

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

LA

CÉLÉBRATION DU MARIAGE A ROME

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE

SUR LA

CÉLÉBRATION DU MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mardi 22 avril 1890, à 3 heures 1/2

PAR

CHARLES PILLONS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. J. CABOUAT, professeur.

Suffragants { MM. JOUEN } Professeur
 { LAISNÉ-DESHAYES }
 { AMBROISE COLIN } Agrégé



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFLOT ET RUE TOULLIER, 13.

1890

1320/414

F-4048

DAR

z pozůstalosti p. prof. Dra
JOSEFA VACKA.

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A LA MÉMOIRE DE MES GRANDS PARENTS

A MON PÈRE ET A MA BELLE-MÈRE

A MA GRAND'MÈRE

A TOUS MES PARENTS

A MES AMIS

DROIT ROMAIN

DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

Comme les peuples, les institutions ont leur histoire. Créées pour la société, elles apparaissent avec elle, reflètent dans leurs transformations les différentes phases de l'histoire sociale et quand la nation meurt, disparaissent en même temps qu'elle.

Les changements qui surviennent dans la constitution des sociétés ne sont pas l'effet du hasard. Il existe une étroite relation entre l'état moral d'un peuple et les lois qui le régissent. Les institutions et les lois sont des faits; il faut, pour en apprécier la portée, rechercher le principe supérieur qui en est la cause, examiner les éléments sociaux qu'elles reflètent. Étudiant en particulier une des institutions de la société romaine, il nous faudra commencer par décrire le milieu social pour lequel elle a été établie.

Ce n'est qu'après cette étude préliminaire qu'il sera possible d'en donner la raison d'être et d'en faire une analyse consciencieuse.

« Si nous nous transportons par la pensée, dit M. Fustel de Coulanges (1), au milieu de ces anciennes générations d'hommes, nous trouvons dans chaque maison un autel et autour de cet autel la famille assemblée. Elle se réunit chaque matin pour adresser au foyer ses premières prières, chaque soir pour l'invoquer une dernière fois. Dans le courant du jour elle se réunit encore auprès de lui pour le repas qu'elle se partage pieusement après la prière et la libation. Dans tous ces actes religieux elle chante en commun des hymnes que ses pères lui ont légués. »

C'est qu'en effet, si nous nous reportons aux premiers âges de Rome, nous y voyons la religion dominant toutes les institutions. L'homme, la famille, la cité existent à cause d'elle et pour elle. Elle est la cause et la fin des choses. Les lois du pouvoir civil ne sont autre chose que ses préceptes, ou plutôt, il n'existe pas de lois civiles, il n'y a qu'un pouvoir religieux, il n'y a que des prescriptions religieuses. A l'origine de la société romaine comme au début de presque toutes les autres sociétés nous trouvons confondues l'idée du sacerdoce et l'idée du pouvoir civil (2).

(1) Fustel de Coulanges. — *Cité antique*. — Page 39.

(2) Giraud. — *Éléments du Droit Romain*. — Page 17.

L'autorité a besoin de force pour diriger l'enfance des peuples. Il lui faut un principe fortement établi pour dominer les hommes, pour policer les éléments grossiers d'une société naissante et les accorder les uns avec les autres de manière à ce qu'ils arrivent à former un seul tout. C'est là un travail considérable, une idée morale seule semble jusqu'ici avoir eu assez de puissance pour l'opérer.

Voyons l'habitation d'un romain des premiers âges. Avant d'entrer dans la maison, on aperçoit un tombeau. Là reposent les ancêtres de la famille. Tout pour eux n'est point fini, et à leur existence sur la terre succède une autre vie. Leur âme continue d'exister et cela probablement dans le tombeau à côté du corps qu'elle anima autrefois. Mais pour que l'âme jouisse de sa demeure souterraine, il faut d'abord que le corps ait été enseveli selon tous les rites de la religion. Il faut en second lieu que les hommes veillent à ses besoins. C'est à eux qu'il appartient de brûler sur l'autel du tombeau les chairs qui doivent apaiser la faim du mort, et aussi de faire les libations pour étancher sa soif. Sépulture du corps et culte des morts, telles sont les deux conditions auxquelles est subordonné le bonheur de l'ancêtre.

La seconde vie pour les anciens n'a pas pour but de sanctionner la première, le bonheur du mort ne se mesure pas aux vertus qu'il a pratiquées sur terre, son malheur aux fautes qu'il a pu commettre : tous les morts sont égaux et leur félicité dépend uniquement du culte que les hommes leur rendent. Aussi la

grande terreur des anciens est-elle d'être privés de sépulture et de ne pas recevoir dans leur tombeau le culte d'un descendant. Leur âme alors, privée de ce qui la divinise, erre malheureuse sur la terre; elle trouble de ses gémissements le repos des vivants et appelle sur eux les malheurs les plus redoutables. Les sacrifices seuls ont la vertu d'apaiser sa colère en lui permettant de rentrer dans le tombeau.

Non loin du tombeau se trouve la demeure des vivants. Au milieu de cette maison, voilé à tout regard étranger, se dresse l'autel du foyer sur lequel brûle le feu sacré. Ce feu brille jour et nuit et malheur à la maison où il viendrait à s'éteindre. La religion commande à l'homme de veiller scrupuleusement à son entretien, elle désigne les aliments à lui donner et repousse loin de lui tout élément impur. Ce feu a quelque chose de divin, c'est la providence de l'homme, sa flamme écoute les prières qu'on lui adresse, elle veille sur les vivants, leurs actes ne lui échappent pas, elle est la conscience de l'homme. Le plus grand respect lui est témoigné et nul acte impur ne s'accomplit en sa présence.

Quand au rapport qui existe entre le culte du foyer et celui des morts, en pense, mais ce n'est là qu'une conjecture, que la pierre du foyer devait à l'origine recouvrir le tombeau. Les charbons ardents qui reposent sur cette pierre figurent l'âme des morts toujours animée, toujours veillant sur la famille qui fut la leur.

Que pouvait être une religion fondée sur de telles

croyanances ? M. Fustel de Coulanges dans son étude sur la cité antique (1) nous l'explique. De même que chaque famille a son foyer et ses morts particuliers, de même aussi elle a ses dieux propres. La divinité de l'une n'est pas la divinité de l'autre, la religion est domestique, le culte des morts ne peut être pratiqué que par leurs descendants, la présence d'un étranger suffit à le souiller. « Le mot par lequel les « anciens désignaient le culte des morts est signifi-
« catif. Les Latins disaient : *parentare*. C'est que la
« prière et l'offrande n'étaient adressées par chacun
« qu'à ses pères.

La religion nous apparaît donc à cette époque, comme une institution individuelle à chaque famille. Il y a autant de Dieux qu'il y a de foyers, autant de rites qu'il y a de Dieux. Fondé sur la mémoire des ancêtres, le culte par là même est nécessairement fermé à tout individu étranger à la famille, la religion est une institution étroite, non ouverte à tous, refusant de s'étendre et de faire des prosélytes.

Si la religion est renfermée dans d'étroites limites, elle n'en est que plus vivace et plus rigoureusement pratiquée. Le culte ne pouvant être rendu aux morts que par leurs descendants et leur bonheur sous la terre étant intimement lié à la religion des vivants, il en résulte que l'interruption de ce culte est le plus grand malheur qui puisse fondre sur une famille. Le

(1) Fustel de Coulanges, — *Op. cit.* p. 32 et sv.

vivant ne peut pas se passer du mort ni le mort du vivant.

A l'homme il appartient de procurer les félicités de la seconde vie à ces ancêtres, à ceux-ci de remercier les vivants en veillant sur eux, en se constituant les divinités protectrices de la famille qui les honore. « Aussi, le culte des morts, dit M. Tylor, « constitue-t-il une des grandes divisions des religions de l'humanité; les principes, sur lesquels repose ce culte, ne sont pas difficiles à définir, car ils ne peuvent que continuer les relations sociales qui existaient dans le monde des vivants. Le parent trépassé, transformé en divinité, continue de protéger sa propre famille et celle-ci l'honore et le révère comme elle le faisait anciennement. Le chef trépassé veille encore au bien-être de sa tribu, il exerce encore son autorité, il aide ses amis, harasse ses ennemis, récompense le bien et punit le mal » (1). Ainsi établi, le culte ne peut durer que par la génération. Le fils est engendré pour perpétuer le culte de la famille, le père en lui donnant la vie lui donne ses croyances et plus tard l'initie aux rites de la religion. La base fondamentale de la famille, ce n'est pas l'idée de génération, ce n'est pas non plus le lien du sang ou l'affection naturelle; sa raison d'être et sa fin sont dans la religion, dans le culte des ancêtres.

(1) M. Tylor cité par M. Sumner Maine. — *Etude sur l'ancien droit et la coutume primitive*. — Traduction française, page 79.

Si tel en était le principe, qu'était-ce donc que la famille? L'autorité y appartient au père, mais ce n'est pas comme auteur de la famille, c'est comme grand-prêtre du culte; l'idée du sacerdoce efface celle de la génération. Et remarquons-le, c'est toujours au mâle qu'appartient l'autorité et non à la femme; le père seul est prêtre, la mère ne peut être qu'associée au culte. C'est que « la croyance des âges primitifs telle qu'on la trouve dans les Védas et qu'on en voit les vestiges dans tout le droit grec et Romain, fut que le pouvoir reproducteur résidait exclusivement dans le père. Le père seul possédait le principe mystérieux et transmettait l'étincelle de vie » (1).

La famille ayant pour but de créer un homme, un prêtre qui perpétuât le culte des ancêtres, il devient facile d'expliquer la raison d'être des lois et des institutions qui régissent la Rome antique (2).

(1) Fustel de Coulange. — Op. cit. p. 38.

(2) Les documents nécessaires à l'étude de la Rome primitive font défaut et sur beaucoup de points, particulièrement sur l'organisation de la famille antique et de la société aristocratique et religieuse des patriciens nous sommes réduits à des conjectures. Est-ce à dire que nous ne pouvons arriver à la vérité? Je ne le pense pas. De quelques faits certains que nous connaissons, il me semble possible de déduire ceux que nous ignorons. Les plus profondes transformations sociales ne sont point l'œuvre d'un jour, les mœurs changent insensiblement mais profondément; aucun acte du pouvoir ne vient marquer la date de ces modifications, et pourtant elles n'en existent pas moins. Que dans mille ans un historien veuille écrire l'histoire de la féodalité, les documents sur son organisation lui feront peut-être défaut et pourtant, si, étudiant à fond l'histoire des temps où nous vivons, il constate dans notre société la présence d'une caste noble, dépourvue il est vrai de privilèges mais conservant encore un reste de supériorité sur les autres

Le célibat n'y est point en faveur; c'est une impiété pour le dernier rejeton d'une famille de ne pas veiller à ce qu'après lui il y ait un fils pour continuer les sacrifices.

A ceux qui n'ont pu goûter les douceurs de la paternité, la loi permet l'adoption. Elle autorise le *pater familias* à initier à son culte un étranger que désormais il considérera comme son fils, en attendant qu'il lui succède.

Comme l'autorité du *paterfamilias*, la parenté est basée sur le culte. — Ceux-là sont parents qui ont les mêmes pratiques religieuses, les mêmes Dieux et les mêmes sacrifices. La génération n'est ici comptée pour rien, on ne peut être parent par les femmes; bien plus, la parenté par les mâles n'est même pas une règle générale; il suffit que l'émancipation ait frappé quelqu'un d'entre eux pour que tout lien soit rompu entre ce *capite minutus* et ceux qui l'ont engendré. La propriété découle de la stabilité du foyer

classes de la société; ne pourra-t-il pas conclure de là que la noblesse actuellement déchu eut autrefois un rôle prépondérant dans la nation? Puis ayant constaté l'existence de cette institution ne pourra-t-il point s'élever plus haut et se rendre compte et de ses raisons d'être et de l'organisation qu'elle devait avoir pour réaliser son but? Je le pense et c'est pour cela que l'organisation primitive de la famille patricienne ne me semble pas impossible à connaître. Voici par exemple le droit d'aînesse. Aucun texte n'atteste son existence et pourtant, connaissant l'organisation religieuse de la famille, sachant que le chef en est le grand prêtre, que ce chef est unique, que les biens doivent servir à l'entretien du culte et doivent par conséquent se trouver entre les mains de celui à qui ce culte est confié, ne pouvons-nous pas avancer sans témérité que le droit d'aînesse existait à Rome, au moins dans les premiers âges?

et du tombeau. Elle est individuelle à chaque famille; car, de même que les ancêtres ont droit au culte exclusif de leurs descendants, de même que ce culte est absolument séparé de celui de la famille voisine, de même aussi les lieux sur lesquels les sacrifices s'accomplissent doivent être particuliers à chaque famille. Toute maison est isolée, la mitoyenneté est une chose inconnue, le phalanstère est une institution incompatible avec les mœurs.

La famille est donc propriétaire. Mais qui est propriétaire dans la famille? « La religion, dit Cicéron, « prescrit que les biens et le culte soient inséparables et que le soin des sacrifices soit toujours dévolu « à celui à qui revient l'héritage » (1). La propriété sera donc héréditaire de mâle en mâle, la fille en sera exclue au profit du fils. Parmi les fils ce sera l'aîné qui héritera, du moins à l'origine. Le testament est impossible, le fils est *heres necessarius*, on ne peut pas plus l'exhérer qu'il ne peut se soustraire à l'acceptation d'une succession. D'ailleurs « il ne faut « pas se figurer une fortune qui passe d'une main « dans une autre main. La fortune est immobile « comme le foyer et le tombeau auxquels elle est « attachée. C'est l'homme qui passe. C'est l'homme « qui, à mesure que la famille déroule ses généra- « tions, arrive à une heure marquée pour continuer « le culte et prendre soin du domaine. » (2).

(1) Cicéron — *De Legibus* II 19-20.

(2) Fustel de Coulanges — *op. cit.* p. 78.

Dans chaque famille le fils restera soumis au père quel que soit son âge, quelles que soient ses dignités. Le père est grand prêtre de la religion, or la religion est éternelle, il n'est point d'âge auquel on puisse se soustraire à ses prescriptions.

Entre chaque foyer il n'y a point de relations.

« La religion ne dit pas à l'homme en lui montrant un autre homme: voilà ton frère. Elle lui disait: voilà un étranger, il ne peut pas participer aux actes religieux de ton foyer.... il a d'autres dieux que toi..... tes dieux repoussent son adoration et le regardent comme leur ennemi; il est ton ennemi aussi. » (1).

(1) Fustel de Coulanges — *op. cit.* p. 404.

CHAPITRE II

CONFARREATIO

Ce que devait être le mariage dans une société où la religion est la base de la famille, nous le présentons. Le mariage était un acte essentiellement religieux.

Le jeune homme en se mariant va introduire dans sa famille une jeune fille jusqu'ici élevée dans le culte de Dieux étrangers à ceux de son fiancé, souvent même ennemis. Cette étrangère va être initiée aux rites de la religion du foyer, à ces pratiques mystérieuses dont la famille garde le secret avec tant de jalousie, à ce culte qui est son patrimoine le plus sacré. C'est elle qui, désormais associée à son mari, va partager avec lui le sacerdoce. A elle de veiller à l'entretien du feu sacré et d'en écarter tout élément impur. A elle aussi de mériter la vénération attachée aux fonctions élevées qu'elle accomplit auprès de son mari, et de donner à cette famille l'héritier qui doit à son tour être le grand prêtre de l'avenir. En un mot, c'est à la dignité d'*uxor* que la fiancée va s'élever.

Et pour elle-même de quelle importance n'est pas cet acte qui à tout jamais va rompre les liens qui l'unissent à la famille où elle a vu le jour, à ces dieux du foyer qui depuis son enfance entendent ses prières et reçoivent ses sacrifices. La maison de son père va lui devenir étrangère. C'est aux divinités de son époux qu'elle apportera désormais sa vénération; ce sera leurs hymnes qu'elle devra chanter; ce sera leurs prières qu'elle devra murmurer. Le passé se couvrira d'un voile, elle doit l'oublier, une nouvelle vie commence pour elle.

C'est là une transformation considérable; la religion est nécessaire pour l'opérer. Des rites spéciaux seront observés; et que les époux ne songent point à s'y soustraire, sinon le but du mariage serait manqué. De l'union libre ne peut naître qu'un bâtard, étranger au culte, incapable de le perpétuer. Il n'y a point de *filius familias* sans union religieuse (1).

Cette union, c'est la *Confarreatio*. « *Nuptiæ sunt divini juris et humani communicatio* » (2). Pour l'accomplir une première cérémonie religieuse est nécessaire, il faut d'abord que la femme abandonne le foyer où elle est née, « *Mulier*, dit Gaius, *quæ in manum convenit, nisi coemptionem fecerit, potestate parentis non liberatur, velut flaminica Dialis; nam id senatusconsulto confirmatur, quo ex auctoritate*

(1) Consulter sur le culte domestique et les rapports du mariage avec la religion : Marquardt. — *Le culte chez les Romains*, p. 145 et s. et p. 364 et s.

(2) Dig. xxiii — 2 — 1.

« *Maximi et Tuberonis caretur ut hæc quod ad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad cetera perinde habeatur atque si in manum non convenisset. Sed mulieres quæ coemptionem fecerunt per mancipationem, potestate parentis liberantur : nec interest an in viri sui manu sint an extranei, quamvis hæc solæ loco filiarum habeantur, quæ in viri manu sunt* » (1).

La jeune fille est ensuite conduite au domicile de son mari, la famille qu'elle vient de quitter lui fait cortège, elle porte une couronne et des vêtements blancs comme il convient dans toute cérémonie religieuse; autour d'elle on chante un hymne sacré dont le refrain est *Talassi*. Arrivé devant la maison du mari, le cortège s'arrête. On présente à la fiancée le feu, emblème de la divinité domestique, l'eau lustrale qui sert dans les sacrifices. Le fiancé s'avance, la jeune fille pousse un cri et son mari la tenant dans ses bras lui fait franchir le seuil de sa demeure sans qu'elle y pose le pied.

C'est alors que le Flamme de Jupiter en présence de dix témoins commence la cérémonie religieuse proprement appelée : *Confarreatio*. C'est par elle que la femme va être initiée à la nouvelle religion qu'elle embrasse.

Nous ne nous arrêterons point à donner les détails vingt fois répétés de la *confarreatio* (2). Quelques

(1) Gaius — I — 136.

(2) Consulter sur les formes de la *confarreatio*. Gaius I § 112.

points spéciaux nous arrêteront seuls quelques instants.

Les dix témoins sont présents pour représenter les dix curies de la cité, car la cité est intéressée à cette union qui doit assurer la perpétuité de l'un des foyers qui la constituent. « A Rome, dit M. Mommsen, les décuries et centuries ont rapidement disparu ; mais on trouve un souvenir remarquable de leur existence et même leur influence encore persistante dans l'un des actes solennels de la vie, celui que nous considérons avec raison comme le plus ancien de tous ceux dont la tradition nous ait fait connaître les formalités légales ; le mariage par *confarreatio*. Les dix témoins qui y assistent représentent la décurie ; de même que plus tard

Ulp. tit. ix.

Servius *OEneid.* iv v. 374 et Georg. iv 344.

Térence. *And.* i 6 v. 60.

Den. d'Hal. n 25.

Pline 8, 48.

Juv. 2 v. 124. — Sat. 11 v. 124.

Festus. V°.

Cingulo.

Patrimi.

Farreum.

Corolla Flammaeum.

Catulle. *Carm.* 61 v. 73. — V. 71.

Petrone. 26.

Lucain. II, 337 et 338.

Tertull. *De coronâ milit.* 8, 12, 13.

Virg. *Eglog.* 8 v. 30.

Plutarq. *Quæst. rom.* c. LXXXVI et c. XXX et c. XXIX.

Ovide. *Fastes.* L. VI, v. 219.

Valère. — *Maxime L.* II c. 1 n° 2.

St Augustin. — *Cité de Dieu* liv. VI chap. IX et liv. VII chap. XXIV.

« dans la constitution aux trente curies, nous re-
« trouverons leurs trente lecteurs » (1).

Le pontife procède au sacrifice, les nouveaux époux font la libation et partagent le gâteau de fleur de farine, (*panis farreus*) que leur présente le flamme. « *Ubi tu Gaius, ego Gaia* » dit la jeune femme.

Ce que signifie cette formule, le voici : Si par suite du mariage, la femme change de gens, le *nomen* du mari qui est l'expression de la communauté de gens avec la femme ne doit pas être refusé à celle-ci. « La formule du mariage, dit M. Mommsen.... *ubi tu Gaius ego Gaia*, n'a de sens que si la fiancée avant d'entrer dans la nouvelle maison et les nouveaux *sacra*, promet de porter le *nomen* du mari, et ce nom ne peut-être que le *gentilicum*, car d'une part l'identité du prénom des deux époux serait contradictoire et d'autre part la femme n'a pas juridiquement parlant de prénom. C'est par hasard que la formule se rapporte plutôt à *Gaius* qu'à *Emilius* ou à *Cornélius* (2). Le pain de farine que les époux rompent devant le flamme constitue la partie principale de la cérémonie ; nous pouvons nous en convaincre en consultant les textes. Les jurisconsultes s'accordent à faire ressortir l'importance de cet acte. C'est d'abord

(1) Mommsen. — *Histoire Romaine*, traduite par Alexandre — Tome I p. 96 note 1.

(2) Mommsen. — *Droit public romain...* traduit par Girard. Tome VI, p. 38, note 1.

Ulpien, c'est ensuite Gaius qui appellent l'attention sur cette partie essentielle de la *confarreatio*. (1)

Tel est le mariage à l'origine de Rome. C'est une cérémonie religieuse par laquelle la femme initiée au culte de son mari devient son associée et tombe dans sa *manus*. Les enfants qui naissent de cette union sont légitimes et possèdent l'aptitude à être flamines de Jupiter, de Mars et de Quirinus.

(1) Ulpien. Tit. IX. — *Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus decem presentibus et solemnii sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur.*

Gaius I 112. — *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii... in quo farreus panis adhibetur: unde etiam confarreatio dicitur....*

CHAPITRE III

TRANSFORMATION DE LA SOCIÉTÉ RELIGIEUSE EN SOCIÉTÉ

CIVILE

Avec le temps les sociétés se transforment. « Le droit, dit Ihering, comme tout ce qui naît et meurt, possède à toutes les phases de son développement un type déterminé. De même qu'un jeune homme ne saurait avoir le type d'un vieillard, ni un homme celui d'un enfant, de même les idées juridiques qui d'après notre observation doivent appartenir à une certaine époque, comme par exemple la prépondérance de la religion dans l'enfance du droit, ne sauraient démentir cette dépendance dans un droit quelconque » (1).

Nous avons essayé de décrire les origines de Rome, le temps où la société romaine est un agrégat de familles qui toutes ont leur culte, leurs dieux, leur grand prêtre. C'était là la société patricienne. Mais à côté de ce peuple romain uniquement composé de patriciens, se trouve une population sans organisa-

(1) Ihering. -- *Esprit du Droit Romain*, -- Traduction de O. de Meulenaere. Tome I p. 78.

tion, une masse d'individus libres mais hors la loi. Leur nombre ira s'accroissant et bientôt cette foule confuse formera la plèbe. Nous trouverons alors dans l'enceinte de Rome la population divisée en deux classes absolument distinctes : les Patriciens et les Plébéiens. Entre eux, aucun point de contact n'existe à l'origine, mais la plèbe prenant tous les jours plus d'importance, la société patricienne se verra obligée de compter avec elle. Alors commencera la lutte de la classe inférieure contre la noblesse ; alors se déroulera la série des progrès incessants que feront les déshérités d'autrefois jusqu'au moment où la démocratie triomphante partagera le culte, les honneurs et la richesse avec les descendants des orgueilleuses familles de la Rome antique.

Ce qui caractérise la plèbe, c'est le défaut de religion, l'absence d'ancêtres, de culte, de foyer.

Elle n'est à l'origine qu'une masse de gens sans aveu pour lesquels Romulus créa l'asile à côté de la cité. Là viennent se réfugier les étrangers, les bâtards des patriciens, c'est-à-dire ceux de leurs enfants nés d'un commerce que le mariage religieux n'a pas légitimé, les clients qui désertent la maison du patron pour lui préférer la liberté, les familles aussi qui arrivées à Rome en même temps que celles qui constituent la société patricienne, n'ont point su trouver en elles-mêmes les éléments nécessaires à la fondation d'un culte, ou n'ont pu s'élever à la hauteur des croyances en dehors desquelles on ne

peut trouver une base suffisante à la constitution de la famille antique.

La loi de la cité n'est point faite pour cette masse ; la loi, c'est la religion et la religion n'a de préceptes que pour ses adhérents. Ceux qui ne la pratiquent pas sont hors la loi. Pour eux le mariage sacré n'existe pas, *connubia promiscua habent more ferarum* (1). Ils n'ont point de famille. En fait d'autorité paternelle ils ont celle-là seule que donnent la force et le sentiment naturel. *L'ager romanus* ne peut entrer dans le patrimoine du plébéien. La justice n'existe pas pour lui. Les droits politiques lui sont refusés. La religion de la cité lui est fermée. Son contact est impur.

« Le patriciat, dit M. Fustel de Coulange (2), s'était
 « fait alors un gouvernement conforme à ses propres
 « principes, mais il ne songeait pas à en établir un
 « pour la plèbe. Il n'avait pas la hardiesse de la chasser
 « de Rome, mais il ne trouvait pas non plus le moyen
 « de la constituer en société régulière. On voyait
 « ainsi au milieu de Rome des milliers de familles
 « pour lesquelles il n'existait pas de lois fixes, pas
 « d'ordre social, pas de magistratures. La cité, le
 « *populus*, c'est-à-dire la société patricienne avec les
 « clients qui lui restaient encore s'élevait puissante,
 « organisée, majestueuse. Autour d'elle vivait la
 « multitude plébéienne qui n'était pas un peuple et ne
 « formait pas un corps. Les consuls, chefs de la cité

(1) Fustel de Coulanges, op. cit. p. 280.

(2) Op. cit. p. 340.

« patricienne, maintenaient l'ordre matériel dans cette population confuse; les plébéiens obéissaient. « Faibles, généralement pauvres, ils pliaient sous la force du corps patricien. »

Mais, si telle était la plèbe, sa situation ne tarda pas à se modifier.

D'abord le luxe se développa; le commerce et l'industrie naquirent pour satisfaire les nouveaux besoins de l'homme. La terre conserva sa valeur, mais l'argent en acquit une immense. Et comme l'argent n'était pas une *res mancipi*, le plébéien put le posséder. Alors à côté des fortunes territoriales des patriciens, s'élevèrent les fortunes mobilières des plébéiens. La considération vint avec l'opulence. L'esprit de caste qui mettait hors la loi tout ce qui n'était pas patricien sembla plus exorbitant au fur et à mesure que l'élément plébéien prenait de l'importance. Bientôt l'on sentit que la transformation économique appelait aussi une transformation sociale.

Ce n'était pas seulement par le travail que Rome s'enrichissait; chaque année amenait de nouvelles conquêtes, les guerres succédaient aux guerres, l'armée s'augmentait et se perfectionnait. Les plébéiens combattaient à pied, les patriciens à cheval. Peu à peu, la discipline en réglementant les évolutions de l'infanterie lui donna la prédominance dans les armées. La cavalerie ne conserva plus en face de l'ennemi le prestige qui l'avait fait réserver aux patriciens. Ce fut aux plébéiens que passa le pre-

mier rôle sur le champ de bataille. « Or la classe qui est assez forte pour défendre une société, l'est assez pour y conquérir des droits et y exercer une légitime influence. L'Etat social et politique d'une nation est toujours en rapport avec la nature et la composition de ses armées » (1).

Ajoutons encore que la grande infériorité de la plèbe à l'égard des patriciens: le défaut de culte et de foyer, s'amointrit avec le temps. Le plébéien comme tout homme sentait le besoin d'une divinité supérieure à laquelle il put adresser ses prières. D'abord quelques familles réussirent à se créer un culte. Puis, dans chaque carrefour, dans chaque circonscription rurale, les rois firent élever des autels à des divinités qui furent celles des plébéiens. Des sacrifices leur furent offerts, des cérémonies religieuses appelèrent autour de ces Dieux les masses qu'ils avaient pour mission de protéger. C'est alors que sentant sa puissance, la plèbe aspira ardemment à conquérir dans la cité la situation que sa force lui donnait dans la ville. Pas un instant elle ne songea à se créer à elle-même un code, des lois spéciales. Ce qu'elle voulait, c'était être traitée d'égale à égale avec la classe patricienne, elle sentait bien que les institutions qu'elle se fût donnée elle-même eussent été lettre morte pour les nobles. Las de souffrir les dédains de la caste aristocratique et religieuse pour les déshérités sur qui les Dieux ne veillaient point, les plébéiens

(1) Fustel de Coulanges. — Op. Cit. p. 327.

voulaient pénétrer au cœur de la cité. Forts de leur force personnelle, ils se sentaient assez puissants pour pénétrer dans les rangs d'une aristocratie où la naissance était souvent la seule supériorité. C'étaient en un mot les lois, les institutions, les dignités des patriciens qu'ils voulaient partager.

Comment les plébéiens firent-ils écouter leurs revendications et quels furent les phases de la lutte? C'est ce que nous n'avons pas à examiner ici d'une façon générale. Nous n'avons à nous occuper que de la transformation qui s'opéra dans la célébration du mariage.

CHAPITRE IV

COEMPTIO ET USUS

M. Desforges (1) dans un remarquable travail sur la formation du mariage à Rome, envisage le droit privé romain comme une concession de la classe aristocratique à la plèbe, comme l'acceptation par les plébéiens de la loi des patriciens. La plèbe subit la loi de la noblesse, mais c'est elle qui demanda à ce qu'on la lui imposât. Les grands manifestèrent une résistance énergique; il ne fallut rien moins que l'immense pression du mouvement social pour les forcer à appliquer leur constitution religieuse à des populations profanes à leurs yeux. Ce premier pas fait, un autre devait nécessairement suivre.

A une société nouvelle, il faut des lois nouvelles, aussi la plèbe en acceptant la loi des patriciens, la transforma. Elle la dépouilla petit à petit du formalisme étroit dans lequel les anciens préjugés l'avaient enfermée. Le droit naturel y gagna tout ce que l'esprit de caste y perdit. « Le droit romain, dit « M. Glasson, s'est dégagé d'assez bonne heure des

(1) Thèse de doctorat.

« principes religieux et est devenu une législation
 « purement civile. C'est incontestablement une
 « des causes de sa supériorité sur les autres lé-
 « gislations de l'antiquité. Le mariage notamment
 « y est organisé comme une institution purement
 « civile, mais d'ailleurs l'usage des solennités reli-
 « gieuses, sans être exigé ni même reconnu par la
 « loi, s'était maintenu dans les mœurs pour donner
 « plus de pompe et de publicité à un acte que l'on
 « considérait avec raison comme un des plus graves
 « de la vie » (1). C'est qu'en effet au moment où le
 patricien pressé par les revendications de la plèbe se
 vit obligé de lui accorder l'égalité civile quant au ma-
 riage, il se trouva fort embarrassé. Il était de toute
 impossibilité que l'on accordât la *confarreatio* au plé-
 béien pour légitimer son mariage. La *confarreatio*
 était une solennité religieuse. Ceux-là seuls pou-
 vaient la pratiquer qui avaient foi dans les croyances
 sur lesquelles elle était basée. Or la plèbe n'avait
 point la même religion que la noblesse. La seule
 solution qu'on trouva fut de séparer le droit de la re-
 ligion. Le but du plébéien était de voir son mariage
 reconnu par la cité devenir une base suffisante à la
 puissance. Pour cela le législateur créa de toutes
 pièces une institution civile : la *Coemptio*. C'était une
 vente fictive et solennelle s'opérant au moyen de la
 mancipation *per aes et libram* en présence du *libri-*
pens et des cinq témoins que représentaient les cinq

(1) Glanville. — *Le mariage civil et le divorce*, p. 155.

classes du peuple romain. Nous ne nous arrêterons
 point à donner la description de cette institution (1).
 Traitée déjà souvent et avec autorité, cette question
 n'a plus d'intérêt. Nous retenons seulement de cette
 nouvelle création du droit qu'elle donna naissance
 au mariage civil et lui donna droit de cité (2).

La plèbe ne se déclara pas satisfaite. Il ne lui suf-
 fisait pas d'être régie par une loi qui fût applicable
 à tout citoyen, plébéien ou patricien. Elle voulait une
 institution qui lui permit de s'inféoder d'une façon
 encore plus efficace à la classe supérieure. Pour cela
 les unions entre patriciens et plébéiens devaient être
 autorisées. Le patriciat résista longtemps, mais sur
 ce point encore il dut céder. Ses croyances lui inter-

(1) Consulter sur les formes de la *Coemptio*.

Gaius, I § 113.

Boëthius, in *Cic. Top.* — Ed. Orelli p. 299.

Non. Marcel, *vo Nubentes*.

La *Coemptio* est une mancipation de la femme au mari. Mais il y a
 cette différence entre la *coemptio* et la mancipation ordinaire que celle-
 ci se faisait avec les paroles usitées pour l'achat des esclaves. Pour la pre-
 mière il n'en est point de même. La femme *coemptionata* ne tombe pas
 in *servilem conditionem*. Aussi la formule de la *mancipatio* et celle de la
coemptio ne sont certainement pas identiques. En quoi la seconde dif-
 fère-t-elle de la première ? C'est ce que nous ne pouvons savoir d'une
 façon précise. Suivant Boëce l'homme et la femme s'interrogent l'un
 l'autre : « *et sese, coemendo, invicem interrogabant.* » Cette assertion qui
 donne à la femme un rôle actif est favorisée par l'expression : *potest*
coemptionem facere mulier (Gaius, I, 114) et par ce fait que la femme
 apporte trois *as* à son mari : *tanquam emendi causâ*. Toutefois nous ne
 saurions admettre la théorie de Boëce, elle a à nos yeux le grand tort
 de transformer la *coemptio* en une vente réciproque; or, il est impossible
 que l'homme soit acheté par la femme qui tombe en sa puissance.

(2) Consulter sur les multiples causes de la transformation du mariage
 religieux en mariage civil M. Gide. — *Condition privée de la femme*,
 p. 138 et s.

disaient toute promiscuité avec la plèbe, mais il sentait que la religion n'était point ici d'accord avec ses intérêts. « Une aristocratie qui ferme ses rangs, dit « M. Duruy, périt bientôt, car le temps et le pouvoir « usent vite les familles comme les individus. Sans « connaître cette vérité d'histoire, le patriciat romain « agit comme s'il la comprenait, et cette intelligen- « ce des nécessités publiques fit la grandeur de « Rome. Après une résistance habilement calculée « pour opposer au torrent populaire une digue qui « amortît sa force sans l'exciter, les grands cédaient « toujours; mais comme une armée disciplinée qui « jamais ne se laisse rompre, ils reculaient pour « prendre sur un autre point une forte défensive. « Ainsi se prolongea cette guerre intérieure qui for- « ma la robuste jeunesse du peuple romain. Cette « fois encore l'indignation éclata. « Ainsi donc, disait « un Claudius dans son orgueil héréditaire, ainsi « rien ne restera pur; l'ambition plébéienne viendra « tout souiller et l'autorité consacrée par le temps « et la religion et les droits des familles, et les aus- « pices, et les images des Dieux. » Mais le peuple usa « des moyens qui lui avaient deux fois servi; il se re- « tira en armes sur le Janicule et le Sénat pensant « que les mœurs seraient plus fortes que la loi, ac- « cepta que désormais il pourrait y avoir des justes « noces entre plébéiens et patriciens (1) »

(1) Duruy. — *Hist. des Romains*. T. I. p. 191.

