est ce qu'on exprimait en disant que les lettres valaient en principe *quantum ad honores, sed non quantum ad successiones*. Aussi cette légitimation pouvait-elle avoir lieu même en dehors d'une demande des père et mère, comme sollicitée du roi par le bâtard seul. Pour qu'une pareille légitimation put conférer quelque droit héréditaire, il fallait le consentement de tous les parents intéressés, tout au moins celui du père ou de la mère, qui voulait assurer au bâtard sa succession. Encore discutait-on s'il ne fallait pas le consentement des héritiers présomptifs auxquels la légitimation ainsi étendue pouvait nuire (1).

*Bâtards adultérins et incestueux.* — En principe, la situation de tous les bâtards était la même. Aussi, n'y avait-il qu'un seul terme généralement employé pour les désigner tous. Cette désignation commune se concevait d'autant mieux que tout bâtard étant exclu de la famille, ne pouvait prétendre à parenté civile ni à succession et n'avait droit qu'à des aliments. Les adultérins et incestueux avaient tout aussi bien le droit de rechercher leurs père et mère pour obtenir des aliments.

(1) Loisel, *Inst. cout.*, I, 1 45, et la note d'E. de Laurière ; Daguesseau, *Dissertation citée*, p. 438 et s.

Il existait cependant entre les deux catégories de bâtards des différences encore sensibles qui faisaient distinguer à plusieurs égards le bâtard simple, dit *ex soluto et soluta*.

1° L'incapacité pour les père et mère de faire des donations à leurs bâtards s'appliquait plus strictement aux adultérins, qui ne pouvaient recevoir que des aliments proprement dits.

2° Il ne pouvait jamais être question pour eux d'entrer dans la famille par légitimation complète. La légitimation par mariage subséquent n'était nulle part admise pour les bâtards adultérins et incestueux ; et la légitimation par lettres, même avec le consentement de leurs père et mère ou autres parents, n'entraînait jamais droit de succession. Ici s'appliquait rigoureusement la limitation *quantum ad honores, non quantum ad successiones*.

Notons encore que les enfants des prêtres étaient considérés comme incestueux (1).

II. — *Preuves de la filiation des bâtards.* — Ce résumé de la condition si dure faite aux bâtards dans l'ancien droit ne résout que l'une des deux grandes questions, la principale, que nous devons nous poser, celle de leur condition. Mais, pour ce peu de droits, ces aliments surtout, qui leur étaient reconnus du vivant des père et mère ou dans leurs successions, quels moyens avaient-ils de désigner ou de rechercher leurs auteurs, s'ils n'allaient pas d'eux-mêmes au-devant de leur devoir ?

Le principe dont on s'inspirait (et ici, principe de pur droit naturel), c'est que tout enfant, fut-il né hors du mariage, avait le droit d'établir sa filiation par tous moyens. Il n'y avait aucune rigueur particulière, même par crainte de chantage ou de scandale, dans les voies offertes au bâtard pour se voir assuré de sa créance légitime d'aliments.

Aucune restriction d'abord vis-à-vis de la mère. C'était

(1) Il en est souvent question dans Bacquet et les arrêts cités par lui.

le pur droit commun, appliqué par la jurisprudence à lui comme aux autres enfants. Donc : 1° l'acte de baptême dressé sur la déclaration de personnes dignes de foi ; 2° la reconnaissance volontaire résultant d'écrits même privés ; 3° la possession d'état faisaient preuve contre la mère.

Il n'y avait pas non plus de restrictions vis-à-vis du père. Ici, sans doute, ne pouvait se rencontrer, comme dans le mariage, une présomption légale de paternité. Et dès lors, le moyen le plus naturel de preuve, était la reconnaissance volontaire de cette paternité, faite par l'auteur de la grossesse. Mais cette reconnaissance était admise comme pouvant résulter d'écrits privés, aussi bien qu'authentiques, et même de la simple possession d'état.