C'est le tribun *Canuleius* qui fut l'auteur de cette réforme, de là son nom de *Lex Canuleia*.

On n'en resta point là, la *coemptio* appelait un autre mode de contracter mariage. De même que la propriété s'acquerrait non-seulement par la vente mais aussi par l'*usucapio*, de même la puissance paternelle et maritale put aussi s'acquérir par l'*usucapio*, par l'*usus*. Et si nous en croyons l'autorité de M. Esmein (1). De même que l'*usucapio* fut créée pour rendre valides les *mancipationes* et les *in jure cessiones* irrégulières, de même l'*usus*, introduit dans le mariage, vint donner toute sa force à la *confarreatio* et à la *coemptio* qu'un défaut de formalité empêchait de regarder comme valables. Une fois entré dans cette voie, il était difficile de s'arrêter et bientôt ce furent les unions libres, les unions contractées sans aucune solennité qui bénéficièrent de l'*usus* et puisèrent, dans la seule force de la prescription, la puissance qui était le but du mariage. M. Mommsen fait bien ressortir les effets de l'*usus* quand, nous montrant la femme mariée légitimement soumise à la *manus* de son mari, il ajoute : « Et il n'en était point « ainsi seulement au cas où le mariage a été célé- « bré suivant l'ancien rite, *matrimonium confarrea-* « *tum*, mais aussi quand il a eu lieu dans la forme « purement civile (*matrimonium consensu*). Dans le « mariage consensuel le mari acquérait de même « un droit de propriété sur sa femme; aussi ce ma- « riage a-t-il emprunté tout d'abord les principes « et les pratiques des modes d'acquérir ordinaires,

(1) Esmein, — *la manus la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain*.

« l'achat et la tradition formelle : (*coemptio*) ou la prescription (*usus*). Quand il y avait un consentement simple sans l'acquisition de la puissance conjugale, au cas par exemple où le temps voulu pour prescrire n'était pas encore atteint, la femme n'était point épouse, elle était seulement tenue pour telle (*pro uxore*)... *uxor tantummodo habebatur*, dit Cicéron (1). »

Nous arrivons donc au moment où trois modes de célébration du mariage se trouvent en présence : La *confarreatio* réservée aux patriciens, la *coemptio* et l'*usus*, simples institutions civiles dont peut user tout citoyen romain à quelque classe qu'il appartienne.

Mais remarquons-le ; ces trois formes de mariage créaient et la puissance paternelle et la puissance maritale (2). Le mariage ne pouvait être légitime sans engendrer ces deux puissances et il existait là où elles se rencontraient. « Dans ce système... il n'y a mariage que là où il y a *manus*, comme aussi il n'y a *manus* que là où il y a mariage... Le patricien est celui qui *patrem cetera potest*, c'est-à-dire celui qui seul a un père certain et légitime. » (3).

Or, si le plébéien avait revendiqué avec tant d'ardeur la légitimation de son mariage, ce n'était point

(1) Mommsen. — *Histoire Romaine*. — Traduction d'Alexandre. Tome I, p. 79 note I.

(2) Consulter sur les trois modes de mariage qui créent la *manus* ; de Caqueray. Explication des passages de droit privé qui se trouvent dans Cicéron n° 3 p. 15 et s.

(3) Esmein — op. cit.

qu'il visât à faire tomber sa femme *in manum mariti*. Il n'ambitionnait que la puissance paternelle. Seulement, comme la puissance maritale était liée à la puissance paternelle, comme le mode de célébration du mariage qui conférait la première, conférait forcément aussi la seconde ; acceptant l'une, il avait bien été forcé de subir l'autre. Il n'en restait pas moins vrai que la *manus* était une institution choquante dans un milieu où l'esprit religieux n'avait pas d'influence (4). Le plébéien n'avait point de foyer, dès lors qu'avait-il besoin au moyen de la *manus* d'associer sa femme à un culte qu'il n'avait pas. Le caractère de domination absolue de la *manus* ne pouvait se comprendre que dans la vieille société religieuse où le patricien grand prêtre du foyer faisait converger vers lui tous les éléments constitutifs de la famille et du patrimoine. Les générations nouvelles ne partageant pas les vieilles croyances sur lesquelles était fondée la puissance maritale, ne voyaient dans cette institution qu'une vaine prescription de la loi. En se mêlant aux patriciens, elles leur apportèrent les idées nouvelles. Le culte du foyer tomba en désuétude dans les familles aristocratiques. Dès lors la *manus* ne correspondait plus à un besoin, à une aspiration de la Société. Elle devait périr, c'est ce qui arriva.

Il y avait dans l'institution de *usus* une particularité qui devint la cause de ce nouveau bouleversement.

(4) Consulter sur les causes de désuétude de la *manus*. Gide, op. cit. p. 139 et s.
Labbé, N^o 11^e revue historique 1887.

L'*usus* existait avant la loi des XII T., mais les jurisconsultes n'étaient point d'accord sur les caractères qu'il devait avoir pour légitimer le mariage libre. La loi des XII T. dans une de ses dispositions mit fin à ces hésitations en déclarant que le fait de la part de la femme d'avoir quitté trois nuits de suite le domicile conjugal interrompait la prescription. Mais, et c'est ici que se trouve le point qui nous intéresse, si l'*usurpatio trinoctii* empêchait la femme de tomber *in manu*, si la puissance maritale ne prenait point naissance, la puissance paternelle en revanche ne recevait aucune atteinte de cette interruption de prescription. C'est ainsi, comme le dit M^r Desforges (1) que : de même que la *coemptio* avait séparé le mariage civil du mariage religieux, de même l'*usus* sépara la puissance maritale de la puissance paternelle. Et alors il ne fut plus vrai de dire qu'il y avait mariage là seulement où il y avait et puissance maritale et puissance paternelle ; la législation avait changé, et désormais, il y eut mariage là où la puissance paternelle seule existait. Le mariage était légitime par ce fait que les conditions nécessaires à la création de la puissance paternelle seule étaient réunies (2).

(1) Op. cit.

(2) A l'appui de ce fait que nous ne faisons que constater ici : à savoir la séparation de la puissance paternelle de la puissance maritale, consulter. *Gaius*. — *com* I. 111.

Troplong. — *Etude sur le mariage chez les Romains*.

Revue de législation et de jurisprudence Tome XXI p. 129 et s.

Aulu. — *Gelle* XVII, 6.

Glasson. op. cit.

Gide. op. cit.

De là résulta que pour contracter mariage et éviter la *manus*, on laissa de côté les anciens modes de la *confarreatio* et de la *coemptio* pour se servir de l'*usus* combiné avec l'*usurpatio trinoctii*. Mais c'était là une subtilité comme on en rencontre dans l'histoire du droit aux époques de transformation. Elle devait disparaître. En effet l'*usus* avait d'abord servi à valider les *confarreationes et coemptiones* imparfaites ; il avait ensuite, par la seule force d'une prescription non interrompue pendant une année, donné le caractère légitime à des unions de fait que n'avait précédé aucun embryon de solennité. En séparant la puissance paternelle de la puissance maritale, et en validant l'union de deux individus malgré l'interruption de la prescription, on était arrivé par la force des choses à donner la légitimité à un mariage conclu en dehors de la *confarreatio* et de la *coemptio*, sans qu'il y eut prescription, sans qu'il y eut *usus* ; dès lors ce que l'on a appelé le mariage libre existait (1).

A dater de ce moment, la *confarreatio*, la *coemptio* et l'*usus* ne sont plus envisagés comme des modes de contracter mariage mais comme des institutions ayant pour but unique de créer la *manus* ; Que devinrent-elles et comment disparurent-elles ? C'est là une question qui a souvent été discutée. Un point est certain c'est que l'*usus* disparut le premier. Au temps de *Gaius*, il n'était plus qu'un souvenir, la *confarrea-*

(1) Consulter sur les causes d'avènement du mariage libre.

Schmidt. — *Société civile dans le monde romain*, Livre I chap. II.

tio et la *coemptio* seules existaient encore. Il est d'ailleurs possible de nous rendre compte de ce fait. Du moment que la *manus* n'était pas liée au mariage et qu'elle n'était plus un effet légal de l'union légitime; du moment, si je puis m'exprimer ainsi, que son essence était de consister en un accident, elle ne pouvait plus résulter que de la convention des parties et par conséquent un mode conventionnel seul pouvait la créer. Or l'*usus* n'avait point ce caractère conventionnel. Il est vrai que la femme mariée en le combinant avec l'usurpation pouvait en éviter les effets; mais cette interruption de prescription offrait des dangers: chaque année elle demandait à être renouvelée; de là une certaine inquiétude qui dérangeait la tranquillité domestique. De plus, cette formalité de l'*usurpatio* était devenue difficile à remplir; la répudiation était fréquente et la moindre démarche que la femme se permettait de faire hors du domicile conjugal pouvait y donner lieu.

En un mot, en fait, la *manus* était une suite légale de l'*usus*. L'*usus* était donc une institution dangereuse et ses inconvénients devaient le faire supprimer rapidement. Le jour où la puissance maritale ne répondait plus à une nécessité: « Il fallait effacer « la *manus mariti* des lois romaines, ou, si on la conservait encore, on ne pouvait y voir qu'une sorte de « mariage impliquant une confiance entière de la « femme en son mari. Mais alors l'acquisition de la « *manus* ne devait jamais résulter que d'une convention; il fallait abolir celui des modes d'acquisition

« qui n'était point conventionnel, c'est-à-dire l'*usus*. » (1).

Ajoutons à cela que l'*usus* reposant sur une possession matérielle de la femme, le jour où l'union de deux êtres d'un sexe différent prit un caractère plus élevé que celui qu'elle avait à l'origine, cette idée matérielle parut grossière aux esprits devenus délicats. L'*usus* était devenu une institution choquante pour la société nouvelle. C'était plus qu'il n'en fallait pour l'abolir.

La *Coemptio* au temps des jurisconsultes classiques était encore dans toute sa vigueur. Le mariage libre existait à côté d'elle, mais comme il rendait le divorce facile et que le divorce n'était pas encore entré dans les mœurs, on avait souvent recours à ce mode solennel qui, sans empêcher d'une façon absolue la dissolution du lien conjugal, la rendait au moins beaucoup plus difficile. Aussi la *Coemptio* dura encore longtemps. Elle ne disparut complètement que le jour où, la société devenue absolument dissolue, les femmes redoutèrent de se créer un lien qui les unissait indissolublement au même homme.

La *Confarreatio* existait encore à l'époque classique, mais amoindrie. Basée sur des principes religieux que seules avaient conservés quelques rares familles, elle avait subi une éclipse presque totale par suite de la création du mariage libre. *Tacite* (2) nous

(1) Esmein — op. cit. p. 24.

(2) *Tacite* IV-16.

dit même qu'à une certaine époque on ne trouva plus que trois patriciens *nés ex confarreatis nuptiis*. Le culte était en péril. Pour réagir là contre on décréta que la *confarreatio* qui avait pour effets de créer la *manus* et de donner aux enfants l'aptitude à être Flamines ne conserverait plus que ce second caractère. Ainsi transformée elle redevint en usage sans pourtant reprendre la place qu'elle avait occupée autrefois et subsista assez longtemps encore. La *Confarreatio* et la *Coemptio* une fois déchues de leur rôle primitif, les solennités dont elles étaient entourées ne tombèrent point cependant en désuétude, on les appliqua au mariage libre; mais, qu'on ne s'y trompe point, elles avaient perdu leur caractère primitif, elles ne constituaient nullement des formalités essentielles au mariage. L'homme en les célébrant n'avait d'autre but que de témoigner l'importance qu'avait pour lui l'acte qu'il accomplissait.

CHAPITRE V

LE MARIAGE LIBRE

Avant d'aborder l'étude du mariage libre il importe de bien déterminer l'objet de notre travail. En donnant pour titre à cette étude: *La célébration du mariage*, nous avons eu pour but de préciser le moment à partir duquel le mariage existe, de déterminer les conditions extrinsèques que doivent remplir pour être unies légitimement deux personnes qui d'ailleurs réunissent toutes les conditions d'aptitude pour se marier entre elles. Il s'est trouvé que dans les origines de Rome, les formalités créatrices du lien conjugal étaient liées à des formes solennelles. Les analyser, c'était bien à proprement parler étudier la célébration du mariage. Mais, le mariage libre une fois entré dans les mœurs, s'il est bien vrai que le mariage continuait à être généralement entouré de certaines solennités, il n'est pas moins certain que les sacrifices et les fêtes dont il était l'occasion n'en constituaient qu'un élément accidentel. L'expression: *célébration du mariage* n'est plus technique; il faut la remplacer par celle-ci: *formation du mariage*.

L'union conjugale existe désormais au moment où se trouvent réunis certains éléments absolument distincts de ceux que nous avons étudiés. Quels étaient ces éléments? Voilà l'objet de nos recherches.

Faisons tout d'abord une remarque générale: Les juriconsultes qui ont précisé avec des soins si minutieux les conditions nécessaires à deux individus pour se marier l'un à l'autre, gardent un silence absolu sur l'acte qui, utilisant les aptitudes d'un homme et d'une femme à contracter le lien conjugal, les unit l'un à l'autre. Nulle part nous ne voyons mentionné le point de droit, l'acte juridique à partir duquel le mariage commence. Ne nous en étonnons pas. Si le mariage est bien une institution réglementée par la loi, une société entre l'homme et la femme produisant des obligations que ne peut modifier aucune convention; la question de savoir si ce mariage existe est une question de pur fait. Les Institutes définissent l'union conjugale: *individua vitæ consuetudo. Modestin (L. 1 De ritu nupt. XXIII, 2) consortium omnis vitæ; divini et humani juris communicatio* (1). C'est-à-dire le mariage est l'association entière et en quelque sorte la fusion de deux existences. C'est encore une société de tous les actes de la vie entre l'homme et la femme et une communauté dans les droits divins et humains qui leur appartiennent. Le mariage est donc un fait.

(1) Voir aussi L. 2 Code. De crim. exp. her. IX. 32.

Paul. fragm. Vatic § 104.

Ulp. Fr. 1 § 1 et Fr. 8 au Dig. de senat. L. I, 9.

M. Labbé (1) le définit un état, une manière de voir, un rapport continu entre deux personnes. « Le mariage ne se forme pas, dit-il, à un moment donné comme un contrat; non; il suppose des conditions multiples qui peuvent se réaliser les unes après les autres et arriver ensuite à concourir ensemble. Il commence à exister par la réunion de ces conditions; il se prolonge par leur permanence; il s'évanouit par la cessation de l'une d'elles. »

A l'appui de cette thèse les arguments sont nombreux :

Que l'on marie par exemple une fille mineure de douze ans; elle ne sera sensée mariée qu'autant qu'elle aura atteint l'âge de douze ans accomplis dans la maison de son mari. (*Fr. 4 Dig. de ritu nupt. XXIII, 2*). C'est qu'il lui manque en effet une condition pour contracter de justes noces; mais le jour où cette condition se rencontre, le mariage existe.

Le mariage conclu ou plutôt commencé, il faut pour qu'il dure, que les éléments, qui constituent l'état de mariage, subsistent. C'est ainsi que le *paterfamilias* venant à retirer son consentement à l'union d'une personne en sa puissance, y met fin par là même. Paul en citant dans ses Sentences un cas dans lequel il est fait exception à cette règle la confirme par là même (Paul. Sent. Livre. v. Tit. vi § 15).

(1) Labbé. — Appendice II au Tome I de l'explication des Institutes d'Ortolan.

Un des époux est-il au cours du mariage atteint de folie, qu'advient-il ? Une des conditions de l'état de mariage vient à manquer, il n'y a plus de consentement puisqu'il n'y a plus de libre volonté. Dès lors, semble-t-il, le lien conjugal doit être rompu. Le mariage subsiste pourtant ; mais la raison qu'en donne Ulpien confirme encore notre thèse ; c'est que, dit-il, le consentement ne cesse pas d'exister à l'état latent : : *retinere tamen matrimonium potest* (Fr. 8 Dig. I 6).

De la permanence des volontés nécessaire pour faire durer le mariage, il résulte qu'une des volontés venant à manquer, le divorce fait cesser le mariage (Fr. 2 § 1 et Fr. 2 pr. Dig. xxiv, 2).

Les effets de la captivité et du *postliminium* nous offrent encore une application frappante de l'idée que nous nous faisons du mariage. Le mari vient-il à être fait prisonnier chez l'ennemi, la possibilité de cohabitation qui est un des éléments du mariage fait défaut ; aussi, nous disent les textes, la femme n'est pas en état de mariage quoiqu'elle manifeste le plus grand désir d'y être et qu'elle reste dans la maison de son mari (Fr. 12 § 4 Dig. XLIX, 15). Le mari vient-il par la suite à regagner sa patrie ; il ne doit pas oublier que le *jus postliminii restitue* bien les droits mais non les faits. Aussi, dit Pomponius : il n'exerce pas sur sa femme le *jus postliminii*... mais il faut un nouveau consentement des époux pour réintégrer le mariage. En d'autres termes, le mariage a cessé d'exister pendant tout le temps où le mari n'a

plus eu la possibilité de voir sa femme. Son retour pourra renouer le lien qui l'unissait à son épouse, mais tout effet rétroactif sera écarté (Fr. 14 § 1 Dig. Liv. XLIX, 15) (1).

Que conclure de tout cela sinon que le mariage est la résultante, si je puis m'exprimer ainsi, de toutes les conditions nécessaires à sa formation. C'est un état de fait résultant de la réunion d'éléments de droit. Tant qu'un seul de ces éléments fera défaut, le mariage ne se produira pas. Le jour où il viendra se joindre aux autres, le mariage existera. Etat permanent, successif, il a besoin de réunir à chaque instant de son existence toutes les conditions d'être, nécessaires à sa formation.

Quels sont les éléments dont la réunion constitue le mariage ? Tel va être l'objet de notre étude.

Les commentateurs sont d'accord pour énumérer parmi les conditions des justes noces : la puberté, le consentement du *pater familias* s'il s'agit d'un *alieni juris*, le *connubium*. Il en est une quatrième aussi importante que les autres et qui pourtant ne tient ordinairement pas dans les ouvrages de droit Romain la place qui lui est due. Il s'agit pourtant d'un élément qui est la caractéristique du mariage. La plupart des romanistes l'appellent : le consentement des époux. Cette expression peut être la traduction littérale du mot *consensus* que l'on rencontre dans une

(1) Voir aussi (Fr. 25, Dig. XLIX, 15).

foule de textes (1), mais elle ne rend certainement point d'une façon complète l'idée que les juriconsultes voulaient exprimer.

Que l'on remarque en effet que dans les textes où il est parlé du *consensus*, ce mot n'est pas employé pour désigner une condition nécessaire au mariage, mais bien plutôt pour faire opposition à une autre idée; il a généralement pour but de faire comprendre que le mariage ne se forme point au moyen d'un élément matériel tel que le *coïtus* ou la *deductio in domum* mais qu'il a au contraire un fondement dans une idée, dans un acte de volonté, dans un élément immatériel. Employé pour faire opposition à un terme, à une idée, le mot *consensus* n'est point le terme technique qui désigne la condition nécessaire au mariage, il ne fait ressortir que l'élément de cette condition qu'il veut opposer à l'idée qu'il agite, aussi ne rend-il point dans son ensemble la physiologie de cette condition. Il y a un autre terme plus complexe et plus spécial à notre matière et sur la signification duquel il est indispensable d'insister: c'est le mot: *Affectio maritalis* (2). Voilà le terme technique, la désignation complète de la quatrième condition des justes noces. Aucun texte n'en donne la définition, mais de l'ensemble des matières où il

(1) V. Fr. 44 Dig. de spons. XXIII. 4 — Fr. 66 pr. Dig. De donat. int. vir. et uxor. Li. XXIV. 4 — Fr. 30. Dig. De reg. juris. L. 17 — Fr. 15 Dig. De cond et dem. XXXV. 4 — Fr. 8 pr. Code V. 17 etc...

(2) Const. 11 Code. pr. Liv. V. 17 — Fr. 31 pr. Dig. XXXIX. 5 — Fr. 32 par. 13 Dig. XXIV. 4 — Nov. 147 c. 4 — Nov. 74 c. 4.

en est traité; du rôle que les prudents lui donnent dans le mariage, nous en pouvons déduire avec certitude les caractères essentiels. Que l'*affectio maritalis* parmi les éléments qui la constituent contienne le consentement des époux à contracter mariage, cela n'est point douteux. Chaque époux doit avoir à l'égard de l'autre la volonté de le considérer comme *uxor*, c'est à-dire le ferme vouloir de partager son existence. La femme se confondra en quelque sorte avec son mari et le mari l'élèvera à la situation qu'il occupe dans la cité. Il la rendra *illustris* s'il l'est lui-même, *clarissima* s'il est *clarissimus*. C'est une volonté parfaitement précisée, parfaitement délimitée qui doit animer les époux. Elle a pour but l'union conjugale et non pas une union quelconque, mais bien celle des justes noces.

Outre la volonté, l'*affectio maritalis* contient encore un autre élément. Le mariage a pour but la procréation des enfants, ce n'est point seulement une union intellectuelle et morale, c'est aussi un commerce matériel. L'idée de cohabitation ne se sépare pas de celle du mariage. Le mariage a un but physique: la perpétuité de la famille. Ce caractère est tellement nécessaire que là où il ne se rencontre pas, là par exemple où l'union est stérile pour cause d'impuissance ou autre, il peut y avoir lieu à répudiation.

De là résulte qu'il ne suffit pas à deux individus qui veulent se prendre pour mari et femme d'en avoir la volonté, il faut encore que cette volonté soit effec-

tive, il faut encore qu'ils aient la possibilité matérielle de passer à l'exécution, il faut qu'il ne dépende que de leur libre volonté d'accomplir l'acte matériel du mariage, il faut en un mot que le *consensus* soit réalisable. Donc, volonté de contracter de justes noces et possibilité matérielle de cohabiter, voilà les deux idées qui sont contenues dans l' *affectio maritalis*. Remarquons qu'il ne faut point confondre la possibilité de cohabiter avec la cohabitation elle-même, la première seule est nécessaire. Si le mariage a pour but essentiel la procréation des enfants, il est certain cependant que deux individus peuvent vivre en état de mariage sans avoir d'enfants. Or, de même que la possibilité d'assurer la perpétuité de leur race suffit à deux époux pour entretenir le lien conjugal qui les unit, de même aussi cette possibilité suffit à le former.

Les éléments, dont la réunion constitue le mariage, une fois connus, nous avons à nous demander à quel moment commence le mariage ?

La théorie que nous venons de faire du mariage et de l' *affectio maritalis* suffit à faire comprendre qu'il s'agit ici d'une pure question de fait. Là où seront réunis la puberté, le consentement des parties, le *connubium* et l' *affectio maritalis*, il y aura mariage. L'union conjugale commencera avec l'agrégation de ces quatre éléments, durera autant qu'elle et finira avec elle. Quant à l'évènement qui doit marquer le début de cette réunion d'éléments, il variera avec les circonstances; tantôt ce sera la cérémonie en

usage pour fêter les nouveaux époux, tantôt la *deductio* de la femme *in domum mariti*. D'autres fois encore aucun acte extérieur ne viendra manifester le fait du mariage. Bien plus cette manifestation existât-elle, il faudra encore en envisager la portée avec soin car il peut se faire que l'union conjugale l'ait précédée ou qu'elle l'ait suivie.

La théorie du mariage exposée, nous allons, l'étayant avec les textes, nous attacher à la démonstration des propositions qui suivent.

Le consentement pur et simple de deux individus à se prendre pour mari et femme ne suffit point, il faut de plus l' *affectio maritalis*.

La cohabitation n'est point nécessaire au mariage.

La *deductio in domum mariti* n'est point un *criterium* général à l'aide duquel on puisse déterminer le moment précis où commencent les justes noces.

Il en est de même des *instrumenta dotalia* dressés à l'occasion du mariage.

De même aussi des solennités qui entourent les débuts de l'union conjugale.

Le mariage n'est point un contrat réel, ce n'est pas non plus un contrat consensuel; ce n'est pas même un contrat.

Nous avons dit qu'une foule de textes, et nous en avons cité plusieurs (1), disaient que le mariage se formait par le consentement. Mais de ces textes il ne se dégage nullement que le consentement seul suffise à

(1) V. *supra*.

la formation du mariage. Toute la conclusion à en tirer est celle-ci : d'une part, il peut y avoir cohabitation sans qu'il y ait mariage, d'autre part, le mariage peut exister quoiqu'en fait il n'y ait encore eu aucune cohabitation. De plus, remarquons que les jurisconsultes et les empereurs visent en traitant du mariage l'hypothèse la plus générale : celle où les contractants sont présents. Or dans ce cas si la volonté de se prendre pour mari et femme est nécessaire pour former l'union légitime, il est oiseux d'attirer l'attention sur l'*affectio maritalis*, sur la possibilité que doivent avoir les époux de cohabiter. Réunissant tous deux les conditions nécessaires aux justes noces, se trouvant l'un à côté de l'autre, il est évident que toutes les facilités leur appartiennent pour vivre en commun, nul obstacle n'est à prévoir. Mais il est des circonstances particulières qui offrent des difficultés. *Marcianus* (Loi 25 Dig. Liv. XLIX, 15) nous dit : « Les Empereurs Sévère et Antonin ont fait le rescrit suivant : Si la femme a été prise par les ennemis avec son mari, si elle a eu de lui un enfant en pays étranger et qu'ils soient revenus tous deux dans leur patrie, les parents et l'enfant sont légitimes et celui-ci est sous la puissance de son père comme étant revenu avec le droit de retour... » En ce cas les époux étaient présents tous deux à l'étranger, leur situation au point de vue conjugal est la même que s'ils se fussent trouvés tous deux à Rome. Mais que le mari seul ait été fait captif par l'ennemi, sa femme lui gardera vainement la foi jurée, peu importe

même qu'elle manifeste ses sentiments, sa volonté de rester unie à l'homme que l'ennemi retient dans les fers, ce consentement ne suffit pas. La possibilité de cohabitation n'existe plus et par là même le rapport conjugal tombe. (Loi 12 § 4 Dig. Livre XLIX Tit. XV). Paul (Fr. 1 Dig. de divort. et rep. liv. XXIV, 2) confirme ce texte en disant : *Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*. Remarquez ce mot : *servitute*. Quel que soit l'obstacle à la possibilité de cohabitation, du moment que cet obstacle est de telle nature qu'il ne dépend plus de la volonté de l'un ou l'autre des époux de partager, ne fut-ce que quelques instants, la vie de son conjoint, le mariage est rompu. Paul dans ses sentences (Sent. Liv. II Tit. XIX-8) nous fait toucher du doigt la difficulté. « Un homme absent, dit-il, peut se marier. » Ce n'est pas le mot *captivus* qu'il emploie, il parle du *vir absens*, c'est-à-dire de l'homme libre hors de Rome. Livré à lui-même, il ne tient qu'à lui de revenir dans sa patrie, aucun obstacle ne le retient au dehors, la possibilité de cohabitation est complète.

Pomponius (L. 5 Dig. *De ritu nupt.* Livre XXIII, 2) visant l'hypothèse dont nous venons de parler, dit avec Paul que l'homme absent peut se marier. En effet, explique-t-il, le mari peut faire parvenir son consentement par messenger et recevoir de la même façon celui de sa fiancée. Mais ce consentement ne suffit pas, la possibilité de cohabitation doit exister. Quand les époux sont présents tous deux, point n'est be-

soin de s'en occuper, elle va de soi; mais ici le mari est absent, le jurisconsulte exige que la possibilité de cohabiter soit affirmée, il ne veut pas la laisser dans le vague, aussi pour cette hypothèse prescrit-il que la jeune fille soit *deducta in domum mariti*.

Le même texte prescrit l'impossibilité du mariage au cas où le mari habite Rome et la femme l'étranger, peut importe qu'elle y soit libre ou captive. La possibilité de cohabitation n'existe pas en effet ici, la femme réside dans un pays où la loi romaine est sans vigueur, son mari ne peut la contraindre au devoir conjugal.

Ulpien (dans le Fr. 15 Dig. XXXV, 1) rend bien cette nécessité de la possibilité de cohabitation. Entre époux présents cet élément est nécessaire comme entre absents; seulement dans le premier cas c'est une question de fait que le jurisconsulte néglige de préciser, tandis que dans le second il la détermine et en fait un point de droit craignant que, en raison des difficultés de la situation, on ne la perde de vue. Dans ce fragment Ulpien affirme bien *in fine* que c'est le consentement qui fait le mariage. Mais dans la première partie il mentionne d'une façon claire et précise cet élément indéfinissable, indéterminé, qui entre époux présents doit s'ajouter au consentement. « Lorsqu'un legs, dit-il, est fait à une fille sous la condition de se marier dans la famille du testateur, la condition *parait* remplie dès que le mariage est célébré quoique la femme légataire n'ait point encore pris place au lit de son mari. » Le mot *videre, parattre*, est à re-

marquer; le mariage a été célébré, les consentements ont été échangés, Ulpien n'affirme pourtant pas: le mariage existe, il dit: le mariage *parait* exister; c'est qu'au consentement il faut ajouter quelque chose: la possibilité de la possession de la femme par le mari.

Le consentement ne suffit donc point à la réalisation du mariage, la possibilité de cohabitation doit y être jointe. Faut-il aller jusqu'à dire: la cohabitation est nécessaire? On le soutient et cependant les textes sont formels en sens contraire et ne laissent place à aucun doute. C'est d'abord Ulpien qui dans le (Fr. 30 Dig. Liv. L, 17) nous dit: *Nuptias non conculitus sed consensus facit*. Le (Fr. 15 Dig. Liv. XXXV, 1) reproduit les mêmes expressions. Pomponius dans Fr. déjà cité (Fr. 5 Dig. XXIII, 2) constate que le mariage peut avoir lieu entre absents: la possession de la femme par le mari en ce cas n'existe évidemment pas. Ulpien dans le fragment suivant (Fr. 6) s'exprime ainsi « Cima écrit que si un homme épouse une femme absente et que revenant d'un festin au-delà du Tibre, il ait péri en le traversant, sa femme doit en porter le deuil » c'est donc que le mariage existait (1). En maintes circonstances nous trouvons mentionné qu'une femme peut être à la fois veuve et vierge. Enfin dans le Fr. 32 § 13 (*Dig. de dona int. vir. et uxor. XXIV 1*) nous trouvons ce fragment. « Si le mari et la femme ont demeuré longtemps sé-

(1) V. aussi: Fr. 7 Dig. XXIII — 2.

parés d'habitation, en conservant cependant de part et d'autre le lien du mariage qui les unissait..... je pense que la donation n'est point valable parce que l'on peut dire que le mariage a toujours subsisté : « *non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio.* » A cette argumentation si ferme on a essayé d'objecter un fragment de Paul consigné au Dig. (Fr. 4 Dig. XXV, 7) et une sentence du même jurisconsulte (Paul Sent. Liv. II tit. XX) qui parlant du *concupinatus* déclarent que l'intention seule (*dilectus*) le fait différer des justes noces. « Or, dit-on, le *coitus* étant nécessaire au *concupinatus*, il en est certainement de même pour le mariage. » M. Accarias (1) a réfuté victorieusement cette doctrine en faisant remarquer la fausseté de son point d'appui. Rien ne démontre en effet que le *concupinatus* ne puisse exister sans *coitus*. Tout ce que l'on peut conclure des textes de Paul, c'est que les conditions d'être du *concupinatus* sont les mêmes que celles du mariage.

M. Desforges (2) fait une remarque judicieuse au sujet de l'erreur sur laquelle on a fait reposer cette objection. En jugeant les institutions des Romains par les nôtres, nous apprécions mal. Le *concupinatus* n'est point à Rome ce qu'il est chez nous, c'est-à-dire une union illicite, que ne reconnaissent pas les lois et que les mœurs réprouvent; c'est une institution civile, une sorte de mariage inférieur

(1) Précis de Droit Romain Tom I page 476 note 3.

(2) Op. cit.

auquel le deshonneur ne s'attache point; les lois le permettent et le réglementent. Notre mariage morganatique semble être l'institution contemporaine qui offre le plus de traits communs avec le *concupinatus*.

La cohabitation écartée comme élément du mariage, plusieurs commentateurs jugeant avec raison que le consentement n'était pas suffisant ont eu le tort de voir dans la déductio de la femme *in domum mariti* une condition nécessaire au mariage. Ils ont fait de cette déductio le point de départ de l'union conjugale. Cette théorie paraît bizarre de prime abord, qu'on se rappelle en effet que cette formalité était au nombre des *anciennes* solennités avec lesquelles on célébrait le mariage, et l'on se rendra difficilement compte que ce dernier vestige des anciens modes solennels soit devenu lui-même un élément essentiel des justes noces. Nous ne nions point que le moment où se trouvaient réunis les éléments du mariage pût se confondre parfois avec la déductio, nous admettons même que dans certains cas exceptionnels la déductio était nécessaire, mais la règle générale n'est point celle-là, la déductio n'est point le moule dans lequel doit nécessairement passer l'affection maritale pour produire ces effets légaux.

Et d'abord les nombreux textes que nous avons cités et qui parlent du *consensus* entre époux présents ne font point allusion à cette déductio. Un texte de Scœvola (Fr. 66 pr. Dig. XXIV 1), relatif aux donations entre époux, nous dit formellement qu'il

n'y a point à envisager si la donation a été faite avant ou après la *deductio* pour en connaître la validité, car la *deductio* importe peu dans la question de savoir si le mariage est commencé ou ne l'est pas. « *Respondi non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum que plerumque et post contractum matrimonium fierent...* » La *deductio* peut avoir lieu même après la conclusion du mariage. Peut-on être plus affirmatif!

On a voulu opposer à ce texte le suivant (Fr. 66 p. 1). Il y est question d'une jeune fille qui a été *deducta* dans un pavillon voisin de la maison de son mari trois jours avant le mariage; la possibilité de cohabitation n'existait point pendant ces trois jours, or le jour du mariage « *priusquam ad eum (maritum) transiret* » dit le texte, le futur fait une donation; cette donation est valable comme faite avant le mariage. Donc concluent nos adversaires, c'est la *deductio* qui fait commencer le mariage. A cette objection je répondrai par deux observations: la première c'est que ce texte parle de *deductio* pour indiquer le passage de la jeune fille de sa maison à elle dans le pavillon de son mari; si l'on s'en tient au terme technique, ce devrait donc être ce moment que déterminerait le point de départ du mariage; le texte réfute par lui-même cette solution; la seconde est que ce fragment n'a nullement pour but de dire à quel moment commence le mariage, il ne vise donc point à en fixer le début au moment où la

jeune fille *transit ad maritum*, mais simplement à déclarer que la donation faite avant le mariage est valable. Or il constate que dans l'hypothèse elle a pu l'être tant que la possibilité de cohabitation n'existait pas, c'est-à-dire tant que la jeune fille se trouvait dans une habitation où son fiancé ne pouvait pénétrer.

Consultons encore Ulpien (Fr. 15 Dig. *De cond. et demonst.* Liv. XXXV — 1) et Aurelianus (Fr. 6 *code de donat.* Liv. V-3). Le premier s'occupant de la validité d'un legs fait à une jeune fille sous la condition qu'elle se mariât dans la famille du testateur s'exprime en ces termes « *videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor* » Ulpien n'affirme pas: le mariage commence avec la *deductio*, il dit simplement: le mariage semble réalisé quand la *deductio* a eu lieu. Peut-on dire plus clairement que la *deductio* n'est pas un élément nécessaire au mariage; que l'on ne peut y voir qu'une circonstance de fait de laquelle peut résulter la possibilité de cohabitation, la réunion aux aptitudes aux justes noces que possèdent les époux de ce dernier élément sans lequel le mariage est impossible. Aurelianus s'exprime de la même façon: « *Cum in te simplicem donationem dicas factam esse die nuptiarum, et in ambiguum possit venire, utrum à sponso, an à marito donatum sit: sic distinguendum est, ut, si in tuà domo donum acceptum est, antè nuptias videatur facta esse donatio: quod si penes se dedit sponsus, retrahi possit: uxor enim fuisti* » un pareil texte se passe de commentaires.

Et si dans quelques hypothèses particulières on exige la *deductio*, ne croyons point pour cela au peu de véracité de la règle que nous avons posée.

Le (Fr. 5 Dig. XXIII — 2) déjà cité met comme condition formelle au mariage la *deductio*. La fermeté avec laquelle Pomponius impose la *deductio* tranche sur la façon hésitante dont les jurisconsultes en parlent ordinairement, il s'agit ici d'une exception et d'une exception que l'éloignement des parties justifie, il s'agit d'affirmer que la possibilité de cohabitation existe; or comment ne point attirer l'attention de la loi dans une circonstance où ses prescriptions pourraient être lettres mortes. Nous nous sommes d'ailleurs expliqué déjà à ce sujet, il est inutile d'y revenir (1).

La conclusion à tirer de toute cette argumentation est celle-ci : S'il est vrai que le consentement ne suffit point à constituer le mariage, s'il est évident que la possibilité de réaliser ce consentement doit y être jointe, il n'est pas moins certain que cet élément qui consiste dans la possibilité de la cohabitation ne réside ni dans la cohabitation ni dans la *deductio*. Et n'en déplaise à M. Glasson (2) qui prétend que « Les justes noces étaient un acte purement « civil formé par le consentement et la *deductio uxoris in domum mariti*, en dehors de toute intervention de l'autorité publique » nous soutenons que

(1) V. aussi. Const. 6 au Code Théodosien, *de tironibus* Liv. VII — 14, citée par M. Desforges, *op. cit.*

(2) *Op. cit.*, p. 156.

si la *deductio* était la solennité ordinaire par laquelle on témoignait de l'existence de tous les éléments dont la réunion constituait le mariage, il est bien certain que la possibilité de cohabitation ne devait point nécessairement revêtir cette forme pour constituer la condition sans laquelle le mariage ne pouvait exister.

Mais ne voulant point considérer le mariage comme une question de fait et recherchant l'acte juridique qui selon eux devait marquer le début du mariage, les adversaires de notre opinion ne se sont point tenus pour battus et c'est dans les *instrumenta dotalia* qu'ils ont essayé d'établir le point de droit nécessaire à leurs yeux à la création de l'union conjugale.

Le Fr. 23, par. 7. Code de nupt. Liv. V, tit. 4, et la Nouvelle LXXIV cap. 4 ont fourni la base de cette théorie trop facile à réfuter. Le par. 7 en effet nous apprend que Justinien a voulu « *ut matrimonia inter impares honestate personas contrahenda, non aliter quidem valeant, nisi dotalia instrumenta confecta fuerint* » de là il résulte que Justinien, rompant avec la tradition, a exigé des *instrumenta* entre personnes de conditions différentes. Il a fallu un texte pour imposer cette formalité à cette catégorie particulière de citoyens, c'est donc qu'auparavant ils n'y étaient pas soumis, c'est donc que tous ceux qui sont *pures honestate* rentrent dans le droit commun et sont dispensés de cette condition pour se marier. La Nouvelle 74 n'offre point plus de difficultés. Justinien, après avoir constaté les abus qu'entraîne l'impossi-

bilité où l'on se trouve de déterminer le moment précis où commencent les justes noces, déclare ne pouvoir souffrir qu'il continue à en être encore ainsi pour les personnages les plus distinguées de l'empire « *In majoribus itaque dignitatibus et quæcumque usque ad nos et senatores et magnificentissimos illustres, neque fieri hæc omnino patemur* : » et il leur prescrit de dresser des *instrumenta* s'ils veulent légitimer leurs unions. Ce texte fournit comme le précédent un argument à *contrario* pour prouver que le droit commun est l'absence d'*instrumenta*; et de plus, des considérations longuement motivées de Justinien, sur la difficulté de préciser le moment où commence le mariage, notre théorie tire un nouvel appui. Justinien, par là, constate avec nous que les justes noces sont un état de fait résultant de la réunion des conditions prescrites pour se marier. La question de savoir si tous les éléments sont réunis est non pas un point de droit mais un point de fait dont l'existence est, comme celle de tous les faits, difficile à apprécier dans ses débuts.

Nombreux sont les textes qui constatent l'inutilité des *instrumenta*, *Probus* (Fr. 9 Cod. de nupt. L. V. 4) déclare que les enfants sont légitimes « *quamvis neque nuptiales tabulæ factæ sunt...* » Les empereurs Dioclétien et Maximien (Fr. 13 *eodem*) ne s'expriment point d'une autre façon : « *Neque sinè nuptiis instrumenta facta ad probationem matrimoni sunt idonea, diversum veritate continente : neque non interpositis instrumentis, jure contractum matrimonium, irritum*

est : cum ommissa quoque scriptura, cætera nuptiarum indicia non sint irrita. » Théodose et Valentinien ne sont pas moins formels dans le (Fr. 22 *eod.*) S'il n'a point été dressé d'*instrumenta* « *nullus existimet ob id deesse rectè alias inito matrimonio firmitatem* » et plus loin, précisant bien que les hypothèses où ils sont exigés constituent des exceptions à la règle, ils disent : « *inter pares honestate personas nulla lege impediente consortium. quod ipsorum consensu, atque amicorum fide firmatur* (1). »

Verrons nous davantage une condition des justes noces dans les solennités dont l'usage a entouré leur célébration? nous nous sommes déjà expliqués à ce sujet. Nous n'attacherons pas plus d'importance aux formalités de publicité dont les textes parlent en plusieurs circonstances : (Fr. 22 Code liv. V-4. — Nov. LXXIV cap. 5. — Fr. 7 Code. liv. V-17. — Fr. 9 et Fr. 20 Code Liv. V-4. — Inst. liv. III-22.) Il en résulte que les Romains bien évidemment n'étaient pas restés étrangers à toute idée de publicité; que dans certaines circonstances même la clandestinité était interdite; mais de là à conclure que la publicité fut un élément de mariage, il y a loin, et rien ne nous y autorise. *A fortiori* ne saurait-on voir dans la manifes-

(1) Consulter encore à l'appui de notre thèse :

Fr. 7 Dig. Liv. XXIII — 1

Fr. 41 pr. Code Liv. V — 47.

Nov. XXII — 18.

CXVII — 4.

Just. Inst. Liv. III — 22.

Fr. 31 pr. Dig. Liv. XXXIX — 5.

tation extérieure de l'état de mariage, où se trouvent deux individus, le moment précis à partir duquel le lien conjugal commence à exister entre eux.

Passons immédiatement à la question de savoir si le mariage est un contrat comme l'ont affirmé des Romanistes considérables, et si, étant donné qu'il est un contrat, son point de départ est celui de la formation de ce contrat.

M. Ortolan (1) voit dans le mariage un contrat et un contrat réel qui se forme et par le consentement et par la tradition. Pour lui, il faut que la femme ait été mise à la disposition du mari et dans cet acte il voit la tradition. Se fondant sur un fragment de *Celsus* (Fr. 18 p. 2 dig. XLI-2) il la considère avec raison comme ne constituant pas à proprement parler un main-mise « *Non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu* » Puis, considérant les nombreux textes où les expressions : *ducere uxorem et deducere in domum mariti* sont employées comme synonymes du mot se marier : il conclut que la *deductio* n'est autre chose que cette *possessio oculis et affectu* qui est le propre de la tradition. C'est donc elle qui forme la *res* dans le contrat réel du mariage ; c'est au moment où la prestation de cette *res* est accomplie que commence l'union conjugale.

Cette théorie peut être habile, mais elle est certainement fautive. Aucun texte ne parle de cette tradi-

(1) Explication des Inst. Tom II.

tion dans le mariage ; l'idée grossière sur laquelle elle repose ne correspond guère aux mœurs devenues plus délicates aux temps où le mariage libre est en vigueur, et puis la doctrine de M. Ortolan se rapproche singulièrement de celle qui voit dans la cohabitation un élément essentiel du mariage. Le savant romaniste a d'ailleurs commis une erreur, sa thèse repose sur l'idée de possession appliquée à la femme dans le mariage. Or *Gaius* com. II § 90 nous dit formellement que les personnes libres ne peuvent être possédées. Et la réponse de *Gaius* a d'autant plus de poids qu'exposant une question douteuse : celle de savoir si l'on peut acquérir la possession par l'intermédiaire des personnes libres, il constate qu'il y a hésitation dans les solutions par suite de ce fait certain que les personnes libres elles-mêmes ne peuvent être possédées : *quia ipsas non possidemus*. Ajoutons qu'il serait d'ailleurs étrange, si le mariage était un contrat réel, que nul texte ne le mentionnât comme tel alors que les empereurs ont fait de ces contrats une nomenclature aussi détaillée.

Le mariage est-il un contrat consensuel ? Plusieurs l'ont prétendu. La démonstration que nous avons faite de l'insuffisance du consentement suffirait à faire repousser cette idée. Remarquons d'ailleurs que le mariage n'offre point les caractères d'une convention : ses effets sont légaux, les obligations qu'impose l'union conjugale ne dérivent point de la volonté des parties, du moment qu'elles vivent en état de mariage elles doivent en subir les consé-

quences que la loi y attache. Il est vrai qu'elles peuvent rompre le lien qui les unit par le seul effet de leur volonté; mais encore en ce cas, les caractères de la convention ne se retrouvent pas : jamais deux époux en se séparant ne peuvent arriver à se considérer comme n'ayant jamais été mariés, le lien des justes noces est brisé, mais aucune volonté ne pourra faire qu'il n'ait point existé; l'effet rétroactif des conventions ne se retrouve point ici. En outre, si, dans les conventions, les parties peuvent détruire rétroactivement les obligations qu'elles se sont imposées, ou les modifier; il faut pour cela que leurs volontés co-existent. Le mariage, encore à ce point de vue, diffère du contrat consensuel; il ne peut exister tant que les parties intéressées n'ont pas toutes donné leur consentement; mais qu'une de ces volontés vienne à défaillir, que l'un des époux ou le *paterfamilias* sous la puissance de qui il se trouve, se refuse à continuer le mariage, celui-ci n'existe plus.

Nous avons tenté de démontrer successivement que ce ne sont point la cohabitation, la *deductio*, les *instrumenta dotalia* et les solennités qui font le mariage; nous avons essayé de prouver aussi que la tradition devait être écartée ainsi que le consentement pur et simple et que par conséquent ce n'était point à dater de la réalisation de quelqu'un de ces événements qu'il fallait faire commencer l'union conjugale.

Le mariage est donc une question de fait, et il sera souvent fort difficile de déterminer le moment précis

où il prend naissance; on pourra même commettre des erreurs sur la question de savoir si une union, formée déjà depuis longtemps, constitue un mariage légitime ou un simple concubinat. Mais des difficultés qu'offre les solutions de la question, il ne résulte nullement que cette question ne se pose pas. Les présomptions établies par les empereurs offrent d'ailleurs des points de repaire à l'aide desquels on peut arriver à la découverte de la vérité; nous n'avons point à les examiner ici.

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE

SUR LA

CÉLÉBRATION DU MARIAGE

Portalis, dans son exposé des motifs du titre du mariage, faisait cette observation que, d'après le droit commun reçu chez toutes les nations policées, d'après la morale universelle, ce ne sont point les cérémonies, c'est uniquement la foi qui fait le mariage et qui mérite à la compagne qu'un homme s'associe la qualité d'épouse; qualité si honorable que, suivant l'expression des anciens, ce n'est point la volupté, mais la vertu et l'honneur même qui lui confèrent ce nom: *uxoris nomen; honoris non voluptatis nomen.*

La base du mariage est donc le consentement. Cette idée revient à chaque instant dans les travaux préparatoires du Code Civil. Cujas dans son commentaire du *Digeste* (1) l'exprimait déjà en disant: *Matrimonium facit destinatio animi quam mox sequitur honor et maritalis affectio. Concubina solo dilectu, solâ animi destinatione ab uxore separatur, honore pleno uxor deligitur.* Et en remontant plus haut en-

(1) Ad legem 31 Dig. de donat.

core, on trouve cette idée nettement affirmée chez les juriconsultes romains (4).

Le mariage considéré en lui-même est donc l'union de deux personnes de sexe différent, qui se lient pendant toute leur existence avec l'intention de partager leurs plaisirs et leurs peines. Le consentement, semble-t-il, doit suffire pour accomplir cette union, il n'est nullement nécessaire que ce consentement soit accompagné de formes solennelles, de l'intervention d'un pouvoir quelconque, d'une célébration en un mot.

Cela étant, comment se fait-il que dans la plupart des législations modernes, on peut dire presque toutes, dans toutes les législations anciennes, des formes solennelles soient exigées pour le mariage ?

Plusieurs raisons également concluantes peuvent être données.

Chez la plupart des nations anciennes, le consentement par lui-même ne suffisait pas à parfaire un contrat, une convention quelconque; il fallait quelque chose de plus, à savoir : les formes solennelles dans lesquelles ce consentement devait être manifesté.

L'histoire du droit romain nous offre une preuve convaincante de cette idée et l'histoire du Droit Germanique nous montre également, quoique d'une façon un peu plus douteuse peut-être, que la solennité

(4) Loi 22 par. 7 Dig. Solut. Matrim. Loi 4 Dig. de ritu nupt.

dans les législations primitives préside toujours aux conventions.

Il n'est pas étonnant que cette règle générale ait été particulièrement appliquée au mariage et la solennité des formes de ce contrat à l'origine, ne doit pas être attribuée à autre chose qu'à l'application d'un principe.

Quand plus tard, les contrats deviennent en général, consensuels, apparemment il n'y a pas de raison pour que le mariage conserve sa forme solennelle, le principe qui domine la formation de toutes les conventions devant à première vue régir le mariage comme les autres contrats. On pourrait donc peut-être assister dans tous les pays à la formation d'un mariage par le simple consentement. Mais un élément qui n'existe point dans la formation des contrats ordinaires; la religion, montre dans le mariage un sacrement, un des actes de la vie dans lequel l'assistance de Dieu est nécessaire, un contrat en un mot qui doit être béni par le ministre du culte.

C'est en ce sens qui s'opère partout l'intervention de la religion dans le mariage. Le Concile de Trente qui, nous le verrons, fit sentir son influence dans toute l'Europe n'admit plus le mariage sans prêtre. Il lui parut nécessaire non-seulement aux intérêts des parties, mais aussi aux intérêts du clergé, que la religion eut la haute main sur les actes importants de la vie.

Or l'intervention religieuse ne se comprend pas sans des formes solennelles; la solennité est l'essence

même des religions et, si simples qu'elles soient, les religions n'agissent jamais sans un rituel nettement déterminé, obligatoire pour les parties intéressées.

Voilà ce qui explique que le mariage reste solennel alors que les autres contrats cessent de l'être. Le but originaire de la solennité a disparu, la nature des formes exigées est complètement transformée, mais le principe même de la solennité demeure debout.

Le sentiment religieux finit par s'atténuer graduellement. C'est alors qu'on se demande, timidement d'abord, puis de plus en plus hardiment, pourquoi les formes religieuses subsistent et s'imposent même à ceux qui n'ont point de croyances. Pourquoi, en effet soumettre ceux qui n'ont point la foi aux formes d'un culte pour eux sans raison d'être? pourquoi les obliger à faire bénir leur union par le prêtre d'un culte qu'ils ne reconnaissent pas et que logiquement ils ne peuvent par conséquent pratiquer?

La force des choses amène des transactions, à côté du mariage religieux on organise le mariage civil. A mesure que les idées religieuses, un peu étroites à l'origine, deviennent plus libérales, on tient à laisser une place aux personnes qui n'appartiennent pas à la religion dominante dans une nation, pratiquent un autre culte, toléré ou reconnu par l'état. Les formes religieuses organisées pour les futurs époux qui pratiquent le culte dominant ne peuvent évidemment convenir à ceux qui ont une autre religion. En conclura-t-on que leur mariage ne peut

être qu'un concubinage; qu'ils sont forcés pour se marier valablement de changer de religion; ou bien encore que le ministre du culte dominant doit procéder à la célébration du mariage de personnes étrangères à sa religion? Ces diverses solutions ont été admises dans certains pays. Elles étaient toutes ou odieuses ou ridicules et l'on devait nécessairement arriver à permettre à tout individu de se marier en suivant les rites de son propre culte. Et de là au mariage civil il n'y avait qu'un pas. Le mariage civil devait prendre de l'extension. La principale cause de ce développement réside dans l'affaiblissement du sentiment religieux que nous avons déjà signalé. Le spectacle du mariage civil, organisé pour les personnes étrangères à la religion pratiquée par la plupart des nationaux, y contribua pour sa part. La disparition, dans la plupart des Etats, de la foi monarchique et la chute des royautés accélèrent encore les progrès du mariage civil; les républiques en effet ne s'appuient que rarement sur le clergé et la religion. En un mot on devait aboutir nécessairement dans tous les pays au mariage civil ouvert à tous.

L'évolution n'est pas encore complète, mais on peut affirmer que partout elle est en voie de s'accomplir. Dans les pays même où le mariage est resté religieux, de nombreuses tentatives ont été faites pour modifier la situation existante. Dans d'autres, des raisons spéciales et sujettes à disparaître expliquent seules le maintien du mariage religieux.

Mais l'avènement du mariage civil est-il un signe ou un précurseur de la disparition des formes solennelles dans le mariage ? Nullement. S'il est encore aujourd'hui certains pays, et des plus importants, où le mariage se forme par le simple consentement, la très-grande majorité des législations ont exigé que le mariage fût contracté solennellement suivant des formes indiquées et exigées par la loi, devant un fonctionnaire spécialement désigné à cet effet. C'est qu'à mesure que le développement de la civilisation devient plus considérable, un motif important entre tous demande d'une façon pressante que des actes de mariage soient dressés et que le mariage soit solennellement célébré. Le mariage est en effet un acte de la plus haute importance en raison des conséquences qu'il entraîne : fidélité, protection, incapacité de la femme, autorisation maritale, légitimité des enfants, droit de succession, obligation alimentaire. Ces droits et ces obligations ne dérivent pas, du moins au même degré, des unions illégitimes. Le mariage doit donc être constaté solennellement afin qu'au moment voulu, il puisse être prouvé.

De plus il faut éviter que les époux ne s'engagent trop témérairement dans les liens du mariage; il faut assurer l'efficacité des lois qui exigent le consentement des parents et proscrivent la bigamie, il faut que l'accomplissement de toutes les conditions nécessaires à l'union de deux personnes puisse être surveillé. Voilà qui explique surabondamment et les

formalités du mariage lui-même et les formalités préalables au mariage.

Les idées qui viennent d'être sommairement développées trouveront toutes leur explication dans le cours de cette étude.

Nous examinerons en nous plaçant d'abord dans l'histoire, puis en face de la législation actuelle, les formes de la célébration du mariage.

1° En France.

2° Dans les pays qui admettent comme la France le mariage purement civil.

3° Dans les pays qui admettent au gré des parties le mariage civil et le mariage religieux.

4° Dans les pays qui admettent suivant des distinctions de religion tantôt le mariage civil obligatoire tantôt le mariage religieux obligatoire, et dans ceux qui exigent la célébration religieuse du mariage.

5° Dans le pays unique qui exige à la fois la célébration civile et la célébration religieuse.

CHAPITRE PREMIER

FRANCE

Pour étudier d'une façon complète les formes de la célébration du mariage en France, nous devons nous occuper successivement :

1° Des formes antérieures au Concile de Trente, c'est-à-dire, antérieures à l'influence de la religion ;

2° Des formes postérieures au Concile de Trente et antérieures à la Révolution ;

3° De la législation postérieure à la Révolution et de la législation actuelle.

Nous n'avons pas d'ailleurs la prétention de fournir un historique complet de la matière ; notre seul but est d'exposer les grandes lignes et de faire remarquer les modifications nécessaires subies par les formes de la célébration et les influences qui ont amené ces modifications.

SECTION I

FORMES ANTÉRIEURES AU CONCILE DE TRENTE

Il est certain que dans les temps barbares la religion n'intervenait aucunement dans la célébration du mariage. Tacite ne laisse sur ce point aucun doute : « *In hæc munera uxor accipitur, atque invicem ipsa armorum aliquid viro offert. Hoc maximum vin-*

culum, hæc arcana sacra, hos conjugales Deos arbitrantur » (1).

Le mariage était donc contracté avec la protection de Dieu mais sans le secours de la religion.

Il se formait par le simple consentement, mais ce consentement prenait une forme spéciale que l'on retrouve dans la plupart des législations primitives, celle d'un achat de la femme. La loi des Saxons (2), la loi des Burgondes (3) contiennent une trace visible de cette forme et le mariage per *solidum et denarium* des Francs, n'en est qu'un dérivé. L'union conjugale s'accomplit suivant des formes déterminées puisque les Germains ne concevaient pas le caractère consensuel des conventions. Plus tard la vente se transforme, elle devient les fiançailles, nécessaires comme la vente primitive à la validité du mariage et le précédant (4).

Le prix de la femme fut d'abord laissé à la discrétion des parties. Cela résulte implicitement d'un passage de la loi des Burgondes où il est dit qu'en cas de divorce le mari paie à la femme une somme égale à celle qu'il avait payée en l'épousant (5). Plus tard la loi fixa le chiffre d'une manière irrévocable, et le prix devint ainsi comme en l'a fort bien dit : « un élément tout matériel de la cérémonie » (6). C'est

(1) *De Germanis* n° 18

(2) *Loi des Saxons XVIII.* 1 *Walter Corpus.*

(3) *Lex Burg.* tit. 66, *Pertz leges T. III* p. 56.

(4) Violet, *Précis d'histoire du Droit.* p. 355.

(5) *Lex Burgundionum,* tit. 34 partie II, *Walter Corpus t. 1,* p. 320.

(6) Violet, p. 365, *op. cit.*

ainsi que dans la loi des Saxons (1), le prix de la jeune fille était fixé à trois cents sous d'or. En France il resta fixé, même après la disparition des lois germaniques, à treize deniers.

Le mariage qui suivait les fiançailles, n'était donc que l'exécution de ces dernières ; quelque chose comme la tradition dans la vente consensuelle d'aujourd'hui (2).

Est-ce une raison pour soutenir comme on l'a fait que les fiançailles constituaient le mariage lui-même et que ce que nous appelons le mariage n'en est que la suite et n'offre aucun caractère essentiel ? Cette opinion est combattue par les meilleurs esprits ; elle se soutient difficilement et sans insister sur sa réfutation, nous dirons qu'aux termes formels de diverses lois barbares (*lex Luitprandi* tit. 5 caput. 30, *lex Salica* tit. 70, *lex Bajuvariorum* tit. 5 cap. 15), les parties peuvent se rétracter même après les fiançailles et tant que le mariage n'est pas accompli.

Quoiqu'il en soit, le mariage lui-même était chez les Francs dès une époque ancienne et malgré son caractère consensuel, constaté par la rédaction d'actes écrits spécialement à cet effet. La rédaction de ces actes n'eut, primitivement au moins, pour but que de conserver la preuve du mariage. L'usage en était emprunté aux Romains dont les coutumes se répandirent chez les nations barbares lors de l'invasion. Les formules de Marculf (II, 15) et leur appendi-

(1) Tit. 6, partie 1^{re}. — Walter, t. 1 p. 386.

(2) Violet, p. 364, *op. cit.*

ce (37) les formules de Sirmond (14) nous fournissent divers exemplaires de ces actes qui doivent être rangés dans les *tabularum nec Chartarum instrumenta* dont parlent les lois barbares.

Ces *instrumenta dotalia* avaient-ils un caractère obligatoire ? Les formules de Marculf (Appendice 12) le donneraient à penser. *Ideoque ille dum non est « incognitum quod femina aliqua nomen illa bene in- « genua ad conjugem mihi sociavi uxore, sed quales cau- « sas vel tempora me oppresserunt ut chartonam libelli « dotis ad eam sicut lex declarat, minime excessit fa- « cere. »*

Comme aucune des lois barbares ne contient la disposition à laquelle cette formule paraît faire allusion, on a pu supposer que le mot *lex* peut fort bien remplacer celui de *consuetudo* et désigner simplement l'usage. Au reste, le caractère non obligatoire du *libellum dotis* résulte formellement, quoi qu'implicitement, de la loi des Ripuaires (tit. 37 de *dotibus mulierum* par 2) où il est dit qu'à défaut de convention sur la dot « *si autem per seriem scripturarum nihil ei contulerit,* » la femme survivante aura à titre de dot cinquante sous d'or et le tiers des produits du travail commun. Le titre 16 des *capita extravagantia* est encore plus formel puisqu'il dit expressément que la dot peut être constituée verbalement.

Il est à présumer que le *libellum dotis* était surtout destiné à marquer la distinction du mariage et du *concubinatus* ou de toute autre union et à faciliter la

preuve d'une union régulière. A l'époque même de la rédaction des lois barbares, le droit canonique était d'accord avec elles pour ne point exiger à peine de nullité la rédaction d'un acte écrit. L'Eglise, il est vrai, n'accordait sa bénédiction qu'à un mariage accompagné de l'*instrumentum dotalicium* et la proposition que le Concile d'Arles formulait dès 524 est restée célèbre : « *Nullum sinè dote fiat conjugium, nec sinè publicis nuptiis quisquam habere presumat.* » Mais nous allons voir que la bénédiction de l'Eglise n'était pas elle-même requise à peine de nullité.

Les premières modifications introduites dans la formation du mariage et destinées à y introduire la nécessité d'une bénédiction nuptiale sont évidemment dues à l'intervention du clergé, mais elles paraissent bien moins se ressentir de l'ingérence ecclésiastique que de l'importance attachée par le pouvoir civil à la preuve régulière du mariage. Dans un temps où il n'existait pas d'officiers de l'état civil et où l'instruction était peu répandue, les prêtres étaient naturellement désignés pour recueillir les charges et les bénéfices de la célébration du mariage. On peut donc affirmer que la bénédiction religieuse fut à l'origine nécessitée par la force des choses et sans que l'Eglise la jugeât nécessaire dans son intérêt personnel.

Les premières tentatives pour rendre la bénédiction nuptiale obligatoire sont dues au roi Pépin le Bref. Dans un capitulaire de 755 (Baluz. t. 1 n° 174) il prescrit la publicité du mariage « *ut omnes homines*

« *laici publicas nuptias faciant tam nobiles quam ignobiles.* » Evidemment, il faisait allusion par là à l'intervention du clergé car on ne peut supposer que les mots *publicas nuptias* désignent les banquets et autres réjouissances populaires qui, à toute époque, ont accompagné le mariage. C'eût été laisser dans la vague la nature et le degré de la publicité exigée.

Charlemagne au reste en reproduisant la nécessité du mariage religieux dans un capitulaire de 802 (Baluze. 1 n° 373) ne paraît pas innover ; il décide que le mariage ne pourra être célébré sans que l'évêque ou le curé, d'accord avec les anciens du peuple, aient examiné au préalable s'il n'existe entre les futurs époux aucun empêchement au mariage : « *ne injustis nuptias seipsos et ceteros maculare audeant conjunctiones facere non presumant antequam episcopi vel presbyteri cum senioribus populi consanguinitatem conjugentium diligenter exquirant et tunc cum benedictione jungantur* » Un peu plus tard (Baluze. 1 n° 1062) il veut que le curé avant de procéder lui-même à la célébration du mariage s'informe auprès des fidèles pour savoir si les parties ne sont pas unies par un lien de parenté. C'est ensuite seulement que le mariage pourra être célébré. « *Postquam ista omnia probata fuerint et nihil impedit, tunc si virgo fuerit cum benedictione sacerdotis publice et non occultè ducenda erit uxor.* »

Enfin un autre capitulaire donne à la nécessité de la bénédiction nuptiale un caractère absolument général (Baluze. 1 n° 1005). « *Ne christiani ex propin-*

« *quitate sui sanguinis connubia ducant, nec sine benedictione sacerdotis cum virginibus nubere audeant neque viduas absque sacerdotum tuorum consensu et conniventia plebis ducere præsumant.* » La bénédiction nuptiale est donc exigée aussi pour le mariage des veuves, c'est-à-dire pour ceux où les règlements ecclésiastiques interdisent la célébration religieuse. C'est donner à l'intervention du clergé un caractère tout spécial et faire des prêtres, comme nous le disions plus haut, de simples officiers de l'état-civil.

Au reste cette assistance même n'était prescrite à peine de nullité ni par les lois civiles, ni par les lois religieuses.

Le pape Nicolas 1^{er}, qui fut souverain pontife de 858 à 867, après avoir constaté que dans les usages de l'Église romaine, le mariage ne se contracte pas sans l'intervention du prêtre, ajoute que ce caractère n'est pas indispensable et que le mariage contracté sans bénédiction nuptiale est pleinement valable. « *Peccatum autem esse, si hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non dicimus quemadmodum græcos vos adstruere dicitis, præsertim quum tanta soleat archare quædam rerum inopia ut ad hæc præparanda nullum his suffragetur auxilium ac per hoc sufficiat secundum leges solorum consensus de quorum conjunctionibus agitur, qui consensus se solus, in nuptiis forte desierit. Cætera omnia etiam cum ipso coitu celebrata frustantur, Joanne Chrysostomo magno doctore testante*

« *qui ait : matrimonium non facit coitus sed voluntas* (1) « La célébration n'était donc même pas nécessaire, le simple consentement suffisait.

La seule existence de cette décision pontificale indique que des doutes s'étaient élevés et que l'opinion qui considérait la bénédiction comme essentielle commençait à se faire jour. Le pape Adrien II, successeur de Nicolas 1^{er}, crut nécessaire de dissiper les doutes et il le fit dans le même sens que son prédécesseur (2). « *Mandamus quatenus hujusmodi conjugium dissolvi nulla tenus, patiaris, sed firmum facias atque inviolabile permunere. Si enim alias personæ convenientes et legitimas fuerint, et tractus ipse legibus concordantes, ita quod non videantur eis de sacris canonibus obviare, pro eo quod sacerdos absens fuerit, tale matrimonium non debet ullatenus impedire.* »

Le Concile de Châlons en 813 (Concil, t. 7 canon 30 col. 1278) celui de Tribur en 893 (Concil. t. 9 canon 39 col. 460) formulent encore le même principe. On invoquait en ce sens la doctrine de Jésus-Christ lui-même : En déclarant que son royaume n'est pas de ce monde, il refuse implicitement d'intervenir par ses ministres dans la célébration du mariage, et tout en affirmant que Dieu a institué le mariage dans son paradis terrestre et qu'il tire de là sa perfection,

(1) *Concilia* t. 8 art. 3 colonne 518.

(2) Baluz. *Misselianna* p. 402.

il n'intervient pas dans le contrat. C'est également la doctrine de ses disciples.

Pendant en 909, sous Charles-le-Simple, le concile de Trosli (Labbe, Concile t. 9 p. 543) paraît émettre une opinion différente. « *Decernimus et nos* « *secundum constitutiones antiquam ut nullus occultas* « *nuptias faciat, sed dotatam et à parentibus tradi-* « *tam per benedictionem sacerdotum accipiat qui vult* « *uxorem.* » La bénédiction nuptiale devient une nécessité, on songe déjà à la rendre obligatoire, mais c'est une obligation dépourvue de sanction, puisque le défaut d'observation de cette prescription n'entraîne pas la nullité du mariage.

La nullité ne sanctionnait point non plus cette obligation au point de vue du droit civil, au point de vue des capitulaires qui exigeaient la célébration du mariage. Les textes de Pépin le Bref et de Charlemagne cités plus haut montrent qu'il n'y avait là qu'un simple ordre. Un autre capitulaire est formel sur ce point. « *Quod si absque benedictione sacerdotis* « *quisquam christianorum noviter conjugium duxe-* « *rit, vel solemnitatem legis pro dotali titulo in quo-* « *cumque transcenderit, aut centum principi solidos ex-* « *solvat aut centum publice verberatus flagella suscipiat.* « (Baluz. t. 1 n° 1190) ». Infliger une peine corporelle à ceux qui se dispenseront d'une célébration religieuse, c'est implicitement reconnaître la validité de leur union. Mais c'est montrer en même temps qu'on attache à cette célébration une importance de plus en plus grande.

La validité du mariage consensuel se maintient pendant plusieurs siècles, sans modifications. On voit cependant l'Eglise chercher à s'emparer du rôle principal dans la célébration du mariage. Ses efforts sont d'autant plus vifs que la bénédiction nuptiale perd de jour en jour du terrain dans la pratique et que les sanctions pénales infligées par les empereurs carlovingiens à ceux qui se marient sans l'intervention du prêtre tombent elles-mêmes en désuétude.

Au XII^e siècle, le 51^me canon du 4^me Concile de La-tran (Labbe t. 11 p. 201) décide, en constatant l'usage contraire qui existe en certains endroits, que le mariage doit être célébré par le prêtre « *Quare spe-* « *cialem quorundam locorum consuetudinem ad alia* « *generaliter propagando, statuimus ut cum matrimo-* « *nia fuerint contrahenda in ecclesiis, per presbyteros* « *publicos preponantur, competente termino prepositio* « *ut infra illum qui voluerit et valuerit, legitimum* « *impedimentum preponat.* »

Cela n'empêche pas les papes de reconnaître constamment la validité du mariage contracté par le simple consentement. Dans une décrétale du 12^me siècle, adressée à l'évêque de Nervick, le pape Alexandre III le dit formellement. « *Ex tuis litteris intel-* « *leximus virum quemdam et mulierem sese invicem re-* « *cepisse, nullo sacerdote presente nec adhibita solem-* « *nitate quam solet anglicana ecclesia adhibere et aliam* « *predictam mulierem ante carnalem commixtionem* « *solemniter duxisse et cognovisse; tuæ prudentiæ dixi-* « *mus respondendum quod, si prius vir et mulier*

« ipsa de presenti se receperint, dicendo unus alteri,
 « ego te recipio in meam et ego te accipio in meum,
 « etiamsi non intervenerit illa solemnitas ne vir mu-
 « lierem carnaliter cognoverit, mulier ipsa primo
 « restitui debet, quum non probuerit nec debuerit post
 « talem consensum alii nubere (Decretale de sponsu duo-
 « rum Cap. 8) Innocent dit également : « His qui ta-
 « liter præsumpserint, etiam in gradu concessio copu-
 « lari indigna pœnitentia jungatur (cap. fine ex-
 « travagantia de clandest. desponsari. » Comme au-
 trefois l'empereur Charlemagne, le pape se conten-
 te donc d'infliger une punition, sous forme de pé-
 nitence, aux époux qui se marient sans recourir à
 l'intervention du prêtre.

L'Église reconnaissait si bien la validité de l'union
 conclue sans sa participation qu'elle distingue ex-
 pressément deux sortes de fiançailles, celles qui sont
 assimilées au mariage lui-même et le constituent,
 et les actes qui rentrent simplement dans la catégorie
 des promesses de mariage.