A défaut d'aveu quelconque de sa part, on admettait aussi bien la recherche de paternité et même dans des conditions de facilité surprenantes. Comme on le pense bien d'ailleurs, cette recherche de paternité n'était pas, en général, intentée par l'enfant lui-même, qui n'aurait pu en avoir de sitôt l'idée, ni le moyen. Elle était poursuivie par la mère, désireuse avant tout d'être aidée ou soulagée dans le fardeau des charges de l'enfance, bien souvent désireuse aussi d'obtenir des dommages-intérêts contre un séducteur ou un parjure, ou parfois poussée par la passion de se venger de quelque déception d'un rêve ambitieux.

Eh bien ! l'ancienne jurisprudence était facile pour ces actions en recherche. Mais encore ne faudrait-il pas en faire une légende exagérée et redire, comme on l'a fait trop longtemps, que la paternité se trouvait établie contre un homme par la seule attestation de la mère, faite avec ou sans serment, suivant la prétendue maxime : « *creditur virgini dicenti vel juranti se ab aliquo agnitam et ab eo praegnantem esse* ». C'eut été une dérogation monstrueuse à toute règle de droit et de bon sens, si on l'avait entendue comme moyen de preuve complète et

définitive. La vérité, aujourd'hui bien fixée, peut être sur ce point résumée dans les trois propositions suivantes (1) :

1° La maxime *creditur virgini*, ne pouvait avoir d'application qu'au début du procès et au provisoire, pour avoir tout de suite du défendeur, actionné comme prétendu auteur de la grossesse, une contribution aux frais de gésine qui ne peuvent attendre, c'est-à-dire aux frais de couche et de nourriture de l'enfant pendant le procès ; mais, sauf obligation de les rendre avec dommages-intérêts si la demande n'était pas reconnue fondée. Sans doute, il devait arriver souvent qu'il ne fut pas aisé d'en obtenir restitution au cas de demande non fondée. Mais ne fallait-il pas assurer coûte que coûte la vie de l'enfant ?

Quant au fond ; 2° la paternité ne pouvait être définitivement établie que si la mère avait pu fournir, par tous moyens d'ailleurs, la preuve d'un commerce réel avec le défendeur. C'était la preuve dite de *fréquentation*.

3° Cette fréquentation ainsi prouvée, le défendeur pouvait encore éviter d'être condamné et déclaré père s'il prouvait à son tour que la femme en cette même période avait eu d'autres relations. C'était l'*exception d'inconduite* (2).

Voilà certes un système bien large et favorable à des recherches menteuses ou éhontées, commencées en vue de scandale ou de chantage. Mais ce qui expliquait en partie cette large admission des recherches, c'est qu'il ne s'agissait de créer ni parenté légale, ni droit de succession, mais seulement d'avoir des aliments pour l'enfant, avec dommages-intérêts s'il y avait lieu, pour la mère.

Nous avons d'ailleurs la formule ordinaire de ces sentences qui nous est rapportée par les auteurs. Le père était « condamné à se charger de l'enfant, le faire élever

(1) V. sur tous ces points ; Fournel, *Traité de la séduction*, 1781.

(2) V. Denisart, *v° Grossesse*.

dans la religion catholique, à lui fournir les aliments nécessaires, à en rapporter le certificat tous les trois mois au procureur du roi et à lui faire apprendre un métier lorsqu'il sera en état de gagner sa vie <sup>(1)</sup>.

Tel était l'ancien droit des derniers et surtout du dernier siècle. Mais avait-il conscience lui-même, ce XVIII<sup>e</sup> siècle, si libre d'esprit, des vices et des duretés d'un pareil système? S'élevait-il des réclamations ou quelque mouvement d'opinion, à la veille de 1789? Oui, peut-être, mais surtout au sujet des recherches de paternité trop facilement engagées par quelques filles effrontées dans un but de scandale. Il y eut à ce sujet un discours ou mémoire d'un avocat général Servan, qui fit alors quelque bruit et qu'on a souvent cité depuis, contre l'abus des recherches. Mais, quant à la condition même du bâtard, dans la société et dans la famille, on ne trouverait à peu près rien. Rien d'abord du côté des magistrats et des jurisconsultes, pour revenir sur les conclusions étroites de Daguesseau. Rien même du côté des publicistes et philosophes. Montesquieu n'a qu'un mot sur les bâtards, presque cruel dans sa brièveté tranchante : « *Il a fallu flétrir le concubinage, donc aussi les enfants qui en sont nés* ». Opprobre, flétrissure, c'était bien en effet l'esprit de l'ancien système et son trait le plus frappant d'injustice, puisqu'il retombait surtout et directement sur les enfants eux-mêmes.

Je crois qu'on chercherait vainement ailleurs. Dans cette fameuse Encyclopédie du XVIII<sup>e</sup> siècle, qui s'attaqua à tant de choses, aucune critique contre les effets de bâtardise. Jean-Jacques Rousseau, si fervent apôtre des droits de la nature, n'a pas eu l'idée de les réclamer pour l'enfant né hors du mariage. Diderot a bien écrit une pièce sous ce titre : Le Fils Naturel. Mais le titre n'est qu'accidentel, et l'on n'y voit rien de la question engagée, comme dans les pièces d'Alexandre Dumas. Le Figaro de Beaumarchais

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 394.

est bien, lui, un enfant illégitime. Or, dans le célèbre monologue où il se plaint amèrement de tant de choses par lui subies ou observées, aucune récrimination spéciale à l'endroit de sa bâtardise.

En 1786 pourtant, l'Académie d'Arras avait mis ce sujet à l'étude, et l'historien si enthousiaste de Robespierre nous raconte qu'il avait pris part au concours, et rapporte même quelques passages de son mémoire, témoignant de ce qu'on appelait alors « une âme sensible ». Il ne nous dit pas s'il avait remporté le prix.

III. — *Le Droit Intermédiaire.* — Après ce que je viens de dire du XVIII<sup>e</sup> siècle, on ne sera pas surpris qu'il n'ait été formulé aucun vœu général dans les cahiers de bailliages de 1789, pour réclamer un changement du droit des bâtards, et que la Constituante ne s'en soit pas spécialement occupée au milieu de tant d'autres réformes.

La Déclaration des Droits de l'Homme suffisait d'ailleurs à faire tomber en droit public toute idée d'infériorité sociale contre les bâtards, ainsi que toute inégalité dans l'admission aux fonctions publiques. C'était la plus grande injustice de l'ancien droit de bâtardise supprimée. Mais rien encore ne fut fait quant aux droits de famille, quoique la question commençât d'être posée. On voit en effet un rédacteur du *Moniteur*, la gazette nationale d'alors, réclamant par deux fois l'examen de son petit projet de loi en faveur du droit des bâtards dans la famille. La Constituante ne s'en émut pas.

Sous la Législative, les pétitions à la barre tournaient en habitude, parfois en comédie, pour en venir bientôt au tragique. On voit au *Moniteur* du 26 mars 1792 une demoiselle Grandval, quelque actrice peut-être, se présentant avec une pétition sentimentale et déclamatoire pour réclamer en faveur des bâtards « les droits de la Nature ». La dame fut applaudie, et, suivant l'usage, invitée par Gensonné, président, aux honneurs de la séance. Mais

la Législative ne fit rien de plus sur ce sujet, en dehors de sa législation sur le mariage et le divorce.

La Convention dès ses premières journées, nous disent des documents officiels, fut vivement sollicitée d'améliorer le sort des enfants nés hors mariage. « Les pétitions, y fut-il dit, s'accumulent sur cette importante matière ». Voilà pourquoi la Convention, en même temps qu'elle allait préparer un Code civil, se préoccupa par avance, et spécialement, de demander « un projet de loi sur les enfants appelés naturels » (7-11 mars 1793). Le mot bâtard avait déjà heureusement disparu.

Bientôt après, à la suite d'un premier rapport encore un peu hésitant, la Convention décréta comme principe, le 4 juin 1793, que les enfants nés hors mariage succéderaient à leurs père et mère « dans la forme qui sera déterminée ». Le principe posé d'un droit de succession, sa détermination devait résulter du Code civil promis alors aux Français à très bref délai et dont Cambacérès devait bientôt lire le premier projet à la séance du 8 août 1793, projet où était inscrite l'assimilation complète des enfants naturels aux légitimes. Mais ce Code tardait et il y avait les impatients de toute lenteur, les ardents ou les intrigants qui demandaient qu'on reportât rétroactivement au 14 juillet 1789 tout le nouveau système des successions et aussi le droit nouveau des enfants naturels « victimes infortunées d'un préjugé atroce ». On peut voir, notamment, à la date du 26 septembre 1793, Chabot (l'ex-capucin, l'un des amis les plus compromettants de Danton) réclamant cette loi rétroactive dans un discours singulièrement emphatique et en s'appuyant sur ce que : a) Depuis 1789, les hommes ont été reconnus égaux en droit ; donc aussi les enfants nés hors mariage, égaux aux légitimes ; b) Il n'est d'autre mariage que celui de la nature ; c) Et aussi que la Révolution avait intérêt à trouver de chauds partisans dans les enfants naturels.