Au début, il est certain qu'en droit canonique
 comme en droit germanique, les fiançailles opérées
 par le simple consentement ne sont pas assimilées
 au mariage. Les efforts des conciles pour punir la
 rupture des fiançailles sans motif raisonnable, en sont
 la preuve. Des textes de droit canonique font une
 distinction formelle entre les fiançailles et le mariage
 On lit notamment dans Gratien (Décret II^e partie ca.
 27 quest. 2 cap. 28 p. 1.37) « Patet quod inter spon-
 « sum et sponsam conjugium non est. Conjugium dispen-

« satione initiatur, commixtione perficitur » Les fian-
 çailles sont donc l'acte préparatoire, elles ne cons-
 tituent pas le mariage. Mais on arrive bientôt à distin-
 guer deux sortes de fiançailles, les *sponsalia de presenti*
 et les *sponsalia de futuro*. Les premières sont l'engage-
 ment actuel et réciproque de se prendre pour mari
 et femme ; les papes décident que le mariage est,
 dès leur conclusion, considéré comme contracté.
 Alexandre III dans une décrétale célèbre (Décrétale
 de Grégoire IX liv. 4 tit. 1 cap. 3) dit : « Si inter virum
 « et mulierem legitimus consensus interveniat de præsen-
 « ti, non licet mulieri alio nubere. Et si scripserit
 « etiam si carnalis copula sit secuta, ab eo separari debet
 « et ut ad primum redeat ecclesiastica districtione com-
 « pelli quamvis alii, aliter sentiant et aliter etiam à
 « quibusdam prædecessoribus nostris sit aliquando præ-
 « dicatum. (1) »

Dès avant le concile de Trente on avait essayé
 de prohiber les fiançailles par paroles de présent.
 Un concile de 1279, tenu à Ofen, les considère comme
 nulles quand elles ne sont pas faites *ante fores eccle-
 siæ, quando debet nuptialis benedictio celebrari*, c'est-
 à-dire, quand il n'y a pas de mariage religieux.

Quant aux fiançailles *per verba de futuro* ou pro-
 messes de mariage (au sens actuel des mots) le ma-
 riage ne peut s'en suivre qu'ultérieurement après
 une célébration religieuse ou après de nouvelles fian-
 çailles, *per verba de presenti*, ou même après une

(1) Voyez, aussi *Decretales de Grégoire IV*, liv. 4 tit. 1 cap. 31.

simple cohabitation. « *Si éonsensus de præsentî aut carnalis sit inter eos commixtio subsequata*. On disait encore « *Spensaliâ de futuro censeunt in matrimo- nium per copulam carnalem*. » (1)

Brodeau (voir Louet vo Mariage n^{os} 15 à 19) (2) résume dans les termes suivants la jurisprudence antérieure au concile de Trente : « On pensait en France, avant l'ordonnance qui a publié et confirmé le décret du concile de trente concernant la célébration du mariage que *matrimonium profanè contractum, clandestinum*, était bon et valable, que la bénédiction, les proclamations de bans et autres pareilles solemnités n'étaient point requises *de solemnitate sacramenti*, que l'omission d'icelles, non plus que la clandestinité n'annulait point le mariage et que les contractants n'encouraient d'autre peine que l'excommunication selon l'opinion de la glose et des docteurs tant théologiens que canonistes, fondée sur les chapitres *veniens, is qui fidem* et autres pré-allégués, et nonobstant les décrets des Papes, Evariste et Nicolas, transcrits aux capitulaires de Charlemagne. »

Postérieurement même au concile de Trente, mais avant que l'ordonnance de Blois en eut appliqué la doctrine, un arrêt du parlement de Paris en date du 15 février 1576, déclarait valable un mariage conclu

(1) *Décétale de Grégoire IX* liv. 4 tit. 1 cap. 30, tit. II chap. 6, 8 et 12.

(2) Cité par Beauchet. — *Etude historique sur la célébration du mariage* p. 40.

sans l'intervention de la religion. Un autre arrêt du 15 décembre 1576 confirme le précédent en disant que le mariage *clandestin* est valable ; mais il oblige les parties à faire régulariser leur union et à s'adresser à l'évêque pour obtenir une célébration religieuse et subir la pénitence qu'on leur imposait.

L'usage était assez fréquent, pour constater le mariage, de faire rédiger un acte notarié mentionnant les déclarations réciproques des époux. Cet usage est constaté par l'ordonnance de Blois qui, dans son article 44, défend à tout notaire, sous peine de punition corporelle, de passer ou recevoir aucune promesse de mariage par parole de présent.

La situation au moment du concile de Trente était donc celle-ci : usage très fréquent de la célébration religieuse, mais usage non obligatoire ; le mariage *clandestin* est valable à condition d'être prouvé, un acte notarié est souvent dressé pour réserver cette preuve aux parties.

II. FORMES POSTÉRIEURES AU CONCILE DE TRENTE ET ANTÉRIEURES A LA RÉVOLUTION.

Le concile de Trente se tint en 1563, la réforme des formalités du mariage fut un des principaux points que l'on y discuta ; mais on ne fut pas immédiatement d'accord sur la solution à adopter.

Quelques-uns allèrent jusqu'à prétendre que le con-

cile n'avait pas qualité pour statuer sur ce point; qu'un sacrement, légitime à une certaine époque, ne pouvait être postérieurement annulé; on soutint même qu'on ne pouvait exiger la publicité de la célébration puisque le mariage d'Adam et Eve, qui dut servir de modèle à tous les autres, s'est effectué sans témoins (1). L'opinion générale fut au contraire que l'Eglise avait qualité pour régler tout ce qui n'était pas de l'essence même du sacrement, que la célébration n'étant que l'accessoire du sacrement pouvait par conséquent être réglée par le concile.

Cette solution admise, on se demanda comment la question devait être réglée. Le roi de France demanda par ses orateurs dont la cédula fut présentée dans la séance du 24 juillet 1563 que le mariage devint public et la célébration religieuse nécessaire. Evidemment on s'inspirait surtout des difficultés que soulevait le mariage clandestin au point de vue de la preuve.

Beaucoup de cardinaux et d'évêques furent d'un avis opposé.

La première opinion l'emporta dans la vingt-quatrième session, le 11 novembre 1563. Le concile se décida à la majorité, à prononcer la nullité du mariage clandestin, l'opinion contraire réunit seulement cinquante-six voix. Le décret contenant la nouvelle solution fut formulé de la manière suivante : « *Qui aliter quam præsentè parochò vel alio sacerdote de ip-*

(1) V. Beauchet op. cit. p. 43.

sus parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit prout eos præsentè decreti irritos facit et annullat. »

Nous avons déjà, en rapportant un arrêt du parlement de Paris, donné la preuve que la décision du Concile de Trente ne fut pas immédiatement reçue en France. On pensa en effet qu'elle constituait un empiètement du pouvoir religieux sur le pouvoir civil puisqu'elle réglait et le sacrement et le contrat lui-même. Le roi de France qui avait sollicité la prohibition du mariage par le seul consentement, ne put se résoudre à l'admettre quand il l'eut obtenue. Différents conciles, ceux de Melun, de Rouen, Reims, Tours, Aix, Toulouse, Narbonne et les deux conciles de Bordeaux demandèrent en vain, de 1579 à 1614, l'introduction du concile de Trente comme loi de l'Etat. Ces mêmes conciles sont du reste d'accord pour dire qu'il n'appartient pas aux lois canoniques d'annuler le mariage clandestin et que le mariage est distinct du sacrement : « *Optare-* »
« *mus* dit le concile de Rouen (Labbe t. 15 p. 828)
« *sanè publicatum esse in hoc regno primum decretum*
« *concilii tridentini de reformatione matrimonii, ut*
« *nobis liceret ex eodem matrimonium irrita et nulla*
« *declarare et decernere, quæcumque contrahuntur*
« *sine parœci, aut alterius sacerdotis de ipsius parœci*
« *seu ordinarii licentia et duorum vel trium testium*
« *præsentia; atquæ indè gravibus peccatis occurrere quæ*

« *de cunjugiis clandestinis ortum habent, præsertim*
 « *eorum qui in statu dominationis permanent, dum*
 « *priore uxore cum qua clam contraxerint relictæ, cum*
 « *alia palam contrahunt et cumca inperpetuo adulterio*
 « *vivunt.* » Le concile de Rouen reconnut donc
 qu'un mariage clandestin est valable aux yeux de
 l'Eglise et que la nouvelle union contractée devant
 l'Eglise est nulle.

Le pouvoir séculier songea à interdire lui-même
 le mariage clandestin ; dès Février 1556, un édit de
 Henri III l'annulait, mais cet édit ne visait que les
 mariages conclus sans l'agrément des parents. La
 célèbre ordonnance de Blois, en mai 1579, fut le
 point de départ de nouvelles mesures. Plus rigou-
 reuse même que le concile de Trente des délibéra-
 tions duquel elle s'inspira, elle exigea quatre témoins
 au lieu de deux : son article 40 est ainsi conçu :
 « Pour obvier aux abus et inconvénients qui obtien-
 « nent des mariages clandestins, nous avons ordon-
 « né et ordonnons que les sujets, de quelque état,
 « qualité et conditions qu'ils soient, ne pourront va-
 « lablement contracter mariage sans proclamation
 « précédente de bans..., après lesquels bans seront
 « épousés publiquement. Et pour pouvoir témoigner
 « de la forme qui aura été observée ès dits mariages, y
 « assisteront quatre personnes dignes de foi pour le
 « moins, dont sera fait registre ; le tout sous les peines
 « portées par les conciles. Enjoignons aux curés, vi-
 « caires et autres de s'enquérir soigneusement de
 « la qualité de ceux qui se voudraient marier » et

l'art. 44 ajoute : « Défendons pareillement à tous
 « notaires, sous peine de punition corporelle, de passer
 « et recevoir aucune promesse de mariage par pa-
 « roles de présent. »

Le rôle du prêtre n'a pas été modifié, les termes de
 l'ordonnance en font foi. Si le droit canonique s'ins-
 pire uniquement d'une idée religieuse, les pouvoirs
 civils ne songent qu'à la publicité du mariage et à
 sa preuve. Les prêtres, comme au temps de Charle-
 magne, ne font que jouer le rôle d'officiers de l'état
 civil. Aussi faut-il remarquer que la célébration re-
 ligieuse n'est dans l'ordonnance de Blois, visée com-
 me telle, que d'une manière accessoire. Le curé est
 chargé d'assister à la manifestation du consente-
 ment des parties et non pas de bénir le mariage, ni
 même de provoquer le consentement.

Aussi, et c'est encore une différence avec les pres-
 criptions du concile de Trente, l'assistance du prê-
 tre n'était-elle pas requise à point de nullité,
 tout au moins l'ordonnance ne contient rien sur
 ce point, et plus tard, lorsque l'ordonnance de 1629
 renouvellera la prohibition en y ajoutant la sanction
 de la nullité, elle déclarera innover.

Ce qui est certain, c'est que le mariage clandes-
 tin ne disparut pas ; la maxime des Décretales que
 « *sponsalia de futuro transeunt in matrimonium per*
 « *carnalem copulam subsequutam* » demeure en vigueur ;
 et les officiaux chargés de conduire devant les tri-
 bunaux ecclésiastiques les personnes qui avaient réa-
 lisé par la cohabitation les *sponsalia de futuro*, con-

tinuèrent à ne pas manquer à ce devoir. Un arrêt du Parlement de Paris, qui le 21 février 1606 déclara abusifs les jugements des *officialités* validant les unions ainsi contractées, n'eut aucun résultat pratique (1). En décembre 1606 un édit de Henri IV renouvela la prohibition dans les termes suivants (art. 12). « Nous voulons que les causes concernant
« le mariage soient et appartiennent à la connais-
« sance et juridiction des juges de l'Eglise, à la
« charge qu'ils soient tenus de garder les ordonnances et même celle de Blois, et suivant icelle, déclarer des mariages qui n'auront été fait et célébrés en l'Eglise, nul et non valablement contractés comme cette peine inditce par les conciles ». La nullité est donc prononcée, mais elle l'est pour la première fois et non comme le prétend l'édit, par répétition de la décision contenue dans l'ordonnance de Blois.

La célèbre ordonnance de 1629 rendue sur les remontrances des Etats réunis à Paris en 1614 à l'instigation du chancelier de Marillac (connue sous le nom de code Michaud) décide (art. 14) :

« L'ordonnance de Blois, touchant les mariages clandestins, sera exactement observée et y ajoutant
« voulons que tous mariages, contractés contre la teneur de ladite ordonnance, soient déclarés non valablement contractés; faisant défense à tous
« curés et autres prêtres séculiers ou réguliers, sous

(1) Beauchet op. cit. p. 49.

« peine d'amende arbitraire, célébrer aucun mariage
« de personnes qui ne soient pas de leurs paroisses
« sans la permission de leur curé ou de leur évêque
« diocésain, nonobstant tous privilèges contraires. »
Et l'article 40 interdit la preuve du mariage autrement que par écrit, à moins qu'il ne s'agisse de personnes du village de basse et vile condition. »

Le code Michaud ne fut enregistré que dans peu de parlements, ceux mêmes qui l'avaient reçu cessèrent rapidement d'en appliquer les dispositions.

Le 26 novembre 1839 la déclaration de St Germain-en-Laye porte encore dans son article 1^{er} se référant à l'ordonnance de Blois : « Nous voulons que l'article 40 de l'ordonnance de Blois touchant le mariage clandestin soit exactement gardée; et interprétant
« icelui, ordonnons que la proclamation des bases
« sera faite par le curé de chacune des parties contractantes avec le consentement des père, mère,
« tuteur, curateur, s'ils sont enfants de famille ou
« en la puissance d'auteur; et qu'à la célébration
« du mariage assisteront quatre témoins dignes de
« foi outre le curé qui recevra le consentement
« des parties et les conjindra en mariage suivant
« la forme pratiquée en l'Eglise. »

La sanction de nullité qui résultait des déclarations précédentes paraît avoir disparu. L'article 5 porte en effet : « Désirant pourvoir à l'abus qui commence
« à s'introduire dans notre royaume par ceux qui
« tiennent leur mariage secret et caché pendant
« leur vie, contre le respect qui est dû à un si grand

« sacrement, nous ordonnons que les majeurs con-
 « tractent leur mariage publiquement et en face de
 « l'Eglise avec les solennités prescrites par l'ordon-
 « nance de Blois et déclarons les enfants qui naîtront
 « de ce mariage (que les parties ont tenus jusqu'ici
 « ou tiendront à l'avenir cachés pendant toute leur
 « vie) qui ressentent plutôt la honte du concubi-
 « nage que la dignité du mariage, incapables de
 « toute succession aussi bien que leur postérité. »

Rapproché surtout de l'article 3 qui déclare non valablement contractés les mariages faits avec ceux qui ont ravi et enlevé les veuves, fils et filles de quelque âge et condition qu'ils soient, l'article 5 est très-explicite : il ne prive le mariage clandestin que de certains de ses effets civils, encore paraît-il ne le décider ainsi que pour les mariages qui restent clandestins durant toute la vie de l'époux.

Une autre innovation paraissait résulter de la déclaration de 1639 ; le rôle du curé n'était plus purement passif ; il était chargé de procéder à la célébration du mariage. Cependant sur ce point les doutes continuèrent. On prétendit souvent que la présence volontaire du curé était suffisante et que la célébration effective par son entremise n'était pas nécessaire.

Enfin l'ordonnance de 1639 interdisait « à tous
 « juges, même à ceux de l'Eglise, de recevoir la
 « preuve par témoins des promesses de mariage ni
 « autrement que par l'écrit qui soit arrêté en pré-
 « sence de quatre proches parents de l'une et de l'autre

« tre des parties, encore qu'elles soient de basse
 « condition » (art. 7) supprimant ainsi ou du moins empêchant de naître l'exception qui avait été faite par le code Michaud.

Les unions clandestines diminuèrent peut-être. A coup sûr, elles ne disparurent pas ; un arrêt de règlement du parlement de Paris en date du 5 septembre 1660 fait de nouveau défense à tous notaires à peine d'interdiction de passer aucuns actes par lesquels les hommes et femmes déclarent qu'ils se prennent pour mari et femme, sur le refus qui leur serait fait par les évêques, grands vicaires et curés de leur conférer le sacrement de mariage, et ordonne que lesdits évêques, grands vicaires et curés, seront tenus de donner des actes par écrit, contenant les causes de leur refus, lorsqu'ils en ont. Un autre arrêt du 20 décembre 1688 réitéra cette défense aux notaires.

Les magistrats donnaient l'exemple des unions clandestines ; au temps de la Fronde, Gaulmain doyen des maîtres des requêtes, se maria par contrat devant notaire, d'où le nom de mariage à la Gaulmine. Ce mode d'union est aussi décrit dans les remontrances adressées en 1680 par le clergé à Louis XIV : « Les mariages qu'on appelle à la Gaulmine lesquels se font par un simple acte au curé, par lequel les deux parties, en présence d'un notaire, déclarent qu'elles se prennent pour mari et femme, devenant très fréquents dans les diocèses et causant de grands troubles dans les familles, beaucoup de dé-

sordres dans les consciences et d'extrêmes embarras aux curés et aux évêques, le clergé est obligé d'avoir recours au roi et de lui demander son secours pour les empêcher. »

Tout ceci prouve que les prohibitions législatives n'avaient pas nui au mariage par le simple consentement ou du moins, par les notaires. L'édit de Mars 1697 voulut y mettre fin. Après avoir constaté dans un préambule la fréquence de ces sortes de mariages, il décide que la présence du prêtre est une des formalités essentielles du mariage, sans cependant prononcer la nullité de l'union contractée sans l'intervention du curé. Il ordonne spécialement aux curés « de conjoindre en mariage autres personnes que ceux qui sont leurs vrais et ordinaires paroissiens. »

La déclaration royale du 15 juin 1697, rendue pour l'exécution de l'édit de mars, interdit encore le mariage devant les curés autres que ceux des contractants et en interdit la célébration tout en reconnaissant implicitement leur validité. Quant aux « conjonctions des personnes lesquelles se prétendent mariées et vivent ensemble en conséquence des actes qu'elles auront obtenus du consentement réciproque avec lequel elles se seront pris pour mari et femme » elles ne sont pas davantage frappées de nullité. Elles n'imposeront « ni communauté, ni douaire ni aucuns autres effets civils, de quelque nature qu'ils puissent être, en faveur des prétendus conjoints et des enfants qui en peuvent naître, les-

quels nous voulons être privés de toute succession tant directe que collatérale. »

Le 14 mai 1724, et le 21 novembre 1730, toujours à la demande du clergé, ces prohibitions furent renouvelées, sans jamais être sanctionnées par la nullité.

On voit qu'à aucun moment la bénédiction religieuse ne fut employée d'une façon absolue et que rarement le pouvoir royal osa annuler un mariage contracté suivant un mode qui, s'il était illégal, était profondément entré et resté dans les mœurs. Telle était du reste la jurisprudence presque constante des parlements, et elle persista jusqu'à la révolution.

Les mariages des protestants avaient dans l'ancien droit donné lieu à des dispositions spéciales ainsi que ceux des autres dissidents.

On n'appliqua pas aux protestants la disposition de l'Ordonnance de Blois qui exigeaient le mariage devant le curé, du reste l'Édit de Nantes ne leur applique les lois canoniques qu'en ce qui concerne les empêchements pour causes de parenté (art. 23). Les ordonnances postérieures ne s'y appliquaient pas davantage. Toutefois l'article 40 de l'Ordonnance de Blois en abolissant les actes de mariage dressés par les notaires, enlevait aux protestants les moyens ordinaires de prouver leur mariage si la prohibition de l'Ordonnance n'avait pas été tournée dans la pratique, surtout si les tribunaux n'avaient pas considéré souvent comme de force probante les regis-

tres d'actes de l'État civil tenus par les ministres du culte protestant; les adeptes de ce culte auraient été très embarrassés pour prouver leur mariage.

L'arrêt du conseil du 22 septembre 1664, et les déclarations royales du 2 avril 1666, et du 1^{er} février 1669 accordaient aux registres tenus par les ministres du culte protestant, la force probante des registres tenus par les ministres catholiques. La tenue de ces registres fut même obligatoire et de trois en trois mois les ministres devaient en fournir un extrait aux greffes des baillages et maréchaussées de leur ressort. L'arrêt du conseil du 15 septembre 1685, décide même que, dans les pays interdits, on pouvait faire venir pour procéder à la célébration du mariage des ministres du culte protestant, à condition que ces ministres fussent agréés par l'intendant. Mais le fameux édit de révocation de l'édit de Nantes (22 octobre 1685), vint bientôt interdire aux ministres du culte protestant le séjour de la France et rendre ainsi l'état civil des protestants impossible à constater. On n'excepta que les ministres auxquels il serait accordé une permission spéciale par écrit; mais comme les protestants craignaient de se faire trop facilement signaler, ils n'osaient généralement pas demander de ministres du culte pour procéder à la célébration de leur mariage, l'exception fut presque théorique.

L'édit de 1685, qui imposait aux protestants de recourir aux ministres catholiques pour le baptême de leurs enfants, ne les obligea pas du reste à en

faire autant pour la célébration de leur mariage. Les mariages des protestants devant les prêtres catholiques n'étaient cependant pas interdits, et comme on n'obligeait pas les protestants qui y recouraient à se convertir à la religion catholique, ces mariages furent très nombreux. Mais il arriva beaucoup plus souvent que les protestants eurent recourt au mariage à la Gaulmine qui était pour eux un moyen très simple d'éviter cette alternative. Mais les mariages ainsi contractés étaient-ils comme ceux que contractaient les catholiques, dans les mêmes conditions, privés de leurs effets civils? L'affirmative paraît probable quoiqu'il soit impossible de résoudre la question d'une manière positive.

La déclaration royale du 13 décembre 1698 impose aux protestants nouvellement convertis, mais à eux seulement, l'obligation de recourir à l'entremise d'un ministre du culte catholique; la situation antérieure était donc maintenue pour les protestants qui avaient conservé leur religion.

En somme on aurait dû reconnaître la validité des mariages contractés par les protestants sans l'intervention du prêtre catholique, quitte à en restreindre les effets, d'abord parce que ce genre de mariage était permis aux catholiques eux-mêmes, ensuite parce qu'il était surtout nécessaire aux protestants qui, à moins de commettre un sacrilège ne pouvaient recourir aux ministres d'une autre religion.

Cependant les Parlements prirent l'habitude d'annuler les mariages contractés par les protestants, de

ne leur reconnaître aucun effet, en donnant pour motif qu'il n'y avait plus de protestants en France.

Au milieu du XVIII^e siècle une jurisprudence nouvelle et plus humaine commença à se faire jour (1) : Sans admettre expressément la validité du mariage contracté par les protestants sans l'intervention du ministre du culte catholique, on rejeta presque toujours l'action en nullité intentée par une personne quelconque contre le mariage contracté *solo consensu* par les protestants.

La situation des protestants préoccupait fort les économistes. Daguesseau écrivait en 1740 aux évêques du Languedoc pour les prier de faire en sorte que l'Eglise se relachât de sa rigueur.

Sous Louis XVI l'édit de mars 1787 décidait pour la première fois que « tous ceux qui ne font pas profession de la religion catholique — on voit donc que « si cet édit était surtout inspiré par la situation des « protestants, il était loin de s'appliquer exclusivement à eux — pouvaient contracter des mariages « en la forme établie par les articles 17 et 18 de « l'édit lui-même ».

Aux termes de ces articles, les parties contractantes doivent se transporter, assistées de quatre témoins, en la maison du curé ou du vicaire du lieu où l'une des parties aura son domicile, ou devant le premier officier de la justice des lieux, soit royal, soit seigneurial. Là, elles font la déclaration qu'elles se sont

(1) V. Beauchet op. cit. p. 83.

prises et se prennent en légitime et indissoluble mariage et qu'elles se promettent fidélité.

Le curé ou le juge déclare alors aux parties au nom de la loi, qu'elles sont unies en légitime et indissoluble mariage ; il inscrit les déclarations des parties sur les deux doubles du registre tenu à cet effet. Il signe et fait signer les parties contractantes et les témoins.

Ces mariages ont les mêmes effets civils, à l'égard de ceux qui les ont contractés aussi bien qu'à l'égard de leurs enfants, que les mariages contractés et célébrés dans la forme ordinaire par les sujets catholiques (art. 2). Mais même contractés devant l'autorité religieuse, ces mariages ne produisent que des effets civils. Le curé en effet agit non pas comme ministre de la religion, mais comme un délégué de la justice royale ou seigneuriale dont les officiers étaient souvent trop éloignés pour qu'on pût recourir à eux.

Quoiqu'il en soit l'édit de 1787 contient la première trace d'un mariage réellement célébré par l'officier de l'Etat civil.

L'Edit de 1787 règle également les unions contractées par les personnes appartenant à un culte autre que le culte catholique, antérieurement à la promulgation de l'édit et sous l'observation des formalités prescrites par les ordonnances.

L'Edit les autorise « en se conformant aux dispositions suivantes dans le terme et espace d'une année à compter du jour de la publication et enregistre-

ment de l'édit... à acquérir pour eux et leurs enfants la jouissance de tous les droits résultant du mariage légitime, à compter du jour de leur union dont ils apporteront la preuve (art. 2). » L'article 22 indique les formalités nécessaires ; elles consistent dans une simple déclaration faite au juge seigneurial ou au curé.

Enfin le mariage seulement religieux des protestants, autorisé par l'édit de 1685 et implicitement prohibé par les déclarations royales postérieures qui ne le mentionnaient pas, fut expressément interdit. Les ministres d'une religion autre que la religion catholique reçurent en effet défense « de s'ingérer à délivrer aucuns certificats de mariages... Lesquels le roi déclare nuls et de nul effet sans qu'en aucun cas les juges ni autres puissent y avoir égard. »

Outre ces dispositions générales, il en existe quelques-unes beaucoup plus spéciales que nous nous contenterons de mentionner. Ainsi les juifs d'Alsace et de Lorraine avaient le privilège, depuis l'annexion de l'Alsace et de la Lorraine à la France de se marier suivant le rituel de leur religion et par l'intermédiaire de leur rabbin. De même les protestants de l'Alsace conservèrent même après la révocation de l'Edit de Nantes la faculté de se marier devant leurs pasteurs et ce privilège subsista après l'édit de 1787, qui dit textuellement : « N'entendons au surplus déroger par notre présent édit aux concessions par nous faites ou par les rois nos prédécesseurs aux Luthériens établis en Alsace. »

III FORMES POSTÉRIEURES A LA RÉVOLUTION

Dès le début de la Révolution, le mariage civil fut établi en fait. La constitution civile des 12-14 juillet 24 août 1790 eut, on le sait, pour effet de faire incarcérer ou proscrire tous les curés qui refusèrent de prêter serment à la Révolution. Quant aux curés qui avaient prêté ce serment, la population catholique ne pouvait les considérer comme des ministres du culte. La situation des catholiques était donc fort embarrassante, ils n'avaient que le choix entre la célébration de leur mariage par les prêtres pros crits, célébration qui n'avait aucun effet civil et pouvait avoir les plus graves conséquences pour ceux qui y recouraient ; et la célébration, insuffisante pour leur conscience, par des prêtres schismatiques.

La constitution des 3-14 septembre 1791 établit dans les termes suivants le mariage civil obligatoire :

« La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil.

« Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. »

C'est le notaire qui fut au début l'officier de l'État

civil, pour être bientôt remplacé par les municipalités des communes.

Pour sanctionner le caractère obligatoire du mariage civil, la loi du 18 germinal an X art. 54 décida que la bénédiction nuptiale ne pourrait être désormais donnée qu'après la conclusion du mariage civil.

Les rédacteurs du Code civil n'ont pas touché à cette dernière disposition; elle subsiste donc encore aujourd'hui; du reste les articles 199 et 200 du Code pénal en ont admis implicitement le maintien en prononçant dans les termes suivants une peine contre le ministre du culte qui contreviendrait à la loi de germinal: « Tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état-civil, sera, pour la première fois, puni d'une amende de seize francs à cent francs. — En cas de nouvelles contraventions de l'espèce exprimée en l'article précédent, le ministre du culte qui les aura commises sera puni, savoir: pour la première récidive d'un emprisonnement de deux à cinq ans et pour la seconde de la détention ».

Le mariage reste donc exclusivement civil; les rédacteurs du Code civil n'eurent pas d'hésitation sur ce point; seulement, ils cherchèrent à restituer à la célébration du mariage le caractère moral que l'ancien droit lui avait donné, et dont le droit intermédiaire l'avait dépouillée. C'est pour cette raison que la

célébration du mariage tout en étant aujourd'hui civile n'est pas purement consensuelle et que l'officier de l'Etat civil est chargé, non pas de constater le consentement, mais de procéder à sa manifestation.

La célébration du mariage est réglée par les articles 63 et s. et l'article 165 du Code civil.

Ce dernier article est ainsi conçu :

« Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties. »

L'analyse de ce texte rentre sous les chefs suivants :

1° Compétence de l'officier de l'Etat civil.

2° Formalités du mariage.

Aucune de ces questions ne nous arrêtera longtemps, les débats qui ont été autrefois soulevés dans la doctrine et la jurisprudence étant éteints depuis longtemps.

COMPÉTENCE DE L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL

L'officier de l'état civil compétent est celui du domicile de l'un des époux. Aucune difficulté ne se serait élevée sur ce point, et l'on aurait été d'accord pour considérer comme domicile des parties leur domicile ordinaire, c'est-à-dire le lieu de leur principal établissement, si l'art. 74, après avoir dit comme l'art. 165: « le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile, »

n'ajoutait : « le domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune. » De là, la question suivante : Les futurs époux sont-ils obligés de s'en tenir à ce dernier domicile ou bien ont-ils le choix entre leur domicile ordinaire et celui de l'article 74 ?

L'opinion générale adopte avec raison cette dernière solution. L'art. 165, ne reproduit pas les termes de l'article 74 qui, d'un autre côté, s'explique par une faveur accordée aux époux, faveur qui n'en serait pas une si elle était obligatoire. En outre, l'article 74 n'est que la reproduction de la loi du 25 septembre 1792; et un décret du 22 germinal an II avait interprété cette dernière disposition dans le sens que les époux avaient le choix entre les deux domiciles.

Enfin, cette dernière interprétation a été, pour ainsi dire, consacrée législativement. A la suite du traité de Francfort en 1871, beaucoup d'alsaciens ayant transféré leur domicile en France, la question s'éleva de savoir s'ils étaient obligés de se conformer aux six mois de résidence de l'article 74. Une proposition de loi ayant été faite en sens contraire, la commission nommée pour l'examiner, la jugea superflue et considéra qu'elle ne contenait qu'une application du droit commun. Une circulaire du ministre de la justice en date du 21 décembre 1871, signala cette interprétation et la rendit officielle. Il est donc certain que la question, à peu près tranchée dans la doctrine, ne fait plus et ne fera plus de doute dans la pratique.

IV. FORMES DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

La célébration du mariage doit, d'après l'article 165, se faire publiquement. On admet aujourd'hui sans discussion que les époux doivent se présenter en personne devant l'officier de l'Etat civil quoique des textes ne contiennent rien sur ce point. Cette opinion a été formellement exprimée par le premier consul et elle est seule en harmonie avec l'ancien article 294 qui exigeait en matière de divorce par consentement mutuel la présence des parties.

L'article 75 exige que le mariage se fasse dans la maison commune; la pratique admet cependant que l'officier de l'Etat civil a le droit, sans y être forcé, de se transporter dans tout autre endroit quand l'une des parties est incapable de se déplacer. Au termes du même article 75, l'officier de l'état civil en présence de quatre témoins, parents ou non parents des parties, réunissant les conditions exigées par l'article 37, fait lecture aux futurs époux des diverses pièces dont la présentation est exigée et du chapitre 4 du titre du mariage, sur les droits et devoirs respectifs des époux. Il reçoit ensuite de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et pour femme. Puis il prononce au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage. Enfin l'officier de l'Etat civil dresse sur le champ, de tout ce qui précède, un acte qu'il inscrit en la forme

ordinaire sur les registres de l'Etat civil et dans lequel il inscrit toutes les énonciations prescrites par l'article 76. (4)

Voilà d'une manière très-sommaire, les diverses formalités de la célébration du mariage, nous n'insistons pas davantage, notre but ayant été simplement de fournir un élément de comparaison avec les autres législations étrangères dont l'exposé va suivre. La loi française ne s'occupe que d'une manière incomplète, de la célébration du mariage en droit international.

(4) Un projet de loi d'initiative parlementaire déposé sur le bureau de la chambre des députés le 2 juillet 1888 par M. Le Roy ancien député, et renvoyé à l'examen d'une commission, a pour objet de modifier les formalités préalables au mariage des indigents. Ce projet augmenté d'une proposition a été repris en décembre 89 grâce à l'initiative de M. Plichon député du Nord. Renvoyé à la 2^me commission d'initiative parlementaire, il est en ce moment à l'étude. Voici sa teneur.

Art. 1. — L'art. 151 du C. C. est ainsi modifié :

« Art. 151 : — Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148 sont tenus, avant de contracter mariage, de demander par un acte respectueux et formel le conseil de leur père et de leur mère ou celui de leurs aïeux et aïeules, lorsque leur père et leur mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Il pourra être à défaut de consentement sur l'acte respectueux, passé outre un mois après, à la célébration du mariage. »

Art. 2. — Les articles 152 et 153 du code civil sont abrogés.

Art. 3. — En cas d'indigence, l'acte de consentement prescrit par l'article 73 du code civil pourra être reçu, sans témoins, par l'officier de l'Etat civil du domicile de l'ascendant, et, à l'étranger, par les agents diplomatiques ou consulaires français. Cet acte ne devra pas être transcrit sur un registre spécial. Il sera exempt des formalités de timbre et de l'enregistrement.

Art. 4. — En cas d'indigence, les actes respectueux seront compris au nombre des actes qui doivent être visés pour timbre et enregistrés gratis, aux termes de l'article 4 de la loi du 10 décembre 1850.

Art. 5. — Le § 2 de l'article 6 de la loi du 10 décembre 1850 est abrogé.

Le mariage des étrangers en France n'est pas régi par le Code civil. On ne peut refuser d'admettre qu'il doit se régler pour être valable en France, d'après les formes françaises, quoiqu'il puisse appartenir à la loi nationale des parties de décider que dans le ressort soumis à cette loi, les formes françaises n'ont point de valeur. La solution que nous donnons est une application de la règle : *Locus regit actum*, qui, c'est un principe incontesté, régit en droit international les formes de toute espèce d'acte.

Quant aux mariages contractés à l'étranger entre français et entre français et étrangers, l'article 170 C. C. applique formellement le principe que nous venons de rappeler en décidant qu'ils sont valables, s'ils sont célébrés dans les formes usitées dans les pays où ils sont contractés. Il est vrai que l'art. 170 dans un but de morale et de sûreté, exige contrairement aux principes du droit international des publications préalables et une transaction ultérieure en France. Mais ce sont là des formalités étrangères à la célébration du mariage.

Enfin l'art. 48 C. C. dit que tout acte de l'état civil des français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls. Il faut admettre que ces derniers procèdent valablement au mariage de deux Français à l'étranger. On admet du reste sans discussion que leur compétence ne s'étend pas au cas où un français se marie avec un étranger.

Nous ne ferons que mentionner les dispositions des articles 88 et suivants relatives au mariage des militaires français qui se trouvent sous les drapeaux.

CHAPITRE II

PAYS OU LE MARIAGE EST EXCLUSIVEMENT CIVIL

I. ALLEMAGNE

Le droit germanique est, on le sait, le précurseur du droit allemand aussi bien que du droit français; tout ce que nous avons dit à propos des formes du mariage dans l'ancien droit germanique doit donc être placé ici. Le mariage se contractait par achat.

On ne peut être surpris que le mariage par achat ait subsisté après la formation de l'Allemagne indépendante. Au xv^e siècle on disait encore acheter sa femme (1). Le mariage par achat devait nécessairement disparaître en Allemagne, comme il avait disparu ailleurs, et cela par l'effet des mêmes influences.

Le droit canonique produisit son influence en Allemagne comme partout ailleurs, plus que partout ailleurs. Non seulement les tribunaux ecclésiastiques furent seuls appelés à connaître de toutes les difficultés qui pouvaient s'élever en matière de mariage, non-seulement on rendit le mariage indissoluble et on augmenta les empêchements au mariage, mais

(1) Grimm Deutsche Rechtsalterthuemer.

de plus le mariage devint un acte essentiellement religieux, et sans l'intervention de l'Église il ne put être contracté.

Tous les fiancés chrétiens furent obligés de manifester publiquement et devant un prêtre, à l'Église, leur intention de s'unir. La bénédiction religieuse fut obligatoire. Toute union contractée sans cette bénédiction était réputée clandestine et, sans être privée de tout effet juridique, elle ne produisait pas les véritables effets du mariage. Cette solution est déjà écrite au XIII^e siècle dans le Miroir de Souabe (appendice n^o 345).

Cependant, si le mariage religieux fut obligatoire, on fut longtemps à reconnaître qu'il constituait la cérémonie unique et suffisante pour unir deux époux. Pendant plusieurs siècles on continua à donner pour point de départ aux effets du mariage la cohabitation des époux postérieure à la célébration. Dans les débuts même, la cohabitation pouvait précéder et précédait très souvent la célébration religieuse. C'est le concile de Trente qui, pour la première fois, exigea pour la validité du mariage, qu'il fût célébré par le curé compétent en présence de deux témoins au moins.

Après la Réforme au XVI^e siècle, les pays protestants s'affranchirent du joug du clergé catholique en ce qui concerne le mariage. Ils répudièrent la juridiction des évêques dans les procès en matière de mariage et l'ingérence des curés dans la célébration. Le clergé résista longtemps; il dut cependant finir

par s'incliner, il abandonna peu à peu une partie de ses prétentions et finit par s'écarter complètement dans ce pays de tout ce qui concerne le mariage.

Le mariage devint donc peu à peu dans les pays protestants de l'Allemagne un contrat purement et exclusivement civil. Ce n'est pas à dire cependant que la célébration fut inutile. Elle continua à rester nécessaire et dut être faite par le ministre protestant. Mais elle perdit tous ses caractères. Si la célébration resta nécessaire, ce fut uniquement à cause des inconvénients du mariage secret qui continua à être prohibé. On voulut conserver la preuve du mariage. Même réduite à ce rôle, la célébration religieuse ne persista point partout. Au XVIII^e siècle, on voit certains pays allemands considérer le mariage comme un contrat civil et consensuel se formant et se dissolvant par le simple consentement.

Quelques pays catholiques adoptèrent aussi ce point de vue nouveau. Mais ce fut plutôt dans les pays protestants que s'établit cette réforme et elle ne se généralisa nulle part.

Avant d'arriver à la législation uniforme qui régit aujourd'hui l'Allemagne au point de vue des formes du mariage, indiquons rapidement quel était avant l'établissement de cette législation générale le système suivi dans les principaux pays.

En principe, le mariage religieux existait aussi bien pour les pays protestants de l'Allemagne que pour les pays catholiques. Cependant la jurisprudence et la doctrine s'étaient depuis longtemps occupées à modi-

fier ces règles. Certaines dispositions du droit canon leur avaient paru peu conformes à la liberté de conscience, aux droits légitimes de l'homme ou à la liberté humaine (1).

De là vient qu'il s'était formé un corps de doctrines, constamment appliqué par les tribunaux et qui, sur beaucoup de points, avait fini par supplanter le droit canonique alors que sur d'autres points il se contentait de le reproduire. Ce corps de doctrine a pris le nom de droit commun ecclésiastique protestant. Il régissait l'ancien royaume de Hanovre à l'exception de la Frise occidentale, du pays de Langen, de l'électorat de Hesse, du grand duché de Hesse, de l'ancien duché de Nassau où le code général prussien a conservé force de loi. Il régissait aussi autrefois la Prusse, le Nuremberg. Il existe entre ces pays et les pays catholiques des différences au point de vue du mariage, mais ces différences ne touchent pas à la célébration.

Nous ne les étudierons donc pas, et il suffit d'en avoir signalé l'existence et d'avoir indiqué le rôle important joué en Allemagne par les doctrines protestantes.

Nous avons déjà dit que dans quelques rares pays de droit protestant, notamment à Hambourg, la validité du mariage ne dépendait aucunement de l'assistance du prêtre; le mariage n'avait aucun caractère

(1) Boehmer jus ecclesiasticum protestantium.

religieux. L'officier de l'état civil y procédait valablement.

La haute cour de l'empire d'Allemagne siégeant à Leipzig a, par un jugement du 27 janvier 1887, reconnu l'exactitude de ces principes en ce qui concerne les mariages antérieurs à l'uniformisation de la législation.

Le code civil français a été adopté dans le grand duché de Bade en 1809. Toutefois le titre du mariage a subi un assez grand nombre de modifications, partie, lors même de cette promulgation, partie, dans les années qui l'ont suivie. Le grand duc avait rendu à la date du 15 juillet 1807 un décret composé de 72 paragraphes où avait été réglé d'une manière uniforme tout ce qui concerne le divorce. Lors de la promulgation du code, on ajouta à ce décret la disposition suivante : « Le règlement matrimonial de 1807 est maintenu dans toutes ses dispositions qui peuvent se concilier avec celles du présent code. Il conservera d'ailleurs sa force légale en tout ce qui concerne la police administrative. » Or, le décret de 1807 avait établi la nécessité du mariage religieux. Il était à croire que cette disposition n'avait pas été maintenue puisqu'elle était en contradiction absolue avec la nécessité du mariage civil établie par le code civil. Cependant une ordonnance interprétative, en date du 29 octobre 1810 déclara que la police administrative embrassait tout ce qui regarde la conclusion du mariage et par suite les prohibitions au mariage. A partir de cette époque, il a été admis que

le ministre du culte remplissait dans le grand duché de Bade le rôle d'officier de l'état civil et que sa bénédiction unissait les époux au nom de la loi civile comme au nom de la loi religieuse.

Le mariage ne pouvait être célébré dans le grand duché de Bade et les publications ne pouvaient même être faites sans que les futurs époux eussent obtenu de l'autorité administrative une attestation prouvant qu'ils réunissaient les qualités et conditions requises pour contracter mariage (Décret de 1807 art. 7).

Le mariage était précédé de trois publications faites à huit jours d'intervalle dans la paroisse du domicile de chacun des futurs époux (art. 18.) Le mariage était célébré par le ministre du culte. Si la célébration avait lieu dans une réunion religieuse, la loi exigeait la présence de deux témoins, outre celle du ministre du culte, de son sacristain, des futurs époux et de leurs pères et mères. Lorsque les futurs époux professaient le même culte, le ministre devait se conformer au rituel de ce culte. Si l'un des époux professait un culte différent, le ministre devait négliger les formes qui se trouvaient en contradiction avec ce culte. S'agissait-il d'individus appartenant à une religion qui n'admettait point de bénédiction religieuse, tels que les anabaptistes, les séparatistes, ou bien y avait-il un obstacle à ce que la bénédiction religieuse put être donnée : au cas par exemple de mariages mixtes, soit entre chrétiens appartenant à des cultes différents, soit entre chrétiens et

juifs ; dans tous ces cas le ministre du culte devait se borner à recevoir de chacune des parties la déclaration qu'elles entendaient toutes deux se prendre pour mari et femme ; il devait déclarer ensuite qu'il ne connaissait aucun empêchement légal à leur mariage, qu'en conséquence en sa qualité de représentant du gouvernement et de fonctionnaire public, il leur accordait (sans avoir à s'inquiéter des lois de l'église) la permission de vivre comme mari et femme et déclarait qu'ils pouvaient exercer tous les droits des époux et étaient soumis à toutes les obligations naissant du mariage (art. 19).

Dans toutes les hypothèses, le ministre du culte qui célébrait le mariage devait en vertu d'une ordonnance du 3 février 1832 donner lecture aux futurs époux avant la célébration religieuse, du chapitre VI du titre du mariage au code civil français. Cette lecture se faisait ordinairement hors de l'Eglise.

Le mariage était célébré par le ministre du culte soit du domicile de l'une des parties, soit du domicile que les futurs époux avaient choisi comme domicile matrimonial. Le ministre du culte qui y procédait devait se faire remettre le certificat délivré par son collègue constatant les publications faites ou les dispenses accordées. Ce certificat devait énoncer en même temps que le signataire n'avait aucune connaissance d'un empêchement quelconque au mariage.

Le mariage pouvait être également célébré par le ministre du culte d'une autre paroisse, mais seule-

ment avec la permission du gouvernement; et le curé ainsi délégué devait alors communiquer à son collègue du domicile réel, tous les renseignements nécessaires pour l'inscription du mariage sur ses registres (art. 20).

Le mariage était nul quand il n'avait pas été célébré devant le ministre du culte compétent (art. 21). La célébration du mariage était interdite durant la semaine sainte (art. 22).

Les mariages des juifs étaient soumis aux mêmes règles et formalités que ceux des chrétiens, ils étaient donc célébrés par le prêtre catholique, (art. 18 et 19); seulement, en vertu d'une circulaire ministérielle du 16 mai 1817, les publications se faisaient à l'intérieur de la synagogue.

Le mariage d'un Badois à l'étranger, suivant les formes du lieu de célébration était valable.

En Bavière, le mariage régi par une ordonnance royale de 1808 devait être précédé de trois publications. Cependant l'omission de cette formalité n'entraînait pas la nullité du mariage.

Le consentement des futurs époux devait, à peine de nullité, être déclaré devant le curé ou le ministre du culte ordinaire de la paroisse de l'une des parties, ou devant un autre curé délégué par l'évêque en présence de deux témoins (art. 5). Pour le cas du mariage mixte, une ordonnance royale du 25 septembre 1814 avait laissé aux futurs époux le choix entre le ministre du culte du mari et celui de la femme.

Les mariages des étrangers pouvaient être célébrés en Bavière; du moins rien ne défendait aux ministres du culte d'y procéder. Mais en ce qui concerne le mariage des Bavaois à l'étranger une ordonnance royale du 12 juillet 1808 (par. 16 et 19) contenait une disposition fort singulière. « La présente ordonnance ayant favorisé autant que possible toutes les unions matrimoniales contractées dans le royaume, il est sévèrement défendu aux sujets de contracter mariage à l'étranger. Tous les mariages contractés hors du royaume seront considérés comme nuls. Tout individu qui, en contravention de cette prohibition, contractera mariage en pays étranger, sera puni à son retour sur le territoire du royaume (outre les effets de la nullité de son mariage) d'un emprisonnement d'un mois, dont il sera tenu de payer les frais ou de fournir la valeur à l'aide de son travail. » Cette ordonnance fut modifiée par une autre ordonnance du 6 août 1815, aux termes de laquelle les autorités administratives étaient autorisées à ratifier les mariages contractés à l'étranger en contravention de la prohibition. Les dispenses furent nombreuses et l'ordonnance de 1808 finit bientôt par n'avoir plus de sanction.

Le code pénal Bavaois de 1813 n'ayant pas classé le mariage contracté à l'étranger par un bavaois, parmi les crimes et délits, on admit généralement que toute peine était supprimée.

Au Wurtemberg, le mariage devait être précédé de fiançailles obligatoires et publiées trois fois à

l'église le dimanche. Des dispenses de publication pouvaient être accordées. Il devait y avoir un intervalle d'au moins un jour entre la dernière publication et la célébration du mariage. Cette célébration était faite par le ministre du culte de l'un des futurs époux à leur choix.

Si les époux appartenaient à des religions différentes, la bénédiction était donnée par le ministre du culte du mari ; cependant si la femme le demandait, la bénédiction était en outre donnée par le ministre de son propre culte, mais cette solennité ne pouvait que suivre la première, et c'est de celle-ci que dataient tous les effets du mariage.

Dans tous les cas, la célébration du mariage devait avoir lieu à l'Eglise, en présence de la commune assemblée, ou au moins en présence des témoins.

Ni les publications, ni la célébration solennelle n'étaient sanctionnées par la nullité du mariage.

Les mariages des Israélites étaient précédés de trois publications faites à la synagogue les jours de samedi, ils étaient célébrés par le rabbin (ordonnance du 25 avril 1826, art. 37 et 38). La loi du 4 septembre 1808 déclarait nuls les mariages contractés à l'étranger par les sujets wurtembourgeois sans l'autorisation du gouvernement.

Dans le royaume de Saxe, le mariage devait être précédé de trois publications faites à trois dimanches consécutifs dans la commune du domicile de chacun des deux époux. Le roi pouvait en dispenser ; dans ce dernier cas les futurs époux devaient, au

moment de la célébration, affirmer qu'ils n'étaient pas engagés par fiançailles envers d'autres personnes.

Dans le royaume de Hanôvre, les autorités civiles étaient chargées de faire un examen de la fortune des époux et d'apprécier s'ils étaient aptes à se créer des moyens d'existence. Si l'examen aboutissait à un résultat satisfaisant, elles délivraient un certificat (trauschein) sur la présentation duquel le pasteur faisait des publications et procédait à la célébration du mariage. L'absence de l'enquête et du certificat n'entraînait pas la nullité du mariage, mais elle constituait un empêchement prohibitif. De plus, les époux qui ne s'étaient pas munis de ce certificat, ne pouvaient se fixer dans un endroit autre que celui de leur domicile d'origine.

La prescription relative à l'enquête sur la situation de fortune, s'appliquait même au mariage contracté par le Hanovrien en pays étranger et à défaut du certificat de l'autorité civile, on pouvait refuser de recevoir le conjoint étranger. Les municipalités statuaient sur ces certificats.

Dans les villes, elles étaient souveraines, dans les campagnes, il y avait appel aux autorités.

Quant aux étrangers, ils ne pouvaient se marier au Hanovre qu'en justifiant par un certificat des autorités de leur pays d'origine, que rien ne s'opposait à leur retour et à la réception de leur femme dans leur pays.

Dans l'électorat de Hesse (Kurhessen) les publications de mariage ne pouvaient avoir lieu que sur la présentation d'un certificat délivré par le conseil communal dans les villes ou par le bailli du cercle à la campagne et portant, que les futurs époux étaient aptes à se créer des moyens d'existence (circulaire du ministre d'état du 22 décembre 1823). Il n'y avait là du reste qu'un empêchement prohibitif.

Dans les résidences où il existait des curés catholiques et des pasteurs protestants, les mariages mixtes étaient célébrés par le ministre de la religion du futur époux. S'il n'y avait qu'un seul ministre et qu'il appartint à la religion de la femme, il pouvait valablement célébrer le mariage (circulaire du ministre d'Etat du 18 août 1823).

Toutefois dans ce dernier cas, quand le prêtre catholique faisait des objections au mariage, ou exigeait l'engagement d'élever tous les enfants dans la religion catholique, les époux pouvaient s'adresser au ministre protestant du lieu où ils voulaient se fixer (Circulaire du ministre de l'intérieur du 20 octobre 1838).

Les mariages contractés à l'étranger par les Hessois étaient valables. Une ordonnance du 27 décembre 1750 avait prononcé la nullité des mariages contractés à l'étranger par les militaires hessois de tout grade. Cette ordonnance avait été implicitement abrogée par d'autres ordonnances des 1^{er} avril 1796 et 30 novembre 1818 qui infligèrent simplement des punitions pour les faits de guerre : démission forcée

pour les officiers, trois mois d'arrêts pour les sous-officiers et soldats.

Une circulaire du ministre de l'intérieur du 20 novembre 1825 portait que le mariage ne pouvait être contracté à l'étranger par les sujets hessois sans un certificat délivré par les autorités locales et constatant l'aptitude à se créer des moyens d'existence. Ce certificat pouvait du reste être obtenu après la célébration.

Dans tous les cas, il ne constituait même pas un empêchement prohibitif.

La célébration du mariage des étrangers ne pouvait avoir lieu dans la Hesse électorale que sur la présentation d'une attestation délivrée par les autorités compétentes de la patrie du futur époux, constatant que ce dernier serait en tout temps reçu à se fixer avec sa famille dans sa patrie.

Dans le grand duché de Hesse, le mariage devait être précédé de trois publications faites à trois dimanches consécutifs dans l'église paroissiale de l'un des futurs époux. Le mariage était célébré par le curé ou le pasteur. Il était défendu au curé et au pasteur sous peine de cent florins d'amende, de donner leur bénédiction à un mariage entre nationaux et étrangers avant que les futurs époux eussent justifié par des attestations délivrées par les autorités locales, qu'il n'existait aucun empêchement au mariage et qu'il avait été satisfait aux prescriptions légales préalables au mariage.

Le bourgeois d'une commune qui se proposait d'épouser une personne étrangère à la commune était tenu de justifier que le futur ménage avait des moyens d'existence.

En Prusse, les publications préalables au mariage étaient faites à trois dimanches consécutifs dans la chaire de la paroisse de chacun des futurs époux.

Si l'un d'eux n'habitait pas encore depuis une année entière dans sa paroisse actuelle, les publications étaient faites en outre dans la paroisse du dernier domicile (2^e partie tit. 1 par. 138, 139, 141, 150, 151 du code général Pruss. de 1794.)

L'autorité, qui hiérarchiquement, venait immédiatement au-dessus du ministre du culte de la future pouvait dispenser de l'une des publications ; la dispense des deux publications ne pouvait être accordée que par le roi (par 152 et 153).

Toutefois la future n'avait pas besoin d'une dispense lorsque le futur époux appartenant à l'église luthérienne ou à la colonie française avait obtenu de ses autorités ecclésiastiques une dispense (par. 153). L'omission des publications n'entraînait pas la nullité du mariage mais seulement une amende ou l'emprisonnement. Ces peines n'étaient pas encourues quand l'un des époux s'était trouvé en danger de mort ou que le futur époux avait dit entreprendre un voyage dangereux ou lointain pour le service de l'état. (par. 154 à 157).

Le mariage ne devenait parfait que par la bénédiction ecclésiastique (par. 136) Toutefois lorsque deux

époux appartenant l'un et l'autre à un culte simplement toléré par l'état, la célébration du mariage et sa validité étaient jugées exclusivement selon les usages de leur culte (par. 137). Il en était ainsi par exemple lorsque les deux futurs époux étaient israélites (édit du 11 mars 1812 (par. 25).

Le droit de donner la bénédiction était réservé en règle générale au ministre du culte de la paroisse à laquelle appartenait la future. Toutefois lorsque le futur était militaire, il pouvait en être autrement. (par. 168) quand le mariage avait lieu au domicile du futur.

Le fait que la cérémonie a été dirigée par un ministre du culte autre que celui désigné par la loi n'entraînait pas la nullité du mariage. Le prêtre contrevenant encourait seul une amende et le prêtre compétent devait être indemnisé par les époux (par. 169). Les mariages des juifs étaient précédés de trois publications faites dans la synagogue. Quoique l'intervention de l'autorité religieuse fut obligatoire, le mariage était regardé comme célébré par la réunion des futurs époux sous le poêle et par l'échange des anneaux (édit du 11 mars 1812.)

Les étrangers ne pouvaient se marier en Prusse qu'en justifiant par pièces authentiques que les lois de leur nation n'apporteraient aucun empêchement à la célébration de leur mariage. (par. 143 à 145). Quant aux prussiens, ils se mariaient en pays étrangers suivant les formes usitées dans le lieu où ils se trouvaient. (par 170).

Le code général prussien ne constitue pour un

certain nombre de provinces du royaume qu'un droit subsidiaire, applicable seulement dans les cas où les textes législatifs spéciaux sont muets. Il est même quelques localités qui sont entièrement régies par le droit commun allemand et où le code prussien n'a aucun empire. Tels sont les anciens comtés de Witgenstein-Berleburg et Witgenstein-Witgenstein, les bailliages de Burbach et de Neuen-Kirchen, le duché de Westphalie et la principauté de Siegen. Dans ces derniers pays, le mariage était religieux ou civil suivant que la région était catholique ou protestante. Il en était de même des localités cédées par les Nassau en 1814 et où le code général n'a pas été introduit.

La forme du mariage entre protestants et catholiques avait fortement préoccupé les auteurs et les tribunaux. Il était reconnu que dans ceux des pays allemands qui suivaient le droit protestant, les mariages entre protestants et catholiques pouvaient être célébrés selon les formes protestantes ou selon les formes catholiques. Un arrêt récent du tribunal de l'empire vient encore pour les anciens mariages de consacrer ces principes (1). La controverse était beaucoup plus vive pour les pays catholiques et les auteurs n'avaient pas réussi à se mettre d'accord.

Telle était l'ancienne législation allemande, il était évident que depuis longtemps une réforme s'imposait. La diversité de législation en matière de mariage entre pays qui appartenaient à la même

(1) Tribunal de l'empire. — 27 Janvier 1887.

race et avaient entre eux des relations continuelles, rendait difficiles les mariages entre nationaux des divers pays allemands. Dès 1848, le parti révolutionnaire, dans la Constitution qu'il élaborait le 27 décembre, prescrivit le caractère obligatoire du mariage civil. Ce n'était pas seulement par haine du mariage religieux; c'était aussi parce qu'on croyait que ce moyen était le seul par lequel on pût arriver à l'uniformité de législation.

Aussi en 1867 et en 1868, le parlement de l'Allemagne du Nord invita le chancelier de la Confédération à lui présenter un projet de loi organisant le mariage civil et le rendant obligatoire.

En 1870, le cinquième congrès des jurisconsultes allemands réuni à Heidelberg, adopta la résolution suivante : « le mariage civil doit être regardé comme la seule forme de mariage possible dans les rapports actuels de l'Église et de l'État en Allemagne. Tous les obstacles résultant des différences de religion tombent avec l'introduction du mariage civil. »

Une loi fédérale du 4 mai 1870 décida que tous les allemands pouvaient à l'étranger se marier par l'entremise du consul allemand de la localité, sans que celui-ci pût exiger la promesse d'une union religieuse postérieure. C'était faire un premier pas dans la voie du mariage civil.

Mais le mariage civil fut réellement organisé pour la première fois en Prusse par la loi du 9 mars 1874. Les raisons pour lesquelles la Prusse commença la réforme sont diverses.

D'abord, la nécessité d'une loi sur le mariage civil se faisait sentir plus que partout ailleurs, dans ce pays qui offrait les éléments les plus disparates, et où la législation du mariage différait beaucoup de celle des autres pays.

D'autre part une lutte très vive, surtout à dater de 1871, s'engagea entre le gouvernement prussien et l'Eglise catholique. Après la loi du 11 mars 1871 qui enleva aux ministres du culte l'inspection des écoles; après l'ordonnance du 8 juillet 1871 qui supprima au ministère la direction du culte catholique; après les lois constitutionnelles des 11 et 12 mai 1873 qui s'occupent minutieusement de l'organisation du clergé catholique, le soumettent à un contrôle très étroit de la part de l'Etat et cherchent à rendre difficile le recrutement du clergé en même temps qu'à faciliter aux prêtres la sortie de l'Eglise; la loi Prussienne de 1874 se présente comme une loi destinée avant toutes choses à vexer le clergé et à accentuer la rupture entre l'Eglise et l'Etat.

Ces raisons ne sont pas les seules; le fonctionnement régulier des institutions de l'Etat a été également indiqué dans les travaux préparatoires de la loi de 1875. L'exposé des motifs de cette loi s'exprime dans les termes suivants: « En raison de l'importance du mariage comme base de tout droit de famille, les dispositions qui fixent sous quelles conditions et dans quelles formes le mariage peut être conclu avec effet légal, sont du ressort de la législation de l'Etat. La propriété dont jouit le mariage re-

ligieux de produire des effets civils, repose uniquement sur la législation de l'Etat. La plupart des conflits entre l'Eglise et l'Etat, qui se rapportent à la conclusion du mariage et à l'établissement de l'état civil, ont au fond leur cause dans la prétention de l'Eglise d'exercer le pouvoir qui lui est confié comme s'il lui appartenait en propre et uniquement d'après les règles qui sont pour elle obligatoires. L'Etat est obligé pour maintenir son autorité de se resaisir du pouvoir conféré par lui à l'Eglise »

C'est donc dans l'intérêt de l'Etat et pour assurer le fonctionnement régulier des institutions publiques qu'on a été amené à décider que le mariage civil serait obligatoire.

Enfin, une dernière raison a été indiquée par le ministre des cultes Falck. « La création de paroisses de vieux catholiques ne fait que commencer et ne peut avoir lieu que peu à peu, en sorte qu'il y aura beaucoup de vieux catholiques vis-à-vis desquels le gouvernement considère comme étant de son devoir de prendre des mesures pour assurer leur état civil et leur donner une forme de mariage qui ne les oblige pas, contrairement à leurs convictions, de sortir de l'Eglise. » On voulait donc faciliter le schisme des vieux catholiques. « La conduite des évêques, vis-à-vis de l'Etat, ajoutait le ministre, nécessite impérieusement pour des raisons pratiques, l'interdiction du mariage civil obligatoire. Les ecclésiastiques illégalement nommés à leur emploi (et il le seront ainsi toutes les fois que l'Etat n'aura pas été appelé

à participer à leur nomination) ne peuvent pas procéder valablement aux actes de la vie civile. Une grande partie de la population catholique en serait donc réduite à conclure des mariages entachés de nullités. De là les plus graves inconvénients et les plus grands embarras à exiger que l'on examine si l'ecclésiastique délégué par l'évêque a été ou non reconnu par l'Etat. »

En conséquence la loi de 1874 sécularisa le mariage ; les ministres du culte n'eurent plus le droit de tenir les registres de l'état civil. Le projet soumis à la Chambre des seigneurs permettait au gouvernement de conférer la qualité d'officier de l'état civil, par nomination spéciale, aux ministres du culte. Cette disposition elle-même disparut.

Le mariage religieux n'est évidemment pas interdit, mais il ne peut que suivre le mariage civil. Le ministre du culte qui célébrerait un mariage sans exiger la représentation d'un certificat constatant l'accomplissement du mariage civil préalable s'exposerait à une amende de 100 thalers au maximum et à un emprisonnement qui ne pourrait dépasser trois mois.

La loi de 1874 s'appliquait à tout le royaume de Prusse ; elle n'eut pas une longue durée, puisque la loi du 6 février 1875 est venue bientôt organiser le mariage civil obligatoire dans tout l'empire d'Allemagne.

Proposée par le gouvernement et appuyée par des motifs analogues à ceux qui avaient fait introduire

en Prusse la loi de 1874, la loi de 1875 passa à une grande majorité et malgré l'opposition des députés bavarois.

La loi de 1875 décide dans son article 41 que « dans toute l'étendue de l'empire d'Allemagne, le mariage ne peut être valablement contracté que devant l'officier de l'état civil. »

L'officier de l'état civil compétent est celui dans le ressort duquel l'un des futurs époux a son domicile ou sa résidence habituelle. Si plusieurs officiers de l'état civil sont compétents, les futurs époux peuvent choisir entre eux. Il est du reste spécifié que l'incompétence de l'officier de l'état civil ne peut être une cause de nullité du mariage (art. 42).

L'officier compétent peut déléguer par écrit l'officier de l'état civil d'une autre localité (43).

Les art. 44 à 47 régulent la publication unique qui doit précéder la célébration du mariage.

L'article 52 règle les formalités de la célébration du mariage. « Le mariage a lieu en présence de deux témoins. Les futurs époux répondent successivement à la formule légale : Consentez-vous à vous unir l'un à l'autre par le mariage ? — L'officier de l'état civil les déclare unis au nom de la loi et le mariage est formé. »

Aux termes de l'art. 53, pour pouvoir être témoin, il suffit d'être majeur. La parenté ou l'alliance entre les témoins et les parties ou entre les témoins seulement, n'est pas une cause d'incapacité.

Enfin l'art. 54 indique les énonciations que doit

contenir l'insertion au registre des mariages : 1° prénoms, noms, religion, âge, état ou qualité, lieu de naissance, domicile de chacun des époux.

2° Prénoms, noms, état ou qualité, domicile de leurs parents.

3° Prénoms, noms, âge, état ou qualité, domicile des témoins.

4° Réponses des futurs époux.

5° Déclaration de l'officier de l'état civil.

Un certificat constatant la célébration du mariage est délivré séance tenante aux époux.

La loi de 1875 (§ 41) s'était occupé des formules du mariage en droit international et avait implicitement tranché la question dans le sens commandé par la règle : *locus regit actum*, en disposant que les formes édictées par elle étaient applicables uniquement dans l'empire allemand.

Cette disposition a disparu du projet de 1888, il a semblé aux rédacteurs qu'il était inutile et dangereux de trancher dans une loi civile une question de droit international.

Le projet de Code civil allemand publié en 1888 et qui pourrait être plus justement qualifié d'avant-projet puisqu'il est soumis à une deuxième délibération et à une révision, règle la forme du mariage.

Les motifs (1) s'excusent de rééditer sur ce point les dispositions de la loi du 6 février 1875, à laquelle le nouveau projet fait cependant quelques modifica-

(1) Motifs du projet de code civil allemand, Berlin t. 4 1888 p. 9.

tions. Nous résumons de la manière suivante les dispositions nouvelles et indiquons en même temps de quelle manière le projet les justifie.

Le principe du mariage civil obligatoire exposé par le § 1245 al. 1 du projet reproduit sur ce point le § 41 de la loi 1875.

Le mariage doit être célébré par un officier de l'état civil; et sur ce point le projet contient une innovation au moins apparente. Sous la loi de 1875 qui exigeait la célébration par l'officier de l'état civil, des difficultés avaient pu s'élever sur le point de savoir si l'incompétence de cet officier entraînerait la nullité du mariage; ces difficultés ne pourront plus désormais être soulevées (1) et l'incompétence de l'officier civil sera certainement une cause de nullité. Le projet détermine en effet la compétence de l'officier de l'état civil dont il fait un empêchement dirimant au mariage. A cet effet le projet spécifie que le mariage ne peut être célébré par un officier de l'état civil hors de sa circonscription. Toute contravention à cette disposition annule le mariage.

L'officier de l'état civil, disent les motifs (2), est, comme un notaire, un juge, ou tout autre officier public, un simple particulier en dehors de sa circonscription (3). Il est même décidé que le mariage con-

(1) Motifs — p. 36 — Cela nous paraît difficile à saisir puisque, nous l'avons vu, la sanction de l'incompétence est formellement indiquée par la loi de 1875.

(2) P. 36.

(3) Comp. le § 108 du projet.

tracté dans ces circonstances n'a pas les effets d'un mariage putatif. Il est de l'intérêt du bon ordre, disent les motifs, que le mariage puisse être distingué du concubinage et cette distinction ne peut être suffisamment nette, si l'officier de l'état civil opère en dehors de sa circonscription (1). Pour une raison facile à comprendre, le mariage est également nul quand l'officier de l'état civil (2) qui y procède est l'un des époux. La loi badoise du 9 décembre 1875 § 7. contenait déjà cette disposition qui ne se trouvait pas dans la loi impériale du 6 février 1875 (3). La parenté même la plus rapprochée de l'officier de l'état civil avec l'un des époux, n'est pas une cause de nullité ni même un empêchement prohibitif (4).

Le § 1240, règle la compétence de l'officier de l'état civil chargé de procéder à la célébration du mariage, dans les formes suivantes :

« Le mariage doit être célébré devant l'officier de l'état civil compétent.

« L'officier de l'état civil compétent est celui dans la circonscription duquel l'un des époux a son domicile ou sa résidence habituelle.

« Si aucun des époux ne réside en Allemagne et que les deux époux ou l'un des deux époux soient

(1) Le motif peut paraître singulier. Au reste, on excepte le cas où l'officier agit en dehors pour remplacer un confrère empêché (Motifs, p. 37).

(2) 1245 al. 2.

(3) La nullité d'un mariage de ce genre était cependant admise en doctrine ; elle se tirait du par. 52.

(4) Motifs, p. 38.

allemands, l'officier compétent est déterminé par le gouvernement de l'état fédéral auquel l'un des époux ou l'époux allemand appartenait.

« S'il y a plusieurs officiers compétents, les époux ont le choix. »

Cette disposition s'inspire du par. 42 al. 1 de la loi de 1875. L'alinéa 3 seul contient une disposition nouvelle ; il règle, malgré la promesse que s'étaient faite les auteurs du projet, une importante question de droit international, en permettant aux allemands qui résident à l'étranger et sont de passage en Allemagne, de se marier devant les autorités allemandes. Les Motifs (1) en donnent pour raison que dans certains pays étrangers, les Allemands se trouvent difficilement en état de satisfaire aux conditions exigées des étrangers par la loi locale. La loi du 4 mai 1870 permet bien aux Allemands qui se trouvent à l'étranger de se marier devant les consuls et les agents diplomatiques allemands, mais les agents peuvent faire défaut et les mariages de ce genre peuvent avoir des inconvénients (2).

Nous rappelons, et les motifs du projet en font la remarque, que les questions de compétence ne forment qu'un empêchement prohibitif et que le mariage contracté devant un officier étranger est valable. Au surplus le § 1247 du projet permet à un offi-

(1) P. 38.

(2) Voir jugement du tribunal de la Haute cour à Leipzig t. 9 p. 398.

cier de l'état civil de faire à un officier d'une circonscription voisine, délégation de son droit pour la plus grande commodité des époux. C'est une disposition spéciale et qui n'a rien d'analogue dans les autres législations.

Le projet règle avec les détails nécessaires les formalités de la célébration elle-même. Le § 1248 porte à cet effet : « Il est nécessaire que les futurs époux déclarent devant deux témoins, personnellement et en même temps, l'intention de se marier et que le mariage soit, séance tenante, déclaré conclu par l'officier de l'état civil. Les déclarations ne peuvent être faites à terme ou sous condition. » Le § 1249 ajoute : « L'officier de l'état civil doit, lors de la célébration du mariage, poser aux futurs époux, individuellement et l'un après l'autre, la question suivante : déclarent-ils vouloir contracter mariage l'un avec l'autre ? et après la réponse affirmative des deux époux, déclarer qu'en vertu de la loi il les dit légitimes époux. Ne peuvent servir de témoins que les personnes qui jouissent des droits civils, c'est-à-dire celles qui ne se trouvent pas dans la période fixée par une décision judiciaire pour la perte de ces droits ou en état de minorité. Les parents ou alliés des futurs époux, et de l'officier de l'état civil, ou parents et alliés entre eux, peuvent servir de témoins.

La première disposition est empruntée au par. 52 de la loi de 1875, lequel cependant, ne détermine pas si les époux doivent se présenter devant l'officier de l'état civil et surtout s'ils doivent s'y présenter

ensemble. Mais la nécessité d'accomplir ces conditions résulte néanmoins des parag. 52 et 72 de cette loi.

L'exception à la comparution personnelle que le par. 72 établissait pour les membres de la famille régnante n'a pas été reproduite dans le projet ; mais il a été spécifié (1) que la loi d'introduction la contiendrait.

On remarquera enfin la disposition du par. 1248 al. 1. Les Motifs (2) s'occupent de la justifier sans y parvenir. Il est évident qu'un mariage à terme ou sous condition a quelque chose d'étrange et que l'essence du mariage y est opposée. Mais pour cette raison même n'était-il pas inutile d'insérer dans un code une pareille disposition ?

Passons à la sanction des dispositions du projet.