Telle fut l'origine de la loi, célèbre alors, du 12 bru-

maire an II, loi toute spéciale aux enfants naturels, faite pour leur ouvrir rétroactivement les successions de leurs père et mère à dater de 1789 et avec droits égaux à ceux des enfants légitimes. Elle ne leur conférerait pourtant que la succession des père et mère et non d'autres parents, et sauf des tempéraments pratiques pour éviter, au moyen d'arrangements transactionnels, d'ébranler les partages déjà faits (1).

Mais cette loi du 12 brumaire, à la différence de ce que devait faire ensuite celle de nivôse an II, ne réglait vraiment que la rétroactivité des successions ouvertes depuis 1789. Pour le temps à venir, son article 10 renvoyait au Code civil, à ce Code qu'on croyait tout prochain. C'était par lui que devait être réglé le sort des successions ultérieures, comme toute la condition juridique des enfants naturels.

Or, le Code civil ne devait aboutir qu'en 1804. Il s'en suivit que la jurisprudence, après quelques hésitations, se crut obligée de tenir en suspens les droits successoraux des enfants naturels dans toute succession s'ouvrant à partir de brumaire an II. On eut donc ce spectacle singulier d'une réforme législative, avec un droit si nouveau, s'appliquant pour les années antérieures, et impuissante à s'appliquer au temps à venir, le seul que le législateur aurait dû s'occuper de régler. Si bien qu'en fait cette loi resta toujours étrangère aux successions postérieures à sa date de brumaire an II. Car, au moment même où fut enfin établi le Code civil sur ces matières, une loi du 14 floréal an XI vint déclarer que c'est lui, le nouveau Code civil, avec ses droits de succession réduits pour les enfants naturels, qui serait applicable aux successions ouvertes et

(1) Pour les enfants adultérins et incestueux, le droit successoral était restreint à un tiers, à titre d'aliments. Et encore, sur ce dernier point, Cambacérès avait déclaré dans son rapport qu'il ne voyait pas de raisons de faire des distinctions entre les enfants naturels simples ou adultérins. Amour de logique ou crainte de modérantisme.

tenues en suspens depuis brumaire an II. C'est bien aussi ce qui eut lieu (1).

Laissons ces incidents législatifs, qui ont bien leur enseignement, pour nous attacher à ce qui nous importe le plus, c'est-à-dire à tout ce mouvement d'idées qui a conduit le Code civil à changer si profondément l'ancien droit des enfants naturels, au double point de vue de leur condition et de leurs moyens de preuve. C'est surtout dans les projets de codes de cette époque, c'est-à-dire aux trois projets Cambacérès, parcourus dans leur texte et leurs exposés des motifs, que nous pouvons le suivre jusqu'aux tempéraments apportés lors du Consulat. Ces trois projets annonçaient l'intention de se fonder sur la raison absolue, ne craignant ni l'entière franchise, ni la logique à outrance. Or, que proposaient-ils d'établir ?

1° Quant à la condition de l'enfant naturel dans la famille, le principe qu'ils admettaient, c'était l'assimilation complète entre l'enfant naturel et l'enfant du mariage : assimilation complète au point de vue de la famille entière, puis l'article 42 portait que les enfants devaient avoir mêmes droits, non seulement vis-à-vis de leurs père et mère, mais de tous leurs parents. Aussi n'était-il plus besoin de légitimation par mariage subséquent, qui n'apparaît en rien dans ces projets de Code. Or, ces idées, la Convention les avait déjà adoptées le 24 août 1793, un peu avant sa loi du 12 brumaire an II, qui n'avait fait quelques restrictions qu'au point de vue rétroactif.

Cette assimilation fut maintenue comme principe dans les trois projets Cambacérès. Et c'est à peine si l'on put voir, au troisième rapport, quelque soin de répondre au reproche qu'une telle législation et l'esprit dont elle procédait, ébranleraient fatalement le mariage. C'était pour-

(1) On voit quelle confusion législative et quels embarras dans ces intervalles; et nous passons quantité de décrets transitoires et d'arrêtés qui s'y réfèrent, en signalant seulement l'arrêté du 12 ventôse an V, qui rappelle tout cet historique.

tant pousser l'application des droits de la Nature jusqu'à risquer de détruire le mariage lui-même, en tournant à l'union libre.

On sait d'ailleurs ce que devint le relâchement des mœurs sous le Directoire.

C'est à partir du Consulat, et dès le projet Jacqueminot, qu'un revirement s'est produit pour restreindre fortement les droits nouveaux des enfants naturels. On agita même la question de savoir si la fraction réduite accordée à l'enfant naturel simple, et vis-à-vis seulement de ses père et mère, lui serait attribuée comme créance ou vrai droit de succession.

C'est alors aussi qu'on rétablit la légitimation par mariage subséquent, en séparant nettement la situation des enfants naturels et adultérins.

On sait ce qu'a décidé le Code civil et ce que la loi du 25 mars 1896 y a ajouté, en augmentant le droit des enfants naturels et en leur conférant également le titre d'héritier.

Quant aux modes de preuve de la filiation, ce droit de la Révolution, oubliant un peu ses théories humanitaires, si larges en matière de succession, devait au contraire mesurer la preuve avec la plus grande rigueur et en formulant, très franchement d'ailleurs, une pensée injuste contre l'enfant.

Non pas vis-à-vis de la mère pourtant. Les trois projets admettaient la recherche de la maternité naturelle, sans même en formuler avec précision les conditions ou les restrictions. On ne voit dans aucun projet les exigences de notre article 341 sur le commencement de preuve (1). Mais quant à la paternité, il n'était plus admis qu'un seul mode

(1) Voici d'ailleurs le texte de l'article 14 du titre IV du premier projet, qui énonce bien, en termes du temps, toute la pensée première : « *S'il arrivait que la mère voulut se soustraire à l'accomplissement de ses devoirs, elle y serait contrainte : la loi appelle sur elle la vigilance des officiers publics* » (Fenet, I, p. 24). Voilà une belle sanction, quoiqu'un peu emphatique, du devoir maternel !



de preuve, la reconnaissance purement volontaire et dans la forme authentique (art. 8). Notre Code est bien venu de là. Et encore était ajoutée une condition, c'est que la reconnaissance du père fut expressément confirmée par la mère (premier projet) ou du moins non désavouée par elle (troisième projet). Son seul désaveu devait la faire tomber (1).

Mais, à défaut de reconnaissance volontaire, et quant à une recherche de paternité, même dirigée par la mère, la réponse est catégorique et nous livre bien plus son secret que ne le fait l'ancien article 340 du Code civil. L'article 12 du premier projet disait en effet « *la loi n'admet pas la vérification de la paternité non avouée, parce que c'est un fait sur lequel la nature jette un voile impénétrable* ». Ainsi, rien que la paternité avouée. Et tels resteront les trois projets, sans aucune restriction. Or, sur quel fondement faire reposer un principe si nouveau et si dur qui faisait bon marché de ce que le père doit à son enfant? Sans doute il est bien dit dans les rapports que les motifs de cette règle nouvelle étaient surtout dans l'incertitude de la preuve et la crainte des scandales d'autrefois, raison d'intérêt social qui garde quelque justesse pour faire régler strictement la recherche de paternité naturelle. Mais, avec la logique absolue de l'époque, on allait jusqu'à poser comme un droit pour l'homme d'être, en toutes circonstances, le maître ou juge absolu de son devoir de reconnaître l'enfant. Si bien qu'il était dit au rapport cette phrase qui énonce bien toute la pensée : « *Nous refusons toute action qui aurait pour objet de forcer un individu à reconnaître un enfant qu'il ne croit pas lui appartenir* ». Qu'il ne croit pas, traduisez au besoin aussi, qu'il ne veut pas croire être le sien, même contre l'évidence. Aussi, la conséquence était bien claire. Aucun tempérament ne se rencontrait aux projets d'alors, pas même celui de l'ancien