Le par. 1250 énumère limitativement les causes de nullité de mariage. Nous voyons figurer la contravention aux par. 1245 (mariage devant l'officier de l'état civil et dans sa circonscription) et 1248 (comparution personnelle et simultanée, mariage sans conditions ni réserves). Ce sont les seules hypothèses où le mariage célébré contrairement à la loi, est nul. Il est donc valable, comme nous en avons déjà fait

(1) Motifs, p. 39. — La disposition de la loi de 1875 sur le consentement tacite n'est pas reproduite davantage ; mais les motifs (p. 40) portent que le consentement tacite suffira. — Enfin pour le mariage des sourds, des muets et des personnes ignorant l'allemand, on décide qu'il pourra avoir lieu si ces personnes peuvent s'entendre avec l'officier de l'état civil.

(2) P. 42.

la remarque, quand l'officier de l'état civil n'est pas celui du domicile de l'époux. Il l'est également quand l'officier de l'état civil procède au mariage sans faire préalablement aux époux la question indiquée par le par. 1249. Les motifs (1) admettent expressément cette solution opposée à celle du droit français.

Il n'y a pas nullité non plus si le mariage n'est pas porté aux registres des actes de mariage parce que, disent les Motifs (2), cette inscription a plutôt le caractère d'une preuve du mariage célébré que d'une formalité inhérente au mariage. Ils remarquent que des lois modernes, le code prussien est le seul qui contienne une disposition contraire.

Il faut encore observer que l'absence des témoins n'annule pas le mariage (3). Les témoins ne constituant, disent les motifs, qu'un moyen de preuve et non une solennité. A plus forte raison le mariage serait-il maintenu malgré la privation des droits civils ou la minorité des témoins (4).

Dans tous les cas où le mariage est valable malgré les défauts signalés dans la célébration, il ne peut même être attaqué. Les par. 1251 et suivants du projet font une distinction renouvelée de la distinction française des nullités absolues et relatives, quoiqu'elle ait un sens un peu différent. Il y a d'un

(1) Motifs, p. 40.

(2) Motifs, p. 40.

(3) Motifs, p. 41.

(4) Motifs, p. 42.

côté la nullité, d'un autre côté ce qu'on pourrait appeler si le mot était français : l'attaquabilité. Cette distinction n'a rien à faire en matière de célébration. Quant le mariage n'est pas nul, il est inattaquable.

Résumons sommairement les effets du mariage nul puisque ces effets dérivent de la nullité pour vices de célébration.

Le procès en nullité peut être intenté tant par l'un des époux que par le ministère public. Les tiers ne peuvent l'attaquer que lorsqu'un droit en dépend pour eux (par. 1253). Le jugement rendu sur la demande en nullité a effet contre tous (par. 1256). Une règle générale est que la nullité ne peut être invoquée par les tiers et n'est pas opposable aux tiers qui ont contracté avec les époux avant la déclaration de nullité et sans en avoir connaissance (par. 1257). Cette règle fléchit en ce qui concerne les nullités de la célébration.

Le par. 1258 établit une autre différence non moins importante entre le mariage nul pour raisons touchant à la célébration et tout autre mariage. Ce dernier peut être un mariage putatif si l'un des époux a ignoré, au moment de contracter, la cause de nullité. Le premier au contraire n'est jamais putatif.

Voyons une autre disposition conforme à celle du droit français et qui se trouve contenue dans le par. 1252 : « le mariage même frappé de nullité absolue est réputé valable tant qu'il n'a pas été judiciairement annulé. » L'exception faite par la jurisprudence française en ce qui concerne les mariages dépourvus

même de l'apparence est formellement repoussée (1). Il n'y a donc plus aucune différence dans le projet entre l'inexistence et la nullité absolue.

Signalons dans le grand duché de Bade une loi assez curieuse du 27 juillet 1885 (2) sur la célébration du mariage des personnes appartenant à la famille grand-ducale. Le fonctionnaire compétent pour recevoir ces actes est le président du conseil des ministres, ou, en cas d'empêchement, un fonctionnaire désigné par lui (art. 1). Le mariage qui n'est précédé d'aucune publication (art. 7) peut être contracté soit par les personnes appartenant à la famille grand-ducale, soit par les personnes qui leur sont fiancées.

II. AMÉRIQUE DU SUD

1. *Guatemala*. — Le code civil de 1863 admet dans le Guatemala le mariage exclusivement et obligatoirement civil.

Jusqu'alors on appliquait les dispositions du concile de Trente, c'est-à-dire que le mariage devait être célébré devant le ministre de la religion. Il n'existe sans doute pas d'autre motif de cette réforme que le libéralisme dont tenait à faire preuve la jeune république.

(1) Motifs. p. 58.

(2) Lois de 1885 p. 291.

2. *Vénézuëla*. — Jusque dans ces dernières années, le mariage au Vénézuëla était religieux ; le besoin d'une réforme ne paraissait même pas se faire sentir. Cependant le président Guzman-Blanco a promulgué à la date du 1^{er} janvier 1873 deux lois dont l'une établit le mariage civil obligatoire, tandis que l'autre organise les registres de l'état civil. Ces lois s'inspirent de très près de la loi espagnole de 1876 qui leur a servi de modèle.

3. *Mexique*. — Le mariage a été purement religieux au Mexique jusqu'au décret du 23 juillet 1859. A cette époque le mariage a été sécularisé. Les officiers de l'état civil ont été substitués au prêtre et celui-ci n'a même plus eu le droit de procéder au mariage. La modification ne fut pas du goût de tout le monde ; il arriva souvent que des époux de bonne foi procédèrent à leur mariage devant le prêtre, ignorant le changement parvenu dans la législation ; une loi du 1^{er} mars 1865 est venue régulariser leur situation. Elle admet rétroactivement la validité du mariage célébré religieusement après la loi de 1859 (1).

4. *Paraguay*. — Le mariage religieux obligatoire avait toujours été admis au Paraguay et il n'était même pas question de le modifier quand le 27 février 1873 après la chute de Lopez, le mariage civil a été

(1) Voy. Bordeaux, 5 févr. 1883, *Journal de Dr. Inst. privé* 1883, p. 621.

organisé pour les non catholiques par un décret du vice-président Josellanos.

III. ITALIE

L'histoire des formes du mariage en Italie jusqu'à notre siècle n'est pas et ne peut pas être bien longue. L'Italie est un des pays où le droit canonique mêlé au droit romain a exercé la plus grande influence comme la plus persistante.

Le mariage religieux y a existé et y a été obligatoire dans tout le cours du moyen-âge.

C'est au début du XIX^e siècle et sous l'influence de notre code civil que la forme du mariage commença à se modifier dans la plupart des législations de l'Italie.

Le code Albertin de 1848 adopte le principe du mariage civil et décide comme la loi française qu'il est défendu au ministre du culte de procéder à la célébration du mariage religieux sans la production d'un certificat constatant l'accomplissement des cérémonies du mariage civil.

Il en est de même du code Sarde qui fut en vigueur en Sardaigne de 1827 à 1848, époque à laquelle il fut remplacé par le code Albertin. De même encore pour le code civil de Parme, Plaisance et Guastalla, promulgué en 1820.

Le duché de Modène était régi par un ancien code civil dont la première édition remontait au duc

François IV et où le mariage canonique était obligatoire. Une seconde édition de ce code fut mise en vigueur à partir du 1^{er} février 1852. Elle empruntait ses dispositions, partie au code civil français, partie au code Albertin, partie enfin au code civil de Parme. C'est dire qu'en ce qui concerne les formes du mariage, on exigeait que la cérémonie religieuse non obligatoire fut précédée de la cérémonie civile, obligatoire. Sur ce dernier point cependant, la législation subit une modification profonde. Un décret du 7 novembre 1855 vint décider que le mariage religieux ne suivrait pas nécessairement le mariage civil et pourrait le précéder. Il n'en reste pas moins vrai que le premier était facultatif et le second obligatoire.

Il est inutile que nous disions que dans les États de l'Église le mariage était resté exclusivement religieux jusqu'au moment où ces états s'incorporèrent dans le royaume d'Italie.

Le Code des Deux Siciles portait ; « La loi limite ses dispositions à l'égard du mariage aux seuls effets civils et politiques (art. 150) — Elle laisse subsister dans leur entier (*lascia intati*) les devoirs que la religion impose sans y apporter aucun changement (art. 151) — Le mariage non célébré selon les prescriptions du concile de Trente ne produit pas ses effets civils, soit à l'égard des conjoints soit à l'égard des enfants (art. 189) » — Malgré ces dispositions, le mariage, s'il devait être conforme à la loi religieuse, devait également obéir à certaines pres-

criptions de la loi civile ; car l'art. 189 ajoutait : « Et toutefois, le mariage célébré, même en face de l'Église, auquel manqueront les conditions énumérées dans les articles 68 à 81 du présent code, ne produira pas les effets civils. »

Arrivons au Code civil italien de 1865.

• Le mariage doit être célébré dans la maison commune et publiquement devant l'officier de l'état civil de la commune où l'un des époux a son domicile ou sa résidence (art. 93) Nul ne peut réclamer le titre d'époux ni les effets civils du mariage s'il ne présente l'acte de célébration extrait des registres de l'Etat civil excepté dans le cas prévu par l'article 364. »

Le mariage civil est donc obligatoire. Le mariage religieux ne l'est pas. Seulement, rien n'ordonne au ministre du culte d'exiger la présentation d'un certificat de l'officier de l'état civil constatant la célébration préalable du mariage civil.

Le mariage de conscience (mariage religieux et secret) n'est pas inconnu en Italie quoique la décroissance du sentiment religieux le fasse tomber de plus en plus en désuétude.

Il est évident que ce mariage, n'étant pas prévu par le code civil, n'entraîne aucun effet et que les enfants qui en sont issus ne peuvent avoir d'autres droits que ceux des enfants naturels. Cela est fâcheux, car la célébration religieuse ne supposant pas nécessairement la célébration préalable du mariage devant l'officier de l'état civil, les époux peuvent fort bien ignorer l'irrégularité de leur union.

C'est sans doute pour cette raison qu'à côté des décisions judiciaires qui n'hésitent pas à consacrer la nullité du mariage de conscience (1), on en trouve d'autres (parmi lesquelles un arrêt de la cour de cassation de Naples) qui en prononcent au contraire la validité (2). D'autres encore (3) veulent que le mariage de ce genre tienne le milieu entre le mariage nul et le mariage valable. Les enfants ne sont pas purement et simplement des *vulgo quæsitæ*. « Il répugne au sens moral et il ne peut être admis comme loi dans un peuple civilisé » que le mariage religieux puisse être, aux yeux du législateur civil, considéré comme une plaisanterie. On en conclut que la preuve de la filiation peut être établie indépendamment des modes de preuve indiqués restrictivement par la loi civile (art. 174 et suiv. du code civil Italien.)

Le ministre Cairoli présenta le 3 décembre 1878 le projet de loi obligeant les époux à procéder au mariage civil avant l'union religieuse. Le ministre Depretis ayant remplacé le ministre Cairoli, le député Pissavini interrogea le garde des sceaux sur le point de savoir s'il entendait maintenir la proposition autrefois présentée par le ministre qui l'avait précédé. Sur la réponse affirmative du garde des sceaux, le pro-

(1) Trib. Viterbe 10 sept, 1874 (Legge, tom 14. 1874 1^{re} partie p. 996.

(2) Naples 25 juillet 1870. Legge 1870. 1. p. 773. Naples 10 août 1870. Legge 1871. 1 p. 17.

(3) Cattane. 20 octobre 1875, *Circolo giuridico* 1875 p. 287.

jet fut mis à nouveau en discussion. L'urgence fut déclarée le 4 février 1879, le 6 du même mois, les bureaux de la chambre votèrent une commission entièrement favorable au projet. La proposition discutée du 8 au 13 mai 1879, votée le 19 par 152 voix contre 101, fut renvoyée au Sénat.

IV. PAYS-BAS

Le mariage est civil comme en France, et les dispositions du code civil Hollandais (art. 107 à 112 et 126 à 134) ne sont guère différentes de celles du code civil français. Les publications se font absolument dans la même forme. La célébration a lieu de la même manière sauf la modification et les additions qui suivent. L'officier de l'Etat civil doit se faire remettre par les futurs époux les actes de décès des ascendants dont le consentement aurait été requis s'ils avaient été vivants, l'acte de divorce ou le jugement de déclaration d'absence de la personne avec laquelle un des époux a été marié. Il suffit de quatre témoins pour l'acte de notoriété donné à défaut d'acte de décès pour constater le décès des ascendants. Les témoins du mariage doivent être regnicoles.

Le mariage doit être célébré dans la maison commune. Si l'un des futurs époux se trouve dans l'impossibilité de s'y rendre, la célébration du mariage pourra avoir lieu dans une autre maison de la même commune (art. 130). Une dérogation impor-

tante au code civil français se trouve dans l'art. 134 qui autorise le mariage par procureur avec la permission du roi et à la condition que la procuration soit authentique.

Enfin l'art. 54 de notre loi du 8 germinal an X qui interdit au ministre du culte de procéder au mariage religieux sans la présentation d'un certificat constatant la célébration d'un mariage civil, est reproduit par l'art. 136.

V. SUISSE

Le mariage religieux devant l'Eglise était imposé par les codes des Grisons (art. 30) de l'Argovie (art. 96) et de Berne (art. 58).

D'autres codes n'étaient pas aussi exclusifs et admettaient des tempéraments.

Ainsi le code civil de Zurich (art. 110) et Schaffhouse (art. 98 et 109) permettaient le mariage civil dans certains cas spéciaux; pour les non-chrétiens, pour les membres des Eglises dissidentes non reconnues par l'Etat, pour ceux qui ne peuvent pas se marier selon le droit canon alors que le droit civil le leur permet.

Aujourd'hui la loi fédérale du 24 décembre 1874 calquée, ou peu s'en faut, sur la loi prussienne du 9 mars 1874, établit la nécessité du mariage civil dans des termes qui méritent d'être relatés. « Dans le territoire de l'empire un mariage juridiquement valable

ne peut être conclu que devant l'officier de l'état civil. Il n'est permis de procéder aux cérémonies religieuses du mariage qu'après la conclusion dudit mariage devant cet officier. »

VI. BELGIQUE

La Belgique a adopté comme disposition constitutionnelle la rédaction des actes de l'état civil et la tenue des registres par les autorités communales, c'est-à-dire par le collège des bourgmestres et des échevins (art. 109) (1).

L'édit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle en 1614, les deux édits de Marie-Thérèse du 6 mars 1754 et du 6 août avaient décidé que ces registres seraient désormais tenus par les curés.

Mais déjà, en fait, au moment où fut promulguée la constitution, la tenue des registres était aux mains de l'autorité civile.

L'art. 54 de la loi française du 8 germinal an X, qui interdisait aux prêtres de célébrer les mariages avant l'union civile avait été en vigueur en Belgique avec la constitution française pendant tout le temps que ce pays fut réuni à la France.

Le 7 mars 1815 un arrêté du prince souverain abrogea la loi de germinal ainsi que les articles 199 et 200 du code pénal.

(1) Thonissen. — Constitution belge annotée 3^e édition 1879 p. 348.

Le ministre du culte n'eut plus à se préoccuper de la question de savoir si le mariage avait été antérieurement célébré devant l'autorité civile.

On ne voulait pas détruire par là la nécessité du mariage civil; mais le mariage religieux pouvait être désormais célébré avant lui. Il arriva très-fréquemment que le mariage civil n'était plus célébré du tout et qu'on contractait, surtout dans les campagnes, des mariages exclusivement religieux. Pour faire disparaître cet inconvénient, il fallut revenir à l'ancien système. Aussi le gouvernement des Pays-Bas rétablit en Belgique, par une loi du 10 janvier 1817, la législation française relative à la célébration du mariage.

Cette situation subsista jusqu'en 1830. A cette époque, le gouvernement provisoire par un arrêté du 16 octobre 1830 abrogea « toutes les dispositions générales et particulières entravant le libre exercice du culte. »

On pourrait hésiter sur le point de savoir s'il n'était pas désormais permis de nouveau aux prêtres de procéder à la célébration du mariage sans avoir à exiger la production du certificat constatant que le mariage avait été préalablement célébré par l'autorité civile.

C'est en ce sens que se prononça le gouvernement provisoire par une circulaire du 18 octobre 1830 où il est dit textuellement « en vertu de cet arrêté, tout prêtre catholique peut donner ou refuser la bénédiction nuptiale aux citoyens mariés ou non devant la

loi. » Les évêques donnèrent cependant des ordres aux curés pour qu'ils n'usassent de cette faculté qu'en cas d'urgence et pour qu'ils en référassent, dans les autres cas, aux supérieurs ecclésiastiques, c'est-à-dire aux évêques eux-mêmes.

L'art. 16 de la Constitution belge modifia à nouveau ces principes, en disposant : « Le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale sauf les exceptions à établir par la loi s'il y a lieu. » Cette dernière restriction faisait allusion à une loi sur les mariages *in extremis* alors en préparation ou au moins en projet. On se proposait de permettre au prêtre dans les hypothèses de ce genre, de procéder au mariage religieux sans que le mariage civil eût été célébré ; cette loi n'a pas été votée.

La loi du 20 mai 1882 a modifié l'art. 170 en ce qui concerne les formes de la célébration du mariage des Belges à l'étranger. Les mariages en pays étrangers entre Belges et entre Belges et étrangers, seront célébrés dans les formes usitées dans ledit pays. Les mariages entre Belges peuvent également être célébrés par les agents diplomatiques et les consuls de Belgique, conformément aux lois Belges. Ces derniers peuvent aussi célébrer les mariages entre Belges et étrangers à la condition d'en obtenir l'autorisation du ministre des affaires étrangères. Enfin les mariages sont publiés conformément aux lois Belges, en Belgique par l'officier de l'état civil et à l'étranger par les agents diplomatiques et les consuls dans les chancelleries où les unions seront célébrées.

VII. CHINE

Le régime qui aujourd'hui encore est en vigueur en Chine est le mariage primitif, sans l'assistance d'aucune autorité religieuse, sans la participation d'aucune autorité civile. Des cérémonies sont accomplies, mais elles sont dans les mœurs plutôt que dans la loi. Elles ont lieu devant la famille des contractants et par son intermédiaire, et le seul fait qui perpétue le souvenir de la célébration est, outre le témoignage des personnes présentes, l'échange des pièces contenant avec les noms des époux quelques particularités relatives à leur naissance.

CHAPITRE III

PAYS QUI ADMETTENT LE MARIAGE CIVIL ET LE MARIAGE
RELIGIEUX AU GRÉ DES PARTIES

I. ANGLETERRE

C'est tout récemment que la législation anglaise a été codifiée, tant en ce qui concerne le mariage en lui-même et ses effets quant aux personnes, qu'en ce qui concerne la situation des biens de la femme. Jusqu'à une époque très proche de nous, les lois étaient nombreuses et incohérentes, les coutumes étaient encore davantage et les légistes n'étaient pas embarrassés pour présenter à l'appui d'une opinion quelconque sur les nombreuses questions de la matière, des décisions législatives ou judiciaires.

Au début il paraît avoir été admis en Angleterre qu'aucune célébration du mariage n'était nécessaire et que le simple consentement des époux suffisait pourvu qu'il eût lieu en présence de témoins.

Les registres de l'état civil n'existaient pas pour constater les mariages. Aucun officier public, aucun ministre du culte n'était chargé d'y procéder. L'usage était bien pour les personnes ayant quelque religion, de s'adresser à un prêtre ; un cérémonial spécial était même pratiqué pour ces cas et les fiancés

recevaient aux portes de l'Eglise où ils s'agenouillaient la bénédiction du prêtre ; mais c'était là uniquement une coutume pieuse et nullement obligatoire. Toute convention faite *per verba de presenti*, c'est-à-dire avec l'intention de s'engager immédiatement, formait le mariage. Il y a mieux : les fiançailles ou promesses de mariage *per verba de futuro* permettaient à la personne qui avait reçu la promesse de contraindre par la force armée celle qui l'avait faite à se présenter devant les juridictions ecclésiastiques pour que l'union fut célébrée *in facie ecclesie*.

Cette situation ne put manquer d'engendrer des abus. Chacun en était arrivé à se marier comme il l'entendait et sans remplir aucune formalité. On vit même, dans des prisons pour dettes, des détenus pris d'ennui se faire marier par des ministres qui partageaient leur captivité. Des prospectus étaient distribués dans les rues et indiquaient avec des détails fort circonstanciés le lieu où mariait tel ou tel révérend dont on énumérait les titres à la confiance publique (1).

En 1773 un acte rendu sous Georges II et présenté par le chancelier lord Hardwick (2) mit fin au scandale en décidant qu'à l'avenir seraient nuls tous mariages qui ne seraient pas célébrés publiquement et devant l'église.

(1) Georges Vibert. — Le mariage et le divorce en Angleterre (discours de rentrée) Douai 1882.

(2) Art. 26 Georges II chap. 33.

rir l'ère des mariages de Gretna-Green dont nous dirons bientôt un mot.

Pour remédier à cette subtilité vraiment trop facile pour éluder la loi, un act de 1858, réclamé depuis bien longtemps, décida que les mariages contractés en Ecosse ne seraient valables qu'à la condition que l'un des contractants y fut domicilié depuis 21 jours au moins.

Au mariage religieux, un act de 1820, rendu sous Georges IV, a ajouté le mariage civil, afin de ne pas obliger les personnes d'une religion autre que la religion anglicane à recourir à l'intervention d'un culte qui n'était pas le leur. (Jusqu'alors les juifs et les quakers seuls jouissaient du droit de se marier devant les prêtres de leur religion). Mais le mariage civil subsiste concurremment avec le mariage religieux; il appartient aux parties de choisir l'un ou l'autre. Tous deux ont les mêmes effets.

Le mariage civil est célébré par le *superintendent registrar* ou secrétaire du district (commune) dans lequel l'un des contractants réside depuis sept jours au moins. On adresse à ce fonctionnaire une demande lui déclarant l'intention qu'ont les deux futurs époux de contracter mariage et le priant d'insérer cette déclaration sur le registre des mariages.

Les mariages célébrés par le *registrar* ne le sont pas nécessairement dans son bureau. Les parties ont le droit d'exiger qu'il soient contractés dans un édifice enregistré et situé dans l'intérieur du district.

Dans le premier cas il y a un mariage civil constitué par la déclaration des conjoints en présence du *registrar superintendent*; dans le second cas, le mariage est célébré en présence d'un substitut du *registrar* ou *registrar subordinate*. Deux témoins y sont également nécessaires et la déclaration expresse des époux est exigée comme dans le premier cas. Les édifices enregistrés où l'on peut demander à célébrer le mariage doivent être des lieux où se pratique le culte; l'enregistrement de ces édifices est fait sur la demande du propriétaire ou administrateur et de 20 *householders* déclarant que ce lieu leur sert pour le culte public depuis un an.

La déclaration faite au *registrar* est, non seulement inscrite, mais aussi affichée pendant trois semaines consécutives dans le bureau du *superintendent registrar*.

Quant au mariage religieux, il est précédé de bans publiés trois dimanches consécutifs dans la paroisse du domicile des époux ou dans toute paroisse qu'ils auront habitée pendant sept jours au moins avant la première publication.

Ces formalités sont simples, on a trouvé moyen de les simplifier encore. Une licence peut être obtenue soit de l'autorité ecclésiastique, soit du *superintendent registrar*. Dans ce cas une résidence de quinze jours au moment du mariage est seule exigée, et le certificat peut être délivré deux jours après la demande. Le mariage alors est immédiat. La dispense est obtenue à la seule condition d'en payer le prix. On

peut même aller plus loin et obtenir de faire célébrer son mariage dans une paroisse différente de celle où les bans sont publiés et sans être astreint à aucune condition de résidence, fut-ce d'un seul jour. Il suffit pour cela d'obtenir une autorisation spéciale de l'archevêque de Cantorbéry, autorisation qui, comme la précédente, s'achète à deniers comptants.

La sanction des prescriptions de la loi est la nullité. Le mariage est donc nul : s'il a été contracté sans publication préalable des bans ou sans dispense de bans, si la cérémonie a eu lieu dans une église ou dans un district autres que ceux où les bans ont été publiés, enfin s'il a été célébré clandestinement ou par une personne qui n'avait pas qualité ou en dehors du temps légal.

Quant au rituel observé par le pasteur de l'église anglicane le voici : On observe dans la cérémonie la liturgie du *Book of common Prayer* (livre de Prière commune). Le mariage est célébré dans l'église paroissiale ou dans une chapelle en cas d'autorisation spéciale, il est célébré aux heures fixées pour les cérémonies de ce genre, c'est-à-dire de huit heures à midi. La célébration dans une maison particulière n'annule pas le mariage, mais elle est punie des peines de la *Felony*. (Act. 26 Georges II cap. 33, act. 4 Georges IV cap. 76 § 21). Cependant l'archevêque de Cantorbéry accorde, moyennant finances, des dispenses permettant de célébrer le mariage dans des lieux ou à des heures non officielles.

Le mariage une fois célébré est inscrit sur un re-

gistre qui tient lieu de nos registres de l'état civil. Les registres de l'état civil existent en Angleterre depuis 1538. Ils furent d'abord tenus par les paroisses; aujourd'hui ils le sont par les *superintendants registrars*. Le mariage passé devant le prêtre ne peut donc pas y être inscrit. Au temps où le mariage religieux était obligatoire, le prêtre inscrivait le mariage sur un registre, après la bénédiction nuptiale. Aujourd'hui il est tenu dans les paroisses un registre des mariages en double exemplaire, dont l'un reste dans les archives de la paroisse et l'autre est envoyé, une fois terminé, au *superintendent registrar* du district. C'est sur ce livre qu'on inscrit les mariages immédiatement après leur célébration.

La publication des bans est, en Angleterre comme ailleurs, une des conditions essentielles à la célébration du mariage. Seulement, à la différence de ce qui se produit en France, la *common law* paraît avoir une tendance à considérer en principe cette publication comme indispensable à la célébration du mariage. Nous citerons à ce propos un procès sérieux jugé par la cour des Preuves (*probate court*), le 21 juillet 1882 (1), et qui tout en affirmant ce principe et en ajoutant que l'irrégularité des bans est elle-même une cause de nullité (par exemple de faux prénoms ont été donnés par erreur à l'un des époux) se refuse à annuler le mariage à cause de la

(1) *May v. Long*, *Law Times Reports*, t. 68, p. 25.

complicité de l'époux dont les prénoms avaient été mal indiqués et du scandale inutile qui serait résulté de l'annulation.

Une loi spéciale : la *Registration of births, deaths and marriages* (act. du 23 mai 1879), règle le mariage des militaires anglais à l'étranger, en même temps que les autres actes de l'état civil les concernant. La reine peut, en vertu de cette loi, ordonner la tenue à l'armée de registres destinés à contenir les actes de l'état civil. Ces actes sont rédigés par certains officiers ; puis les registres sont transmis au *registrar general* d'Angleterre, d'Écosse et d'Irlande.

On avait également soutenu que les officiers pouvaient contracter mariage sur les bâtiments de la marine royale. Une loi de la même année 1879 a validé ces mariages pour le passé et les a prohibés pour l'avenir.

Malgré le caractère consensuel du mariage en Angleterre, il a toujours été d'usage que les futurs époux se rendissent ensemble à l'église et fissent célébrer leur mariage par un prêtre, sur les marches de l'autel. Le prêtre n'était qu'un hôte (*guest*) lorsqu'il assistait aux engagements solennels du mariage.

On nous donne une preuve de ces anciennes coutumes (1) dans une peinture ancienne qui reproduit un mariage où figurent le fiancé, la fiancée et leurs

(1) Warton — Du mariage aux Etats-Unis. *Journal de Dri Int. Privé* 1879 — p. 231.

parents ou amis, mais où l'on ne voit aucun prêtre.

Un traité de religion et de morale publié en 1543 sous le nom de *Christian state of matrimony* (état chrétien du mariage) contient le passage suivant : « Je dois avertir toute personne raisonnable et honnête de se garder en contractant mariage de rien dissimuler ou de faire mensonge. Tout homme doit considérer la personne envers laquelle il a contracté cet engagement comme sa propre épouse, quoiqu'il ne l'ait pas fait à l'église ou en public. Après que l'engagement a été pris, que le contrat a été conclu, il ne faut pas trop longtemps tarder à aller à l'église et à célébrer le mariage. »

Les statuts 2 et 3, d'Edouard VI chap. 33, s'occupent de la question de savoir si le mariage, contracté en vertu d'engagements privés, est obligatoire et si l'on peut contraindre un époux récalcitrant à se rendre à l'Eglise pour la célébration religieuse. Ce statut montre très clairement que la simple convention suffit à parfaire le mariage. « Lorsque, dit-il, une cause ou un contrat de mariage est allégué, il est permis au juge ecclésiastique d'entendre et d'examiner l'affaire, et dans le cas où ce contrat est suffisamment et légitimement prouvé, de donner un jugement de mariage (*sentence for matrimony*) lequel ordonne de procéder à la célébration, enjoint la cohabitation et la consommation, et déclare que les époux seront traités comme au temps passé sous le statut 32 de Henri VIII. » Rien de plus net, on le voit ; le mariage religieux n'est qu'une coutume, le

mariage par le simple consentement est pleinement valable. Aucun endroit n'est spécialement destiné pour la célébration du mariage. Cette célébration peut avoir lieu en quelque endroit que ce soit, par un ministre quelconque du culte. Il n'est même pas nécessaire qu'il soit célébré dans un temps déterminé après les publications.

Il est facile d'expliquer pourquoi le mariage civil obligatoire n'a pas encore pénétré en Angleterre. Les conflits religieux, qui, dans la plupart des autres pays, divisent la population, n'ont jamais existé dans le Royaume uni ; l'Etat ne se préoccupe pas davantage de rendre, dans son propre intérêt, le mariage civil obligatoire ; la possibilité de recourir au mariage civil est une garantie suffisante pour les personnes qui répugneraient à une célébration religieuse. Le maintien simultané des deux mariages a donc beaucoup d'avantages et n'a nul inconvénient. C'est ce que disaient du reste les commissaires de l'enquête ordonnée en 1867. « Sur le continent, partout où l'on observe les prescriptions du code civil français, une séparation complète est effectuée pour le mariage entre le contrat civil et le contrat religieux. On exige, dans toutes les hypothèses, que le contrat soit passé devant un officier appartenant à l'ordre civil. Nous ne sommes pas d'avis que ce système soit introduit en Angleterre. Nous reconnaissons volontiers qu'à certains points de vue il offrira des avantages, mais il serait directement opposé aux habitudes et aux sentiments de la majorité des popula-

tions de la Grande Bretagne et de l'Irlande, à quelque culte religieux qu'elles appartiennent. Il serait également opposé au principe (que nous considérons comme essentiel) qu'il faut dans la mesure du possible, fortifier et consacrer le lien civil par la célébration religieuse. Le but que recherche la législation civile peut être également obtenu et lorsque le mariage est passé sous la forme d'une célébration publique et religieuse et lorsqu'il est entièrement indépendant de ces formes, pourvu que, dans tous les cas, le mariage soit régulièrement constaté. Il n'existe pas de raison absolue pour qu'un officier, appartenant à l'ordre civil, soit un témoin du mariage plus digne de foi qu'un ministre religieux autorisé à cet effet par la loi. Sans imposer au clergé d'aucune religion le caractère de fonctionnaire civil, l'Etat peut néanmoins obtenir de ses membres les mêmes garanties que celles qu'il obtient de ses propres fonctionnaires en leur accordant le privilège fort ambitionné de célébrer des mariages produisant valablement des effets civils aux conditions reconnues nécessaires pour le bien public. Ce système aura l'énorme avantage de conserver le fondement de la loi actuelle, laquelle dans toutes les parties du Royaume uni reconnaît comme pleinement valable le mariage célébré par un ministre du culte régulièrement autorisé, sans exiger nulle part que l'on recoure sans pouvoir s'en dispenser à ce mode de célébration. »

L'harmonie n'est pas parfaite entre les trois légis-

lations du Royaume uni ; des modifications de détail très nombreuses pourraient être introduites, mais le fondement lui-même n'est point destiné à subir des variations.

Le mariage contracté au mépris des formes prescrites pour la célébration est assez souvent frappé de nullité. Il en est ainsi notamment :

1° Du mariage contracté sans publications préalables et sans dispense de publication, à condition cependant que l'omission des publications ait été volontaire.

2° Du mariage contracté dans un lieu autre que celui où les publications ont été faites.

3° Du mariage contracté en dehors des lieux désignés par la loi.

4° Du mariage célébré par un fonctionnaire incompetent.

Le mariage contracté sans les conditions de résidence n'est pas nul. Ces conditions ne constituent qu'un empêchement prohibitif.

Les mariages contractés par les juifs et les quakers sont, depuis l'acte même qui a rendu le mariage religieux obligatoire, soumis à des règles spéciales.

Les époux sont obligés de demander au *registrar* à la circonscription duquel ils appartiennent un certificat constatant que les publications légales sont faites ou, s'ils veulent éviter ces publications, une dispense de publication. Le mariage est célébré, non par le pasteur anglican, mais par des officiers spé-

ciaux désignés par les comités ou consistoires de la religion.

Les juifs et les quakers peuvent, du reste, s'ils le préfèrent, se marier devant le *registrar*.

Les mariages contractés par les Anglais à l'étranger sont réputés valables en Angleterre lorsqu'ils ont été célébrés suivant les formes exigées par la loi du pays où ils ont été contractés ; ou lorsqu'ils ont été célébrés conformément à la loi anglaise par des consuls ou agents diplomatiques anglais, ou par un aumônier ou chapelain attaché aux armées, à une ambassade, à une légation britanniques.

Le mariage contracté à l'étranger par un Anglais est valable même si les époux ont quitté l'Angleterre dans le but unique d'échapper aux conditions prescrites par la loi anglaise (1).

Les mariages contractés en Angleterre entre étrangers suivant les formes anglaises sont réputés valables en Angleterre. Enfin, il en est de même des mariages célébrés à l'étranger par un consul ou agent diplomatique anglais dans le cas même où l'un des époux est étranger. Nous savons cependant qu'en général, les mariages de ce genre ne sont valables que si les deux époux appartiennent à la même nationalité que le consul ou l'agent diplomatique. Aussi le *Forcing Office* a adressé le 28 février 1867 à ses consuls et agents diplomatiques, une circulaire leur recommandant d'attirer l'attention des futurs époux

(1) Story, conflict of laws, par. 123.

sur ce fait que le mariage contracté par devers lui entre un Anglais et un étranger n'est pas toujours considéré comme valable en dehors de l'Angleterre et des possessions anglaises.

Le mariage putatif est entièrement inconnu en Angleterre. Il ne peut donc être question de se demander si le mariage nul pour irrégularités dans la célébration peut avoir ce caractère.

Il en est autrement en Ecosse; le mariage putatif y existe et produit les mêmes effets qu'en France. On n'y a pourtant jamais soutenu que le mariage frappé de nullité en raison d'un vice dans la célébration, puisse présenter le caractère du mariage putatif.

Enfin l'Irlande suit sur le mariage putatif les principes de la *common law* anglaise.

II. ECOSSE

En Ecosse, l'ancienne distinction du droit canonique entre les mariages *per verba de presenti* et les mariages *per verba de futuro* a été conservée. Avant le concile de Trente, les lois ecclésiastiques admettaient que l'engagement solennellement contracté par le futur époux en présence de la future épouse, accompagnée du consentement (*ego te in meam accipio*) formait le mariage sans qu'une bénédiction fut nécessaire. Si le futur époux s'était exprimé au futur: *ego te in meam accipiam*, il n'y avait que . et promesse de mariage; mais le mariage

s'en suivait aussitôt qu'il y avait eu cohabitation. On parlait de l'idée que le consentement actuel exigé pour le mariage *per verba de presenti* était donné au moment de la cohabitation et constituait ainsi le mariage *per verba de presenti*.