(1) Cette idée se conçoit quoique excessive en elle-même.

article 340 pour le cas d'enlèvement de la mère. Ce tempérament, le Code civil a pu l'admettre en partant de l'idée que la recherche ne doit être écartée en général qu'en raison des difficultés de la preuve. Car, au cas d'enlèvement, la preuve devient beaucoup moins incertaine et après tout « le voile de la nature » n'est pas toujours si impénétrable. Aussi a-t-on pu trouver même que le Code n'a pas été assez large dans cet ordre d'idées et la jurisprudence l'a bien montré, en venant jusqu'à donner des dommages-intérêts à la fille séduite et rendue mère. Mais tout ceci, les conventionnels ne pouvaient le concéder du moment qu'ils s'en remettaient à la conscience et au gré du père de reconnaître ou non son enfant. C'est en cela que leur système soi-disant si humanitaire et fondé sur la nature était resté foncièrement injuste, et ce ne sont pas les singulières réponses données par Cambacérès dans son rapport sur le troisième projet qui peuvent l'absoudre de ce reproche déjà fait alors contre ce droit nouveau de la Convention (1).

Je n'ajouterai qu'un dernier mot sur ce sujet.

On s'est vanté bien des fois, depuis la Révolution, d'avoir corrigé de grandes injustices de l'ancien Droit au sujet des

(1) Un mot doit être dit au sujet de la possession d'état pour mettre en garde contre une erreur qui a été parfois commise à cette époque sur les mœurs d'alors. On a prétendu, d'après l'article 8 de la loi du 12 brumaire an II, que la Convention voulait admettre comme preuve de filiation vis-à-vis du père la possession d'état aussi bien que la reconnaissance. Le raisonnement ne serait pas juste. La possession d'état n'était là indiquée que comme moyen transitoire et à raison de la rétroactivité de la loi de brumaire an II. En rappelant les enfants aux successions ouvertes depuis 1789, il fallut bien exiger d'eux une preuve de filiation. On ne pouvait demander la reconnaissance authentique qu'on allait organiser comme preuve unique. On ne voulait plus, d'autre part, de la recherche par tout moyen usitée dans l'ancien droit en vue des seuls aliments. Et voilà pourquoi on vint à reconnaître l'existence de la possession d'état comme preuve transitoire. C'est d'ailleurs ce qui résulte bien du texte ainsi observé.

enfants naturels, et, certes, cela est vrai, surtout en ce que nos lois et nos mœurs ont à peu près supprimé l'opprobre de bâtardise. Mais, pour le surplus, il importe de peser toutes choses.

Sans doute, nous avons donné aux enfants naturels des droits de succession et même de réserve que la loi de 1896 a encore renforcés. Nous les admettons ainsi à participer légalement à la fortune de leurs père et mère comme héritiers, sans d'ailleurs les faire entrer vraiment dans la famille. Mais tout cela est-il applicable en fait au plus grand nombre des enfants naturels? Non! Car s'ils peuvent arriver en droit à connaître leurs mères, quels peuvent être leurs droits de succession vis-à-vis d'elles, qui restaient le plus souvent de pauvres filles?

Mais quant au père puisque, d'après le système du Code, il restait libre de reconnaître son enfant, a-t-il été si fréquent de voir reconnaître des enfants naturels par ceux qui ont quelque succession à leur laisser? il faut donc mettre en balance que la mère et l'enfant restaient trop souvent empêchés par le Code de réclamer même des aliments contre le père, fut-il un séducteur; et son système, rapproché de celui de l'ancien Droit, risquait peut-être de pousser davantage aux avortements et aux infanticides, comme aux abandons (1).

(1) [On sait que le système du Code a été profondément modifié par la loi du 16 novembre 1912 dont M. Lefebvre a approuvé le principe, sans l'étudier en détail dans *La famille en France dans le droit et dans les mœurs*, 1920, p. 215].