La disposition du concile de Trente qui exigeait pour la validité du mariage une déclaration solennelle en présence du prêtre n'a pas plus été reçue en Ecosse qu'en Angleterre.

On distingue donc encore aujourd'hui le mariage régulier, ou mariage *per verba de presenti* et le mariage irrégulier ou mariage *per verba de futuro*.

Le premier, pour être contracté valablement, doit être précédé de trois publications faites dans l'église du lieu où les futurs époux se proposent de contracter mariage, à trois dimanches consécutifs, immédiatement avant le service divin. Le curé de la paroisse a le droit de dispenser d'une ou de deux publications, il ne peut dispenser de toutes les trois.

Après les publications, le greffier des marguilliers (*clerk of Kirk — sermon*) délivre un certificat de ces publications, le ministre du culte de la paroisse peut alors procéder à la célébration du mariage. Cette formalité s'accomplit ordinairement dans la demeure de la future, avec l'assistance de deux témoins. Le prêtre adresse aux parties une exhortation; il reçoit de chacune d'elles, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et pour femme. Puis il les déclare solennellement unies (statut de 1661 chap. 34, de 1672 chap.

9, de 1690 chap. 27, de 1698 chap. 6). Toutefois le mariage devait être célébré avec cérémonie par le ministre anglican aujourd'hui il peut l'être par le prêtre catholique.

Quant au mariage irrégulier, les statuts de 1661 chap. 34 et de 1698 chap. 6 avaient prononcé des peines sévères contre les personnes qui contractaient mariage sans publications préalables, ou devant une personne non autorisée par l'Eglise établie ; ces peines atteignaient aussi les individus qui aidaient à ces mariages. Mais ces dispositions sans avoir été formellement abrogées, sont depuis longtemps tombées en désuétude. Aujourd'hui donc encore, la simple promesse de mariage suivie de cohabitation, sans l'assistance ni d'un magistrat, ni d'un ministre du culte, constitue le mariage.

Les mariages de Gretna-Green sont à ce propos restés célèbres. On se rendait d'Angleterre à la frontière d'Ecosse et notamment au village de Gretna-Green, le plus rapproché de l'Angleterre, pour y contracter mariage devant un habitant du pays qui servait de témoin et en même temps d'officiant jusqu'à un certain point. Cet individu délivrait un certificat ainsi conçu : « Les présentes sont pour certifier à tous ceux qui les verront que un tel de la paroisse de X... dans le comté de X... et une telle de la paroisse de X... dans le comté de X..., étant ici présents et ayant déclaré qu'ils étaient célibataires, ont été mariés aujourd'hui selon les lois de l'Ecosse, comme l'attestent nos signatures. »

La maison d'un forgeron, fort rapprochée de la frontière, servait de rendez-vous habituel aux époux. On raconte que les *charges* de forgeron se vendaient fort cher, que certains d'entre eux se retiraient avec 36.000 livres (900.000 fr.); ce qui est sûr, c'est que ces mariages causaient les plus violents scandales puisqu'on échappait très facilement aux formalités et aux garanties exigées non seulement par les lois étrangères mais aussi par les lois anglaises.

On pouvait même se marier en Écosse par *habite and repute* c'est à dire, par la simple vie en commun, comme aujourd'hui encore en Amérique. Il fallait seulement que la vie commune fut accompagnée de circonstances extérieures en faisant présumer la légitimité. En 1811, un riche propriétaire songea par un jour de brouillard et de pluie à se suicider. Procédant méthodiquement à la mode anglaise, il rassembla autour de lui ses serviteurs et reconnut devant eux pour sa femme une dame de compagnie habitant avec lui et dont il avait eu des enfants; puis il rentra dans son cabinet et se fit sauter ce qui lui restait de cervelle. La Dame de compagnie obtint devant la justice, par le seul fait d'une reconnaissance publique, que ses droits de veuve et ses enfants fussent déclarés légitimes (1).

Un procès très curieux a été à ce propos tranché par la Haute cour de la chancellerie le 9 avril

(1) Vibert., op. cit. p. 13.

1881 (1). Il s'agissait d'un mariage qu'on prétendait avoir été célébré en 1796. Le demandeur prouvait au moyen d'une sorte de commune renommée que les deux prétendus époux avaient cohabité ensemble jusqu'à leur mort. Le défendeur objectait une enquête faite autrefois par le collège auquel le prétendu mari appartenait en qualité de *Fellow*. Aux termes des statuts du collège, un tel titre devenait *ipso facto* vacant par le mariage du titulaire, lequel était réputé démissionnaire. L'enquête faite par le collège sur des plaintes qui lui avaient été adressées, avaient paru démontrer que le mariage n'avait pas eu lieu et le résultat de l'enquête fut porté sur le livre des protocoles. La Haute Cour de chancellerie décida que le mariage pouvait être prouvé par la commune renommée. Elle admit que le livre des protocoles du collège pouvait être considéré comme un registre authentique de nature à détruire la preuve résultant de la commune renommée ; mais elle écarta cette preuve contraire dans l'hypothèse parce que les mentions relatives à cette procédure n'étaient pas signées sur le registre des protocoles par le notaire public (*notarius publicus*) qui servait de secrétaire (*registrar*) au collège.

Un act spécial connu sous le nom d'act de Lord Brougham a été rendu le 31 décembre 1856 pour remédier aux inconvénients des mariages écossais (19 et 20 Victoria chap. 90). Il est à remarquer que

(1) Law Times Reports, t. 44, 1881 p. 508 (Fox. v. Bearblock).

cet act est exclusivement applicable aux mariages conclus, sous quelque forme que ce soit, en Ecosse. Il est ainsi conçu dans son article 1^{er} : « Tout mariage irrégulièrement contracté en Ecosse par déclaration, avec ou sans cérémonie (by declaration, acknowledgment or ceremony) doit être déclaré nul, à moins que l'un des conjoints n'ait eu sa résidence ordinaire en Ecosse ou n'y ait vécu pendant les 21 jours qui ont précédé le mariage (1).

Des difficultés ont été tranchées par la Haute-Cour de justice anglaise (division des divorces) le 9 février 1878 (*Lawford v Daviis*, 39 Law Times Reports new series p, 111). Il s'agissait de savoir de quelle manière le délai de 21 jours devait être calculé. Il a été décidé :

- 1^o Que le dies à quo devait être exclu.
- 2^o Que les jours devaient être comptés non de midi à midi, mais de minuit à minuit, conformément à la règle généralement admise par le droit privé.

Le système des *registrars* a été étendu de l'Angleterre à l'Ecosse par un act de 1854. Un *registrar general* fut établi pour toute l'Ecosse, et divers *registrars superintendants* pour des circonscriptions étendues. Enfin des *registrars subordinates* furent créés pour chaque paroisse. Les *registrars* remplissent dans les mariages religieux le rôle suivant :

Ils délivrent aux parties des formules que celles-ci

(1) Voy. Hammick the marriages law of England p. 271.

doivent remplir et faire signer ensuite par le ministre officiant. La formule, une fois remplie et signée, est retournée au *registrar* qui la transcrit sur son registre pour conserver une preuve du mariage. Tous les registres de l'Ecosse sont centralisés entre les mains du *registrar general* qui en délivre des copies aux personnes qui le requièrent.

III. IRLANDE

La législation du mariage en Irlande présente une complication toute particulière.

Nous ne disons rien des mariages contractés devant l'église anglicane. Sur ce point la législation irlandaise n'est guère que la reproduction de la législation anglaise; seulement la dispense des publications est d'un prix moins élevé (5 shellings seulement) et par conséquent les demandes de dispenses sont beaucoup plus nombreuses. Le ministre du culte ne peut refuser de présider à la célébration du mariage des personnes munies d'un certificat du *registrar* les autorisant à se marier.

Enfin pour la publication des bans on ne peut exiger comme en Angleterre sept jours de résidence antérieure. Telles sont les seules différences entre le mariage religieux en Irlande et le mariage religieux en Angleterre. Le mariage civil fut toujours permis en Irlande comme il l'était en Angleterre; il n'a même été que récemment soumis à une règlementa-

tion. La *common law* a été pendant longtemps absolument inusitée, et l'*act* de lord Hardwick promulgué en Angleterre dès 1753 sous le règne de Georges II n'a jamais été étendu à l'Irlande.

La seule disposition de législation positive était celle qui interdisait la célébration des mariages mixtes, c'est-à-dire les mariages entre catholiques et protestants, devant un prêtre catholique. Les mariages de ce genre devaient être célébrés, à peine de nullité, devant le ministre anglican; encore aujourd'hui cette disposition est en vigueur. De même les membres de l'église anglicane et les dissidents ne pouvaient se marier que devant le ministre anglican; mais à la différence des précédents, les mariages contractés en contradiction de cette disposition n'étaient pas frappés de nullité. Au reste, cette disposition n'a pas toujours été dans la pratique rigoureusement observée.

Devant les difficultés qu'éprouvait l'interprétation de la *common law* et les procès qui éclataient constamment sur la validité des mariages mixtes, on fut obligé de promulguer en 1844 un act qui reproduisait en partie les dispositions contenues dans le statut anglais de 1836.

Cet act eut pour objet de mettre sur la même ligne les droits des ministres et des futurs époux appartenant soit à l'église établie, soit à l'église presbytérienne. Si une seule des parties appartient à la dernière de ces deux confessions, le mariage peut être célébré désormais aussi bien dans le temple

presbytérien que dans le temple anglican. Il doit être précédé de trois publications. On peut être dispensé de l'une de ces trois publications ou même de toutes les trois moyennant l'achat d'une licence. Les publications sont faites à trois dimanches consécutifs, elles doivent être précédées d'une notice remise au prêtre six jours avant la première publication et indiquant les noms, la résidence de chacun des deux époux et la congrégation à laquelle ils appartiennent.

La licence qui dispense des publications est délivrée par un ministre désigné par l'assemblée presbytériale et agréé par le lord lieutenant. Pour avoir le droit d'obtenir une licence, il faut avoir une résidence de quinze jours dans la localité où on la demande, et, en outre, présenter sept jours à l'avance un certificat émanant du ministre de la congrégation à laquelle on a appartenu pendant le mois qui précède. Dans le cas où un seul des futurs époux est presbytérien, le mariage ne peut être célébré qu'avec licence.

Les ministres du culte auquel est conféré le droit d'accorder les licences désignent, d'une manière générale et sur la demande des administrateurs des temples, au *registrar general* les temples où peuvent être célébrés les mariages. Ces temples sont enregistrés par le *registrar general*. Leurs administrations ont compétence pour statuer sur les oppositions.

Les *registrars* n'existaient pas en Irlande avant l'act de 1814. Cet act les a créés dans les conditions

même où ils existent en Angleterre, avec des *registrars superintendants* et des *registrars subordinate*, enfin en tête un *registrar général*.

Pour obtenir le certificat du *registrar*, il faut lui soumettre une notice rédigée sous la direction des époux et déclarant pour chacun d'eux qu'ils résident dans le district depuis plus de sept jours, qu'ils fréquentent tel temple du culte et qu'ils l'ont fréquenté dans le mois qui a précédé, enfin qu'ils portent tels noms et prénoms et habitent tel domicile. Le certificat est délivré vingt-et-un jours après le dépôt de la notice par les époux. Le *registrar* avant de la fournir doit communiquer la notice au ministre de l'Eglise fréquentée par les parties et à celui dans l'Eglise duquel elles ont l'intention de faire célébrer leur mariage. Quant à la licence, elle n'est délivrée que sept jours après avoir été demandée.

Pour la célébration de l'union, les parties ont le choix : elles peuvent la faire célébrer dans le bureau du *registrar superintendant* ou dans celui du *registrar subordinate*, en présence de deux témoins, enfin dans un temple religieux, par le prêtre de ce temple.

Les formalités préalables à la célébration sont donc les mêmes en toute hypothèse. Les formalités de la célébration elle-même sont les seules qui varient :

Il convient d'ajouter que le mariage peut être célébré dans un temple religieux si la demande d'enregistrement est faite par le propriétaire ou l'administration de ce temple avec l'assistance de six *householders*.

Ces formalités, on le voit, sont très compliquées. Elles ne s'appliquent pas aux mariages entre catholiques. Pour ceux-ci, l'act de 1844 n'a rien innové et la *common law* antérieure reste en vigueur. Par conséquent les ministres du culte célèbrent valablement les mariages sans qu'un enregistrement ait été fait.

Le mariage catholique s'opère sans qu'aucune publicité soit donnée. Il suffit que les consentements soient échangés dans une forme plus ou moins solennelle et que le prêtre déclare les époux unis. Mais, les prêtres ne peuvent célébrer les mariages qu'entre personnes toutes deux catholiques, Si par erreur, ou par illusion, ils célèbrent le mariage de deux personnes dont l'une n'est pas catholique, ce mariage est frappé de nullité. Une fois célébré, sous quelque forme que ce soit, le mariage est transcrit sur un registre conservé exclusivement comme en Angleterre par le *registrar*. La transcription a lieu immédiatement si le mariage est célébré devant le *registrar*. Pour les mariages religieux, les membres de l'Eglise établie et ceux de l'Eglise presbytérienne reçoivent des registres sur lesquels ils inscrivent les mariages au fur et à mesure de leur célébration et qu'ils transmettent au *registrar* quand ils sont terminés. Il en est de même pour les administrateurs des temples israélites et les officiers spéciaux des quakers.

Jusqu'en 1863, les mariages religieux ne pouvaient être célébrés qu'en présence du *registrar* et de deux témoins, comme en Angleterre. En 1863, un act a

été promulgué pour décider que la présence du *registrar* et des témoins serait désormais inutile.

Le mariage civil peut être constaté devant le *registrar*. Il peut aussi être contracté en vertu du simple consentement. En un mot, autant les prescriptions du mariage religieux sont en Irlande nombreuses, confuses et rigoureuses, autant le mariage par le consentement est laissé à l'arbitraire et au caprice des parties.

IV. COLONIES ANGLAISES

Dans la plupart des colonies anglaises, les colons se marient entre eux dans les formes de la loi de la métropole. Ils ont donc le choix entre le mariage par le simple consentement et le mariage religieux devant le ministre de leur culte.

Des difficultés très sérieuses se sont élevées longtemps dans l'Inde et n'ont été que récemment tranchées.

On s'était d'abord demandé si les ministres de l'église écossaise pouvaient procéder dans les Indes anglaises au mariage des Ecossais entre eux aussi valablement qu'ils pouvaient y procéder en Ecosse même. Un act du 31 décembre 1818 est venu sur ce point donner satisfaction aux nécessités de la pratique et éteindre les controverses en décidant que ce mariage serait valable.

Plus tard on voulut contester que les mariages des sujets anglais dans les Indes, contractés par le simple

consentement fussent valables. Les souvenirs de Gretna-Green aidant sans doute, ces mariages furent particulièrement fréquents. L'éloignement des paroisses, assez peu nombreuses à cette époque, en fut aussi l'une des causes principales. On faisait souvent célébrer les mariages, soit par un ecclésiastique incompétent, soit par une personne quelconque qui pour la circonstance en remplissait les fonctions.

On ne pouvait contester sérieusement la validité de ses unions et la jurisprudence coloniale décidait très-fréquemment (notamment un arrêt de la cour de Bombay en 1849) qu'elles étaient irréprochablement contractées. Cependant la chambre des lords ne paraissait pas disposée à adopter cet avis sans restriction. Un arrêt célèbre de 1844 (Queen v. Willis) avait inspiré des doutes. D'un autre côté, il paraissait fâcheux que les mariages fussent contractés sans qu'il en restât aucune trace. C'est pour ce motif qu'un act du Parlement de Londres institua en 1851, des *registrars* ou plutôt invita le gouverneur général de l'Inde à établir des *registrars* dont le rôle était de constater d'une manière authentique les mariages contractés sans l'intervention d'un prêtre. En outre, l'act du Parlement valide les mariages contractés antérieurement sans l'assistance des ministres du culte ainsi que ceux qui seraient contractés postérieurement.

L'act de 1851 fut appliqué et mis en exécution par un act spécial du gouverneur général de l'Inde, daté de 1852, instituant en même temps les *regis-*

trars. Depuis lors, en 1860 et en 1864, de nouvelles dispositions additionnelles sans grande importance furent édictées. L'*Indian Marriage act* approuvé par le gouverneur général le 13 février 1865 corrobora les dispositions antérieures, les compléta et les réunit en un seul corps de loi.

Cet act paraissait présenter encore des lacunes ; pour cette raison le gouverneur général des Indes-anglaises a promulgué le 18 juillet 1872 un nouvel act adopté par le conseil législatif et intitulé « act pour consolider et amender les lois relatives à la solemnisation des mariages chrétiens dans les Indes. »

En vertu de cet act, les mariages entre chrétiens peuvent être célébrés : 1° par les ministres qui ont reçu l'ordination épiscopale ; 2° par les ministres de l'Eglise d'Ecosse ; 3° par tout ecclésiastique ayant reçu l'autorisation spéciale du gouvernement local. Ces mariages peuvent être contractés en présence d'une personne préposée spécialement à cet effet.

Les mariages célébrés par les ministres des églises anglicane, écossaise ou romaine, le sont avec les formalités et d'après les règles adoptées par ces églises.

Quand il s'agit d'un mariage célébré par un ministre d'une autre église autorisée, l'act détermine dans ses articles 12 et suivants, les justifications à fournir et le mode de publicité qui doit être suivi.

Les ministres des églises anglicane, écossaise ou romaine tiennent un registre des mariages qu'ils

célèbrent, et ces registres sont transmis chaque année au secrétaire du gouvernement. Les autres ministres des cultes autorisés communiquent dans le mois au *registrar* du district les mariages qu'ils ont célébrés.

Les mariages ne peuvent être contractés devant les *registrars* qu'après l'apposition affichée dans les bureaux; ils sont célébrés en présence de témoins. Le *registrar* les inscrit ensuite sur le registre spécial dont la tenue lui est confiée.

Pour les chrétiens indigènes on exige des constatations spéciales dont le but est d'éviter les unions prématurées et la bigamie (art. 60).

Les registres, par quelque personne qu'ils soient tenus, le sont dans la langue des indigènes par les fonctionnaires désignés à cet effet.

L'act nouveau, pas plus que les précédents, ne s'applique aux mariages célébrés par les agents diplomatiques et consulaires entre les sujets de l'Etat qu'ils représentent et conformément aux lois de cet Etat.

V. ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Quoiqu'il n'existe pas aux Etats-Unis d'Amérique de loi fédérale uniforme sur la célébration du mariage, la jurisprudence des divers états est à peu près d'accord pour laisser, conformément à l'ancienne *common law* anglaise, une liberté absolue aux parties en matière de célébration de mariage,

Elles peuvent s'adresser à un prêtre, mais elles peuvent aussi faire un échange de consentement sans aucune formalité. En un mot, les *sponsalia per verba de presenti* y sont encore générales, et nous allons nous en convaincre par une revue rapide de la *common law* dans les divers états de l'Amérique.

Pour établir le mariage, la jurisprudence se contente de bien peu de chose dans l'état de New-York. En principe, la cohabitation est considérée, quand les rapports ne sont pas scandaleux et que les deux personnes sont également honorables, comme ayant lieu à titre de mariage (1). Les tribunaux ne reconnaissent le concubinage qu'à la dernière extrémité. Un simple témoignage leur suffit souvent en cas de doute, pour admettre le mariage; et l'on a vu des tribunaux se baser uniquement pour reconnaître la légitimité de l'union sur ce fait qu'à une époque quelconque, l'un des prétendus époux a reconnu qu'il était marié. C'est ainsi que la cour de New-York a admis une preuve tirée de ce fait que la prétendue épouse a signé du nom de son mari une lettre adressée à un parent et dans laquelle elle l'informait qu'elle attendait sa visite.

La cour suprême de l'état de New-York a rendu à ce propos dans l'affaire *Bissel v. Bissel* (55 Barb. 326) un arrêt célèbre et qui mérite d'être mentionné: M. Bissel n'ayant aucune conviction religieuse refusa de ce marier devant un prêtre, il n'admit mê-

(1) Cour d'appel. New-York, 11 avril 1882. — *Badger v. Badger* Albany journal t. 25 p. 412.

me l'assistance d'aucun officier de l'état civil, d'aucun parent ni ami. La femme qu'il avait choisie consentit à contracter mariage sans aucune célébration. Il l'emmena dans une promenade en voiture et sans témoins lui passa durant le trajet un anneau au doigt en lui disant « Voici votre anneau nuptial, nous sommes désormais époux, » et il ajouta : « je vivrai avec vous et vous donnerai assistance tous les jours de ma vie, vous considérant comme ma femme légitime. » La voiture les conduisit dans un hôtel où monsieur Bissel avait retenu un appartement pour lui et pour sa femme. Ils y restèrent un mois, puis trouvant la vie commune impossible, se séparèrent. M. Bissel actionné en reconnaissance de mariage, soutint que le mariage contracté était une simple plaisanterie puisqu'il avait eu lieu sans l'assistance d'aucun témoin et conclut à la nullité. La cour d'appel et la cour suprême de l'état de New-York, décidèrent successivement que le mariage était valable parce que le consentement avait été régulièrement échangé et qu'aucune autre condition n'était nécessaire.

La solution n'est pas différente dans les autres états. Il a été jugé en Pensylvanie que la cohabitation et la commune renommée sont une preuve suffisante de l'existence du mariage, tant que la preuve contraire n'a pas été administrée (1).

(1) Cour suprême. — 4 oct. 1886. — Keading, v. ins. and trust co.

Et une décision semblable a été rendue par la cour suprême de l'Ohio (1).

Enfin nous trouvons la même doctrine affirmée par la Cour suprême du Maine (2).

Il y a mieux, certains états américains exigent expressément quelques formalités pour la célébration du mariage. Il en est ainsi notamment dans le Massachussets, ainsi encore dans le Michigan. Malgré ces dispositions qui prennent la peine d'indiquer la nullité comme leur sanction, la Cour suprême des Etats-Unis a constamment décidé que le mariage contracté sans aucune formalité est valable parce qu'il est conforme à la *common law*. Il est, dit-on, conforme à l'intérêt public d'encourager le mariage sous quelque forme qu'il soit contracté ; et, d'un autre côté, il serait injuste de déclarer illégitimes les enfants nés de parents qui ignoraient les formalités nécessaires (3).

Le système américain offre d'autant plus de danger que, d'après une *common law* constante, la cohabitation est présumée exister dès son début à titre de mariage et que la personne qui prétend y rencontrer une union illicite est tenue d'en administrer la preuve, ce qui est en fait extrêmement difficile. Aussi voit-on fort peu d'unions, considérées en juris-

(1) Holtz, v. Dick. — 30 *Albany Law Journal* — 455.

(2) Camden, v. Belgrad. — 28 *Albany Journal* — 499 (3 mai 1883).

(3) Cour suprême des Etats-Unis, *Albany Law Journal* (t. 17 p. 97) — Lawrence — commentaire des éléments de droit international de Wheaton t. 3 p. 323 et suiv.

prudence comme illicites, à moins que les concubins eux mêmes n'avouent le caractère de leurs relations. La Cour d'appel de New-York a même jugé par un arrêt du 11 avril 1882 (*Badger v. Badger*) (1) qu'il y a mariage dans le cas où la cohabitation a été cachée, dans le cas où l'époux passait aux yeux de tous pour célibataire, prenait cette qualité dans le monde et occupait un appartement où il vivait seul; alors que, menant une existence en partie double, il occupait ailleurs un autre appartement en commun avec sa femme.

Une des décisions les plus curieuses de la jurisprudence américaine est celle qui est relative à ce qu'on pourrait appeler la conversion du concubinage en mariage. Une union illicite au début est, comme partout ailleurs, réputée conserver un caractère illicite pendant toute sa durée (2). Mais il n'est pas défendu aux concubins de modifier l'état primitif et par leur seule intention d'en faire un mariage (3). Evidemment, on éprouve de grandes difficultés pour caractériser cette intention; mais quand elle est démontrée ou simplement probable, on admet que la cohabitation de fait est devenue un mariage. Cela est du reste fort logique dans une législation qui se contente du consentement pour établir le mariage.

De même, si originairement un obstacle quel-

conque s'opposait à la validité du mariage, la seule disparition de cet obstacle peut, si la cohabitation a continué, être considérée comme la formation du mariage. C'est ainsi que dans l'Etat d'Ohio on a récemment décidé (1) que le mariage conclu avec une femme âgée de moins de 16 ans devient valable si la cohabitation a continué après que la femme a passé cet âge pourvu que la continuation de la cohabitation ait lieu à titre de mariage. Et la preuve que la continuation avait eu lieu à ce titre fut tirée de la correspondance de la femme elle-même adressée à l'homme avec lequel elle habitait et le désignant comme son mari.

(1) Janv. 1884, *Holtz v. Duck* (30 Albany journal 455).

(1) *Albany Law Journal* t. 25 — 1882 — p. 412.

(2) *Brinkley v. Brinkley*, 50 New. York 178 — *Readenp. v. Ins. and trust co*, déjà cité.

(3) *Fenton v. Reed & Johnson* 52.

CHAPITRE IV

PAYS QUI ADMETTENT SUIVANT DES DISTINCTIONS DE RELIGION, TANTOT LE MARIAGE CIVIL OBLIGATOIRE TANTOT LE MARIAGE RELIGIEUX OBLIGATOIRE ET PAYS QUI EXIGENT LA CÉLÉBRATION RELIGIEUSE DU MARIAGE.

I. AMÉRIQUE DU SUD

Le mariage est religieux dans le Nicaragua, l'Équateur, le Chili, le Brésil, la Plata, l'Uruguay, le Pérou.

A part le Pérou et le Brésil, ces diverses législations ne nous arrêteront pas. Les codes civils contiennent simplement l'obligation pour les parties de s'adresser aux ministres de la religion catholique.

Pérou. — L'art. 156 du code civil du Pérou exige que le mariage se célèbre dans le territoire de la République avec les formalités prescrites par le concile de Trente. D'après l'article 158, le mariage contracté hors du territoire de la République, conformément aux lois du pays où il a été contracté, est valable pour ses effets civils.

Les étrangers n'ont, en vertu de l'art. 156, le droit de se marier au Pérou que s'ils appartiennent tous deux à la religion catholique, car c'est le seul cas où il soit permis aux prêtres catholiques de procéder à la célébration du mariage.

Brésil. — Lorsque le Brésil proclama son indépen-

dance en 1822, la législation civile du Portugal y était en vigueur; le mariage ne pouvait donc être célébré que publiquement par les paroles du prêtre en personne (1).

Comme au Portugal, on admettait que le mariage entre hérétiques pouvait être célébré moyennant dispense. La dispense devait être accordée par le Pape ou par les Evêques ayant une délégation pontificale. Ce pouvoir fut accordé aux Evêques du Brésil par le bref du 19 mars 1848 qui leur a permis de conférer des dispenses pendant vingt-cinq ans dans un certain nombre de cas. Le bref du 15 mars 1858 a renouvelé cette autorisation en permettant aux évêques d'accorder en tout 336 dispenses par an.

Cette législation fâcheuse dans un pays européen l'était bien davantage pour une nation où tous les cultes se trouvaient représentés largement, pour une nation qui s'augmentait constamment à l'aide de la colonisation et où venaient émigrer une multitude de citoyens originaires des pays les plus divers, appartenant aux religions les plus différentes.

Dès 1854, le gouvernement et le conseil d'Etat durent s'inquiéter du moyen de remédier à cette situation. Le conseil d'Etat indiquait déjà à cette époque que le mariage civil seul pouvait en faire disparaître les inconvénients. La généralité des conseillers ne l'admettaient du reste que pour les époux non catho-

(1) Voy. Souza Bandeira Filho dans Journal du droit international privé, 1881 p. 324 et suiv.

liques (loi du 11 février 1856). Quelques-uns cependant allaient jusqu'à proposer d'emprunter au code civil français le titre du mariage tout entier, en l'accordant avec les lois brésiliennes.

Même restreinte à l'adoption du mariage civil entre non-catholiques, la proposition ne fut pas accueillie très-favorablement de la population, en grande majorité catholique. On y voyait une atteinte aux croyances religieuses. Aussi l'idée première ne fut soumise que partiellement au parlement brésilien qui par une loi du 11 septembre 1861, adopta les dispositions suivantes.

Le droit canonique reste en vigueur pour les mariages entre catholiques. Ces mariages doivent donc être célébrés par l'autorité religieuse, sans intervention de l'autorité civile.

Il reste également en vigueur pour les mariages mixtes, c'est-à-dire, les mariages entre catholiques et non-catholiques. Rien ne fait même obstacle à ce que ces derniers mariages soient également célébrés dans le temple appartenant au culte de l'époux non catholique, mais ce n'est là qu'une cérémonie surabondante et qui n'a aucun effet par elle-même. La jurisprudence a souvent jugé que les mariages contractés de cette manière ne sont que des concubines.

Enfin la loi du 11 septembre 1861 a créé un mariage nouveau entre non-catholiques. Les personnes qui n'appartiennent pas au culte catholique, peuvent se marier suivant leur confession religieuse ;

et la preuve du mariage résultera du certificat délivré aux époux par les prêtres ou pasteurs qui ont célébré leur mariage.

Un règlement spécial promulgué par décret du 17 Avril 1863 institue les registres civils des mariages, naissances et décès pour les non-catholiques et oblige les prêtres et pasteurs des religions non-catholiques à présenter aux autorités brésiliennes pour les faire enregistrer leurs titres et diplômes, sous peine de priver de leurs effets civils les mariages célébrés par eux.

Le mariage est donc religieux, même dans cette dernière hypothèse ; seulement, il n'est pas célébré par les ministres de la religion catholique. La loi de 1861 fut libérale en un certain sens ; elle étendit ses dispositions aux mariages des non-catholiques célébrés dans l'empire avant la promulgation de la loi ; à condition que les époux aient satisfait aux formalités religieuses. Et même, dans ce cas, l'inscription est inutile. La loi de 1861 s'étend également, en vertu de son texte même, aux mariages des non-catholiques, célébrés hors de l'empire suivant les actes ou les lois auxquels les contractants sont soumis.

Les formalités de la célébration du mariage des non-catholiques ne sont pas indiquées par la loi ; elles dépendent donc des actes religieux et de la manière dont les pasteurs les interprètent. Cependant, la loi exige que le mariage soit précédé de publications de bans. L'absence de ces publications n'an-

nulé pas le mariage, mais soumet le pasteur aux peines infligées par l'art. 248 du Code pénal de 1866, aux catholiques qui contractent un mariage clandestin (2 mois à un an de prison).

Les effets du mariage ne datent que de l'inscription au registre de l'état civil. Les tribunaux n'admettent aucune preuve autre que cette inscription, en dehors des cas exceptionnels.

L'inscription consiste simplement dans une copie du certificat du pasteur, lequel doit contenir: 1° les noms, âge, domicile et résidence des mariés, 2° leur profession, 3° les noms de leur père et de leur mère avec la déclaration de leur filiation légitime ou illégitime, 4° l'année, le mois, le jour et l'heure de la célébration du mariage religieux ainsi que le lieu où le mariage a été célébré, 5° la déclaration qu'il n'y a eu aucun empêchement ou que l'empêchement a été levé, 6° les noms des témoins ou de deux d'entre eux au moins qui ont assisté à la célébration du mariage.

Un décret du 25 avril 1874 a introduit de très-importantes modifications dans la tenue des registres de l'état civil. Il les fait tenir par des officiers de l'état civil; mais le pouvoir législatif n'a jamais donné son approbation à ce décret.

Des tentatives nombreuses ont été faites pour séculariser le mariage au Brésil. En 1880, un député, M. Saldambra Marinho a présenté après un long exposé des motifs un projet de loi sur le mariage civil. Ce projet disposait que le mariage serait

célébré devant l'officier de l'état civil qui dresserait le contrat en présence de deux témoins.

L'inscription au registre devait servir de preuve. Après la célébration du mariage civil, le mariage religieux serait facultatif. A l'étranger les Brésiliens ne pourraient se marier qu' devant le consul et en observant toutes les dispositions de la loi brésilienne. Le 19 février 1880, cette proposition a été renvoyée aux commissions de constitution et de justice civile qui n'y ont pas donné suite.

Le mariage des Brésiliens à l'étranger n'est pas dispensé de l'observation des formalités qui viennent d'être indiquées. Il importe peu que dans les pays où le mariage des Brésiliens est célébré, la célébration religieuse ne soit pas obligatoire. Par une dérogation formelle aux principes du droit international, les formes brésiennes doivent être observées. On en donne pour motif au Brésil qu'il ne s'agit pas d'une forme extérieure, mais d'une condition nécessaire à l'existence juridique d'un acte. Nous devons du reste ajouter que cette règle n'est écrite dans aucune loi et qu'elle est uniquement formulée par la jurisprudence et la doctrine (1).

Une exception est faite pour les Brésiliens appartenant à une religion autre que la religion catholique. Ici on applique la loi de 1861 qui déclare valables dans l'empire les mariages célébrés en pays étranger « suivant les rites ou les lois auxquels sont

(1) Pimenta Bueno. — *Droit international privé* n° 111.

soumis les contractants », et le décret réglementaire de 1863 ajoute expressément que cette disposition s'applique non seulement aux étrangers mariés à l'étranger, mais encore aux Brésiliens mariés à l'étranger.

Si l'un des époux mariés à l'étranger est catholique, on distingue suivant que cet époux est brésilien ou non. Dans le premier cas, le mariage canonique est obligatoire comme si le mariage avait été contracté au Brésil ; dans le second cas, au contraire, la règle : *locus regit actum*, trouve son application ; il importe peu que dans ce dernier cas l'époux non catholique soit lui-même brésilien. Le mariage des étrangers devait lui-même au Brésil être célébré, sous peine de nullité, devant les prêtres de l'église catholique. La loi précitée a changé aujourd'hui cette situation ; mais le mariage exclusivement religieux n'en reste pas moins obligatoire. Seulement il n'est pas indispensable qu'il soit célébré par le prêtre catholique. En un mot, les étrangers qui se marient au Brésil doivent faire célébrer leur mariage par un ministre du culte ; mais si les étrangers appartiennent à une religion autre que la religion catholique, ils ont le droit de s'adresser au ministre de leur propre culte. Cela revient à empêcher le mariage des époux qui ne professent aucune religion. Si les époux sont catholiques, ils se marient dans les temples catholiques, et le mariage ne peut pas être autrement prouvé que par le certificat du curé et les registres ecclésiastiques d'où ce certificat doit être extrait.

Si les époux étrangers ne sont pas catholiques, l'acte est célébré dans les temples de leur religion. Il ne peut l'être que par un pasteur ou un ministre du culte dont le titre ou la nomination ont été enregistrés (sans examen) par l'administration compétente. La preuve du mariage consiste alors dans le certificat extrait par le pasteur du registre civil où a été transcrite l'inscription exigée par le pasteur.

II. AUTRICHE

D'après le code civil de 1811, le mariage est précédé de trois publications faites aux dimanches ou fêtes, à une semaine de distance ou au moins devant l'assemblée religieuse ordinaire de la paroisse. Si les deux époux demeurent dans des paroisses différentes, les publications doivent être faites dans les deux assemblées. Si les deux parties professent un culte chrétien autre que la religion catholique, la publication est faite par le ministre de ce culte dans les assemblées religieuses du même culte et en outre dans les églises paroissiales catholiques dont la circonscription comprend le lieu de leur domicile.

Il en est de même quand le mariage est mixte, c'est-à-dire quand un seul des futurs époux est catholique (art. 69 à 71). Les publications sont nulles si le mariage n'est pas contracté dans les six mois qui suivent la dernière d'entre elles (art. 73). On peut accorder des dispenses qui peuvent porter

sur les trois publications, mais à la condition que les futurs époux déclarent sous serment ne connaître aucun empêchement à leur propre mariage (art. 86 et 87).

La déclaration solennelle du consentement est donnée par les futurs époux en présence de deux témoins devant le curé ordinaire de l'une des deux parties ou son suppléant. Il est à remarquer qu'à la différence de ce qui se produit dans toutes les autres législations le mariage est immédiatement contracté. La déclaration suffit, la célébration n'est pas nécessaire. Si donc l'un des époux meurt ou se rétracte après la déclaration et avant la célébration, le mariage n'en est pas moins définitif.

Si les deux parties appartiennent à un culte chrétien non catholique, la déclaration est faite devant le ministre de ce culte (art. 75).

Si l'une des parties seulement appartient à une religion chrétienne non catholique, le consentement doit toujours être donné devant le curé catholique en présence de deux témoins ; cependant, sur la demande de l'autre partie, le ministre du culte non catholique peut assister à cet acte solennel (art. 77).

Si le mariage doit être célébré dans une paroisse autre que celle de l'un des futurs époux, le curé ordinaire ou tout autre ministre du culte des futurs époux devra en substituant par écrit celui d'une autre paroisse, mentionner cette substitution sur le registre des mariages de sa paroisse (art. 81).

Le mariage peut avoir lieu par procureur mais

une permission spéciale des autorités est nécessaire à cet effet (art. 76).

Les mariages des juifs sont célébrés en présence de deux témoins par le rabbin ou l'instituteur religieux du domicile de l'un des époux qui en dressera acte sur le registre à ce destiné. Il doit être précédé de trois publications faites le samedi à la synagogue ou, s'il n'y en a pas, devant la commune assemblée.

Les mariages des autrichiens à l'étranger et des étrangers en Autriche n'est pas réglé par des dispositions particulières ; mais on admet que les formes de la célébration sont réglées par la législation du lieu où le mariage est célébré et la capacité par la loi nationale des époux. Cette dernière solution résulte implicitement des par. 34 et 35 du code civil.

L'application du principe posé par l'art. 78 du code civil autrichien : à savoir que les prêtres ne peuvent célébrer un mariage qu'à la condition d'appartenir à une religion reconnue par l'Etat, a été faite souvent par les tribunaux qui ont décidé qu'il ne suffisait pas que l'existence de la religion à laquelle appartiennent les deux époux fut reconnue en fait par l'exercice sans entraves du culte devant les autorités de l'Etat ou de la commune. C'est ainsi que la Cour suprême de l'empire d'Autriche a décidé le 9 décembre 1874 (1) que les prêtres de vieux ca-

(1) Glaser et Unger. — Recueil des décisions de la Haute-Cour. Dans le même sens, arrêt de la même cour du 20 janvier 1874. *Gerichtszitung* 1874.

tholiques n'avaient pas le droit de procéder à la célébration d'un mariage parce que la communauté religieuse à laquelle ils appartenaient n'était que tolérée et non reconnue.

La difficulté appliquée aux prêtres vieux catholiques ne peut du reste plus se présenter. Un arrêté pris de concert par les ministres de l'intérieur, du culte et de la justice, a été rendu le 8 novembre 1871 sur l'organisation et la tenue des registres de naissances, mariages et décès pour les membres de l'Eglise des vieux catholiques.

Les prêtres des communautés de vieux catholiques sont désormais chargés de la tenue des registres de l'état civil et par conséquent peuvent procéder à la célébration des mariages.

L'impossibilité où se trouve en Autriche une personne chrétienne d'épouser une personne juive a donné lieu à une intéressante difficulté, compliquée d'une question de droit international, qui s'est déroulée devant la cour suprême autrichienne et qui a été tranchée par un arrêt du 6 mars 1878 (1). Un mariage avait été contracté entre un Autrichien (ou Hongrois) juif et une prussienne catholique. Le mariage avait été célébré en Prusse. Valable d'après la loi prussienne (la loi du 9 mai 1874 art. 56 ayant abrogé les dispositions contraires du code général prussien) le mariage entre juif et chrétien était nul en Autriche. On disait que, comme il s'agissait d'un acte passé à l'étranger

(1) Juristische Blätter.

par des étrangers, la loi autrichienne ne pouvait l'atteindre, puisque la capacité est régie par la loi d'origine et que la loi d'origine de la femme autorisait son mariage avec un juif. Il a été décidé en sens contraire que le mariage était nul parce que la capacité devait exister de la part des deux époux et que le mari était en sa qualité de juif, incapable d'après la loi autrichienne de contracter mariage avec une chrétienne catholique.

III. ESPAGNE

L'Espagne est un des rares pays qui possèdent encore aujourd'hui et malgré une refonte toute récente, un droit civil emprunté en grande partie à la jurisprudence canonique.

Le premier code que l'on trouve en Espagne est le Fuero Juzgo. C'est l'œuvre des visigoths réfugiés en Espagne après avoir été chassés par Clovis au sud de la Gaule. Ce n'est guère qu'une corruption du code de Riccared, composé mixte de lois romaines et de coutumes barbares qui régissaient les visigoths en Gaule. Le Fuero Juzgo a été rédigé par les évêques espagnols réunis au concile de Tolède. Quoique quelques laïques eussent été admis à prendre part aux délibérations, on ne peut s'étonner que l'influence religieuse s'y fasse particulièrement sentir. Le mariage doit, d'après ce code, se célébrer par l'intermédiaire d'un prêtre.

Il semble que ce code ne tarda pas à tomber en désuétude. Dans tous les cas les prescriptions n'en furent pas observées partout. Les fueros ou coutumes locales qui, encore aujourd'hui jouent un rôle très-considérable dans la vie juridique de l'Espagne, la supplantèrent. Il se forma peu à peu dans chaque province un fuero, c'est-à-dire un corps de coutumes qui, augmenté des décisions royales, (*fueros reales*) réglèrent les questions de droit privé.

Le droit visigoth n'était en vigueur que s'il n'était pas en contradiction avec ce droit coutumier. Aussi les formes religieuses qu'il édictait pour le mariage furent-elles abrogées à peu près partout. Les formes religieuses disparurent et le mariage put se former par le simple consentement. Comme il n'y avait pas à cette époque d'officier de l'état civil qui pût y procéder, aucune cérémonie officielle ne le constatait et les solennités qui l'accompagnaient à l'ordinaire en perpétuaient seules le souvenir.

Il devait être très difficile dans cette situation d'arriver à ce que le mariage pût se distinguer du concubinage ou plutôt du concubinat que les fueros autorisaient et réglaient et qui était une sorte d'union inférieure protégée par la coutume. Ce concubinat prenait le nom de *Barraganía*. La concubine sans être traitée de la même manière que la femme légitime était soumise au régime de la communauté d'acquêts ; et dans certaines coutumes provinciales, les enfants nés de cette union inférieure venaient à la succession du mari en concours avec les enfants nés du mariage.

L'Eglise chercha plus d'une fois à reprendre le pouvoir perdu ; le pouvoir royal y prêta la main et vers le milieu du XIII^e siècle on arriva à promulguer et à rendre obligatoire un nouveau code de lois générales. Ce code, à cause de sa disposition analogue à celle du digeste, prit le nom de Code des Sept Parties. Son but était de faire revivre dans les provinces le droit canonique. Pour en restreindre l'exposé à ce qui concerne notre matière, nous dirons que pour la seconde fois, le mariage religieux était rendu obligatoire et qu'à défaut d'une célébration religieuse par l'autorité compétente, l'union était réputée n'être qu'un simple concubinage. En 1564 par l'acceptation des décrets du concile de Trente le mariage religieux fut encore une fois proclamé nécessaire.

Depuis cette époque jusqu'en 1805, la législation n'a pas été modifiée, mais ce n'est pas à dire que le mariage obligatoirement religieux ait subsisté sans partage. Les coutumes locales abrogées par le Code des Sept Parties, ne tardèrent pas à revivre. Comme sous le régime du Code Visigoth, certaines provinces persistèrent dans le mariage civil et ne reconnurent pas la nécessité du mariage religieux.

Une compilation législative officielle fut proclamée en 1805. On a dit avec raison qu'elle constitue un mélange de principes civils et religieux. Comme certains titres du code de Justinien, elle émet une multitude de prescriptions entièrement étrangères au droit.

En somme, voici quelle était à partir de cette époque la situation de la question.

Le mariage était nécessairement religieux. Tout mariage, contracté en dehors des formes solennelles et devant un prêtre, était réputé un simple concubinage. On ne faisait exception que pour le mariage à *Ayuras*, espèce de mariage de conscience de mariage religieux, dépourvu des formes solennelles et qui consistait simplement dans un échange de consentements et une promesse réciproque de protection et de fidélité faite à l'église devant le prêtre.

Ce mariage, usité surtout pour régulariser une union illégitime, ou bien encore un mariage entre personnes qui avaient des raisons spéciales pour ne pas donner à leur union une grande publicité, produisait tous les effets du mariage canonique dont il n'était qu'une forme atténuée soumise à l'autorisation de l'Eglise.

Mais ce n'est pas à dire qu'en fait le mariage civil fût nul. Les coutumes, répétons-le, l'avaient institué, et empiétant sur le pouvoir législatif, l'avaient maintenu malgré toutes les prohibitions. Les tribunaux n'osaient même plus l'annuler, ils en reconnaissaient tous les effets civils et se contentaient d'infliger des peines criminelles aux époux qui n'avaient pas suivi les prescriptions religieuses.

Cette sanction put paraître suffisamment équitable tant que la religion catholique fut seule reconnue en Espagne, mais la constitution républicaine de 1869 modifia ce principe jusqu'alors incontesté et décida pour la première fois que l'exercice d'une religion quelconque serait autorisé tant au profit

des nationaux que des étrangers, à la seule condition pour ceux qui ne suivaient pas la foi catholique, d'observer les règles de la morale.

Dès lors, le mariage religieux comme forme obligatoire était condamné. On ne pouvait exiger des personnes qui suivaient une autre religion ni qu'elles se présentassent devant le prêtre catholique, ni qu'elles fissent célébrer leur mariage par un prêtre de leur religion. La première solution eût été immorale, la seconde eût presque toujours été impraticable ; et, du reste, le gouvernement espagnol n'avait aucun intérêt à l'édicter.

La loi du 18 juin 1870 s'inspira de cette idée ; mais elle l'exagéra singulièrement, étant donné qu'elle était rendue pour un peuple presque entièrement attaché à la foi catholique. La loi de 1870 établit le mariage civil obligatoire.

Le mariage religieux n'était pas plus interdit qu'il ne l'est en droit français ; mais il ne pouvait que se cumuler avec le mariage civil. Ce dernier était obligatoire ; le premier était facultatif, et le mariage religieux ne pouvait que suivre la célébration du mariage civil. Le décret du 16 août 1870 (art. 1^{er}) décida seulement que pour les mariages antérieurs au 1^{er} septembre 1870, que la jurisprudence ecclésiastique jugeait nuls, leurs effets se produiraient et les procès engagés au sujet de leur validité n'eurent plus de raison d'être.

L'exagération qui caractérisait la loi de 1870 devait amener nécessairement sa disparition. Un décret du 9 février 1875 décida que les mariages con-

tractés en conformité avec les saints canons produiraient en Espagne les effets civils qui en résultaient aux termes des lois en vigueur antérieurement à celle du 18 juin 1870. Il décida aussi que les mariages religieux célébrés depuis l'entrée en vigueur de la dite loi de 1870 produiraient également ces mêmes effets à partir de leur célébration, sauf les droits acquis à titre onéreux par les tiers. Cette dernière disposition prouve que tout le monde ne s'était pas résolu à observer les dispositions de la loi de 1870 et que des mariages religieux avaient continué à se célébrer en assez grand nombre.

Voici donc quelle était la législation en vigueur après le décret de 1875. Le mariage religieux est obligatoire pour les époux appartenant tous deux à la religion catholique. Les époux suivant une autre religion ne peuvent se marier civilement qu'à la condition de montrer par leur genre de vie qu'ils n'appartiennent pas à la religion catholique. Encore une exception est elle faite pour ceux qui ont reçu les ordres sacrés et pour ceux qui n'ont pas abjuré la foi catholique dans le seul but d'échapper à la nécessité du mariage religieux. Le mariage civil est également permis aux futurs dont l'un n'appartient pas à la religion catholique.

Le mariage, sous quelque forme qu'il soit contracté, est toujours précédé de publications de bans. Pour les mariages canoniques, les publications (*proclamations*) consistent dans une annonce faite au prône par le curé de la paroisse de chacune des

parties contractantes à trois jours de fêtes ou dimanches consécutifs pour faire appel aux personnes qui pourraient avoir des causes d'empêchement à faire valoir. Des dispenses de publication peuvent être accordées par les évêques, mais le curé ne peut les accorder lui-même. Il faut une dispense de l'ordinaire. La dispense de l'ordinaire est également exigée pour permettre au curé de marier des personnes étrangères à son diocèse.

La loi de 1870 avait prescrit des publications plus effectives pour les mariages civils qu'elles constituaient et rendaient obligatoires. Les futurs époux devaient faire au juge municipal de leur résidence respective, une déclaration rédigée par écrit et portant tous les renseignements dont l'ensemble formait l'exposé de leur état civil. Le juge municipal affichait cette déclaration dans son prétoire, dans un autre endroit public de la paroisse et dans les diverses localités où les deux futurs époux avaient résidé pendant les deux dernières années. Cette triple publication devait être renouvelée; chaque publication devait durer huit jours et contenait invitation à quiconque aurait une opposition à formuler de la présenter par écrit ou verbalement au juge municipal de l'une des localités où avaient été faites les publications. Des règles spéciales s'appliquaient aux étrangers résidant en Espagne depuis moins de deux ans.

Le gouvernement seul pouvait dispenser des publications, le juge municipal n'avait qualité pour le

faire que si l'une des parties était en danger de mort. La dispense était gratuite.

Cinq jours après l'expiration des délais fixés pour l'affichage des bans, chacun des juges municipaux chargés de la publication, délivrait aux parties un certificat de non opposition ou constatant les oppositions faites et, si ce certificat était négatif, ou si les oppositions avaient été annulées par les tribunaux, on pouvait procéder à la célébration du mariage.

Les solennités du mariage canonique en Espagne se rattachent aux points suivants, qui tous dérivent directement des règles formulées dans le Concile de Trente : Consentement, témoins, prononciation de la formule unissant les époux.

Le consentement peut être donné d'une manière quelconque ; il est seulement nécessaire qu'il soit exprimé de manière à ne permettre aucun doute sur la volonté des époux. On en conclut qu'un sourd et un muet peuvent parfaitement exprimer leur consentement. Il est à remarquer que conformément aux prescriptions du Concile de Trente, la présence des époux n'est aucunement nécessaire. Chacun d'eux peut être représenté par un mandataire spécial pourvu que les pouvoirs de ce mandataire n'aient pas été révoqués antérieurement à la célébration.

Les époux doivent être assistés de deux ou trois témoins ; aucune condition de capacité n'est exigée de la part de ces derniers. Il suffit qu'ils soient en

état de s'assurer de la sincérité de la célébration à laquelle ils assistent.

Quand à la célébration elle-même; elle se fait suivant les formes et le cérémonial usités dans l'Eglise Catholique. Le curé qui doit y procéder est celui de la paroisse de l'un des époux, ou bien un prêtre quelconque d'une autre paroisse délégué par l'évêque ou par le curé.

Si les deux époux appartiennent à deux paroisses différentes, l'usage est que le mariage soit célébré par le curé de la paroisse à laquelle appartient la femme.

Tout mariage qui a lieu sans l'accomplissement de ces formes est nul. Il en est ainsi notamment du mariage célébré par un prêtre non-compétent ou sans l'assistance de témoins.

Le mariage civil est célébré par le juge municipal assisté de deux témoins. A la différence de ce qui se produit pour le mariage religieux, ces témoins ne peuvent pas être indifféremment choisis parmi les personnes aptes à comprendre ce qui se passe autour d'elles, il faut qu'ils soient majeurs.

Le juge municipal compétent pour procéder à la célébration du mariage est celui du domicile ou de la résidence soit des deux futurs époux, soit de l'un d'eux. La résidence nécessaire s'acquiert par deux mois de présence continue sur le territoire municipal, pour les militaires, elle existe dès le début du séjour de leur corps sur ce même territoire. Telles sont les dispositions de la loi de 1870 (art. 28 et 29). Comme le

curé, le juge municipal ne peut procéder à la célébration d'un mariage frappé d'une opposition non levée par un jugement à lui signifié et représenté (art. 30). Il doit se faire représenter avant de procéder à la célébration les documents constatant l'état civil des intéressés, leur identité, l'accomplissement des publications exigées par la loi ou les dispenses de publication conférées par le gouvernement, enfin le consentement des personnes déterminées par la loi ou la preuve qu'on leur a demandé conseil dans les cas où la loi l'exige (art. 31).

Si le mariage n'est pas célébré dans les six mois de la date des dernières publications ou de la dispense des publications, toutes les formalités préalables à cette célébration sont réputées nulles, et on ne peut se marier qu'en remplissant à nouveau toutes ces formalités (art. 33).

Les époux, comme pour le mariage religieux, ne sont pas tenus de se présenter en personne devant le juge municipal ; ils peuvent se faire représenter par un procureur fondé, muni d'un pouvoir spécial désignant les deux personnes à marier, pourvu que la procuration n'ait pas été révoquée par un acte notifié dans la forme authentique (art. 35 et 36). Tout résidant dans la circonscription du magistrat qui procède à la célébration doit se présenter en personne. Aucun ordre n'est prescrit entre la célébration religieuse et la solennité civile qui constituent le mariage ; les deux cérémonies ont lieu dans l'ordre adopté par les deux époux (art. 34). Nous n'avons

plus à dire que dans ce mariage civil, la célébration religieuse n'a rien d'obligatoire.

Le mariage civil doit être célébré dans le prétoire du juge chargé de procéder à la célébration. Néanmoins le juge a le droit de se transporter en tout autre endroit, si l'une des parties est hors d'état de se rendre dans le prétoire ou fait valoir tout autre motif jugé sérieux par le juge (art. 37).

La forme de la célébration en elle-même ne diffère guère de celle qui est prescrite par notre Code civil.

Le greffier du juge lit aux parties les articles 1 à 6 de la loi de 1870 sur les conditions de capacité et autres exigées pour pouvoir contracter mariage ; le juge municipal demande individuellement à chacun des époux s'ils consentent à se prendre réciproquement pour mari et femme ; et après une réponse affirmative, il prononce ces paroles sacramentelles : « vous demeurerez unis en mariage perpétuel et indissoluble (*quirans unidos en matrimonio perpetuo il indisoluble*) ». Puis le greffier termine la cérémonie en donnant lecture aux nouveaux époux du chap. 5, section 1^{re} de la loi de 1870, relatif aux effets généraux du mariage quant à la personne et aux biens des époux. Aussitôt après cette lecture, un procès-verbal de la cérémonie est dressé et signé par le juge, les conjoints et les témoins (art. 38 et 39).

La loi de 1870 règle les mariages contractés à l'étranger dans un sens analogue à celui de notre code civil. Les mariages contractés à l'étranger, soit entre Espagnols et étrangers, soit entre Espagnols, produi-

sent en Espagne tous les effets civils d'un mariage légitime, pourvu qu'ils aient été célébrés avec les solennités requises par la loi locale et que les Espagnols aient eu la capacité personnelle exigée par la loi espagnole (art. 40 et 41). Quand les deux époux ou l'un d'eux ont la nationalité espagnole et veulent la conserver, ils sont tenus de faire inscrire leur mariage dans la quinzaine de la célébration, sur le registre civil de l'agent diplomatique ou consulaire espagnol le plus voisin (art. 42).

Quoique le mariage religieux soit remis en vigueur depuis 1875, la tenue des registres de l'état civil est restée confiée aux autorités civiles, et cet état de choses entraîne d'assez graves inconvénients.

Les personnes qui veulent obtenir leur inscription sur les registres de l'état civil, doivent présenter un certificat du curé constatant que la célébration a eu lieu. Ce certificat doit être présenté dans les huit jours qui suivent la célébration sous peine d'une amende de cinq à cinquante peséttas par jour de retard. Les évêques sont priés d'inviter les curés à fournir directement aux officiers de l'état civil le 1^{er} et le 15 de chaque mois un état circonstancié et détaillé des mariages auxquels ils ont procédé dans la quinzaine précédente. Cet état doit indiquer : 1^o la date de la célébration, 2^o le nom et la qualité du prêtre qui y procède, 3^o les noms, prénoms, professions, domicile, lieux de naissance des époux, 4^o le livre et la page du registre paroissial où l'acte est inscrit.

Aussitôt l'état reçu, l'officier de l'état civil trans-

crit immédiatement chaque acte sur un registre, après avoir constaté qu'il n'existe sur ce registre aucune mention qui s'oppose à l'homologation de l'acte. Les parties peuvent au moment de l'inscription sur le registre de l'état civil, exiger qu'on y relate le registre sur lequel est inscrit leur acte de naissance et la date de cette inscription, leur qualité d'enfants légitimes ou illégitimes, la procuration servant à donner pouvoir à une personne étrangère dans le cas où la comparution personnelle des époux n'est pas exigée, le consentement au mariage quand l'un des époux est fils ou fille de la famille ou en état de minorité, les noms des enfants naturels que les parties entendent légitimer par leur mariage, s'il y a lieu, les noms, prénoms et date du décès du conjoint prédécédé.

Quand le registre de l'état mentionne déjà au moment de la production du certificat ecclésiastique certaines déclarations ou certains faits qui ne sont pas d'accord avec ceux indiqués sur ledit certificat et que les justifications présentées, les déclarations faites et les pièces produites ne suffisent pas pour faire disparaître la contradiction, le juge municipal surseoit à l'inscription et retourne le certificat au curé, en appelant son attention sur cette contradiction. Cependant, si la difficulté n'est pas de nature à inspirer des doutes sur la validité du mariage, l'officier de l'état civil peut, sur la demande des parties, faire des inscriptions provisoires, sauf rectification postérieure (instruction ministérielle du 19 février

1875, rendue pour l'exécution du décret du 9 février 1875.)

Le certificat, une fois inscrit sur le registre de l'état civil après la célébration du mariage, fait pleine preuve de la célébration du mariage.

Tout au contraire qu'il n'a pas été inscrit, il demeure soumis à toutes les formalités de vérification et de contrôle prescrites par les règlements ou jugées nécessaires par les tribunaux pour en établir l'authenticité (décret du 9 février 1875 art. 4).

Nous avons déjà dit que l'inscription de l'acte de mariage des espagnols mariés à l'étranger, a donné lieu à des dispositions spéciales.

Des modifications très importantes ont été apportées aux principes anciens par le code civil espagnol de 1889.

On voit après quelles vicissitudes, cette œuvre législative considérable, projetée depuis plus de quarante ans a fini par aboutir.

Le 11 mai 1888 M. Manuel Alonso Martinez ministre de grâce et de justice soumit aux Cortès et fit voter par eux en 27 paragraphes fondamentaux ou bases le système général du nouveau code civil. Le code conforme à ces bases fut promulgué à partir du 9 octobre jusqu'au 8 décembre 1888 dans la *Gaceta oficial* de Madrid; et le 24 juillet 1889 le code civil après avoir été voté en bloc fut définitivement promulgué.

Avant d'entrer dans le détail des dispositions du code civil relatives aux formes de la célébration du

mariage, il est indispensable de faire remarquer que diverses provinces conservent leurs *fueros*, et que le code n'y est en vigueur qu'à titre subsidiaire ou même n'y est pas observé du tout. Ainsi, dans la province d'Aragon, le code civil n'a que la valeur d'un subsidiaire. Il en est de même dans la Navarre et dans les Baléares. Dans la Catalogne le code civil n'est aucunement en vigueur et le droit canonique seul règle le mariage qui continue ainsi d'y être un acte exclusivement religieux.

La loi votée le 11 mai 1888 contenait déjà une base III qui était conçue dans les termes suivants : « Il sera établi dans le code deux formes de mariage : le mariage civil qui se célébrera de la façon déterminée par ledit code, d'accord avec les prescriptions de la constitution de l'Etat : le mariage canonique que devront contracter tous ceux qui professent la religion catholique. Le mariage canonique produira des effets civils complets tant en ce qui concerne les personnes qu'en ce qui concerne les biens des époux et de leurs descendants, s'il est célébré conformément aux règles de l'Eglise catholique admises dans le royaume par la loi 13 titre 1 livre I de la *Novissima Recopilacion*. A l'acte de célébration assistera le juge municipal ou un autre fonctionnaire de l'Etat à seule fin de procéder à l'inscription immédiate du mariage sur le registre civil ».

C'est en conformité avec cette disposition générale que la célébration du mariage a été réglée. Ainsi, après le mariage exclusivement religieux, après le

mariage exclusivement civil, enfin après un retour au mariage exclusivement religieux, nous voyons s'ouvrir une période de conciliation qui n'a probablement rien de définitif et peut être considérée comme une période de transition.

Le régime des publications, soit pour le mariage canonique (art. 75) soit pour le mariage civil (art. 89 et suivants) n'a pas été modifié. Toutefois les militaires en activité de service sont dispensés des publications hors de la localité où ils résident à condition que leur capacité et leur droit de se marier soit certifié par le chef du corps auquel ils appartiennent (art. 90).

Les publications sont nulles si le mariage n'est pas célébré dans l'année (art. 96) La loi de 1870 exigeait sous la même sanction, que la célébration eût lieu dans les six mois.

Les formes du mariage canonique ne sont pas réglées à nouveau. L'art. 75 porte que les conditions, la forme et les solennités requises pour la célébration du mariage canonique sont régis « par les dispositions de l'église catholique, et du saint concile de Trente, admises comme lois de l'Etat. » Les formes de ce mariage restent donc exactement ce qu'elles étaient autrefois.

Cependant le code civil introduit une grave modification à ces formes, modification qui peut être considérée comme un acheminement vers la forme civile du mariage. Elle consiste dans l'assistance du juge municipal ou d'un autre fonctionnaire de

l'Etat. Ce fonctionnaire ne joue, il est vrai, qu'un rôle tout passif. Il inscrit immédiatement sur le registre de l'Etat civil le mariage dont l'inscription jusqu'alors dépendait de formalités qui n'étaient pas toujours observées.

L'assistance de ce fonctionnaire n'est pas, du reste, sanctionnée par la nullité du mariage; mais elle constitue tout au moins un empêchement prohibitif. Les futurs époux doivent au moins vingt quatre heures à l'avance, prévenir par écrit le juge municipal, du jour, de l'heure et du lieu où le mariage doit être célébré. S'ils ne le font pas, ils sont passibles d'une amende de 50 à 80 pesétas. Le juge doit leur donner reçu de cet avis, sous peine d'une amende de 20 à 100 pesétas. Le curé ne doit procéder au mariage que sur la présentation de ce reçu, mais il n'encourt aucune pénalité en s'abstenant de le faire. Il n'a pas, dans tous les cas, à s'inquiéter de la présence du juge municipal.

Si le mariage a lieu sans que le juge municipal ou un délégué y aient assisté, le juge municipal est passible d'une amende de 20 à 100 pesétas; en outre, la transcription de l'acte de mariage religieux sur le registre de l'Etat civil aura lieu à ses frais.

Si le défaut d'assistance du juge municipal ou de son délégué est dû aux futurs époux ou à l'un d'eux parce qu'ils n'ont pas donné au juge municipal avis du mariage, ils encourent la peine indiquée plus haut; mais ils peuvent requérir l'inscription de l'acte de mariage sur le registre civil. Ceux qui

contractent un mariage canonique lorsqu'ils sont en danger de mort, peuvent prévenir l'officier de l'état civil à toute époque et d'une manière quelconque. S'ils ne le préviennent pas, ils n'encourent aucune peine (art. 7).

Les parties sont obligées, séance tenante, de fournir au juge municipal ou à son délégué toutes les dates qui lui sont nécessaires pour l'inscription de l'acte sur le registre de l'état civil ; mais elles n'ont pas à lui fournir d'indications relativement aux publications, aux empêchements et aux dispenses, l'acte ne devant pas relater ces différentes circonstances (art. 329).

Comme autrefois, les époux peuvent se faire représenter par un mandataire muni d'un pouvoir civil quand le mariage est civil (art. 87). On étendra probablement cette disposition au mariage religieux, car il n'existe aucun motif pour la restreindre.

La nécessité d'inscrire immédiatement l'acte de mariage sur le registre de l'état civil, a fait modifier dans la plupart des circonstances le point de départ des effets du mariage canonique. En principe, ce n'est pas à partir de la célébration mais seulement à partir de l'inscription que le mariage produit ses effets, c'est-à-dire, est considéré comme célébré. Puisque, dans la pratique, cette inscription a lieu aussitôt après la célébration et en présence des époux, l'innovation n'a lieu dans la plupart des cas qu'en théorie.

Les principes anciens ne sont maintenus que si le

juge municipal, dûment prévenu, n'a pas assisté par lui ou son délégué, à la célébration du mariage. Dans ce cas, le mariage produit ses effets civils dès l'instant de sa célébration (77). Enfin, si le défaut d'assistance de l'officier municipal et de son délégué tient aux époux qui ne l'ont pas prévenu, ou ne l'ont pas fait en temps utile, le code fait une distinction.

Si les époux sont en faute, c'est-à-dire si le mariage n'étant pas contracté *in articulo mortis*, ils devaient prévenir l'officier municipal un certain temps avant la célébration de leur union, le mariage ne produit ses effets civils qu'à partir du moment où l'inscription postérieurement requise par les époux, a été faite (art. 77).

Si, au contraire, le mariage a été fait *in articulo mortis* l'inscription nécessaire encore ne donne au mariage ses effets civils que si elle est opérée dans les dix jours qui suivent la célébration du mariage (art. 78).

Le mariage secret ou mariage de conscience existe encore sous le code ; l'art. 79 qui s'en occupe paraît vouloir lui attribuer des effets différents de ceux du mariage canonique, en donnant pour point de départ à ces effets la date de l'inscription du mariage sur le registre de l'état civil. Il est cependant à remarquer que le mariage canonique ne produit lui-même ses effets dans les nouvelles dispositions du code, qu'à partir de la même époque. La différence n'est donc que de fait. L'inscription du mariage canonique aura lieu la plupart du temps immédiatement après la cérémonie.

Il est matériellement impossible que l'inscription du mariage de conscience ait lieu dans les mêmes circonstances.

Il existe un moyen de se dispenser de l'obligation immédiate de faire inscrire le mariage de conscience et d'en faire dater les effets du jour même de la célébration clandestine. Les deux parties, d'un commun accord, peuvent dans ce but solliciter de l'évêque qui a célébré le mariage un extrait de l'acte consigné sur le registre secret de l'évêché; cet extrait est remis par elles à la Direction Générale du registre civil, à laquelle elles demandent la transcription. La Direction Générale du registre civil est tenue d'avoir pour ces sortes de mariage un registre spécial et secret, tenu avec les précautions nécessaires, pour que le contenu n'en soit pas divulgué tant que les intéressés n'en demandent pas la publication en faisant transcrire l'acte sur le registre de l'état civil de leur domicile (art. 79).

Le mariage civil n'existe que pour les personnes n'appartenant pas à la religion catholique ou dont l'une n'appartient pas à cette religion. Les formalités prescrites par le code pour le mariage civil se résument en quelques mots.

Les futurs époux se présentent, ou bien un mandataire spécial se présente en leur nom devant le juge municipal; nous rappelons qu'un seul des époux peut être remplacé par un mandataire.

Les époux sont assistés de deux témoins majeurs et capables. Le magistrat leur donne lecture des art.

56 et 57 du code civil (édicant les obligations de vie en commun, d'assistance, de protection et de fidélité), leur demande individuellement s'ils veulent se prendre réciproquement pour époux et, après une réponse affirmative, les déclare légitimement unis. Il dresse ensuite un procès-verbal de la célébration et y constate que toutes les formalités exigées par la loi ont été remplies. L'acte est signé par le juge municipal, les époux, les témoins et le greffier (art. 100).

Les consuls et vice-consuls exercent les fonctions de juges municipaux pour les mariages contractés entre Espagnols à l'étranger. Le nouveau code espagnol admet à l'exemple de notre code civil une forme spéciale de mariage. Toutefois les limites dans lesquelles ce mariage est circonscrit sont plus restreintes que celles de la législation française, et ses effets sont différents.

Il y a là en effet une dérogation à la solennité du mariage canonique, aussi ce mariage n'est-il autorisé que dans certaines hypothèses où il est matériellement impossible de procéder à une célébration religieuse.

L'art. 94 dispose que les agents comptables (*contadores*) des navires de guerre et les capitaines des navires marchands peuvent célébrer les mariages des personnes se trouvant à bord lorsqu'il y a danger de mort imminent. De même l'art. 95 permet aux chefs de corps militaires en campagne de procéder au mariage des individus faisant partie de leur corps s'ils

sont en danger de mort. Dans les deux cas, le mariage ne produit ses effets que conditionnellement, c'est-à-dire qu'il est nul si les époux ne font pas célébrer une seconde fois leur mariage dans les formes ordinaires dès qu'ils se trouvent en situation de le faire.

IV. GRÈCE

En Grèce comme en Turquie, les ministres du culte peuvent seuls procéder à la célébration du mariage et les personnes appartenant à un culte autre que le culte officiel ne peuvent elles-mêmes contracter mariage qu'avec l'assistance du prêtre de leur propre religion.

Si le futur époux et la future épouse professent des croyances différentes, la bénédiction leur est donnée par l'Eglise orientale à la condition que les enfants soient élevés dans la religion de l'époux orthodoxe.

V. HONGRIE

Le mariage en Hongrie comme ailleurs fut exclusivement civil durant un grand nombre de siècles. L'enlèvement était la forme ordinairement usitée pour le célébrer.

Lorsque le pays devint chrétien, les coutumes ne disparurent pas. Les papes et les rois firent de vains

efforts pour substituer aux solennités imposées par les mœurs une cérémonie religieuse. Ce n'est qu'à l'époque du roi Coloman (1095-1114) que les mariages civils furent définitivement remplacés par les mariages religieux.

Le mariage hongrois est donc strictement religieux ; il exige pour être valable l'assistance du ministre du culte auquel appartiennent les époux. Si un seul des époux est catholique, l'assistance du prêtre catholique est également nécessaire en vertu des enseignements du concile de Trente. D'après lui, en effet, la présence du propre curé (*parochus proprius*) est nécessaire dans les mariages, même mixtes.

Malgré le caractère strict de cette règle, on y a apporté dans certains territoires de nombreuses exceptions, basées, tantôt sur la considération que l'article précité du concile de Trente n'a pas été publié dans certaines paroisses, tantôt sur ce que l'application en a été suspendue par un indult spécial du Pape.

Dans les territoires soustraits ainsi au régime général, on applique le droit antérieur au concile de Trente. Par conséquent, aucune solennité n'est requise pour la validité du mariage ; il suffit que sa conclusion soit constatée par l'autorité civile sous une forme quelconque. La curie romaine ne refuse pas de confirmer ces privilèges, elle l'a fait récemment pour l'archevêché de Guesen-Posen.

La nécessité du mariage religieux est poussée si loin en Hongrie que les Hongrois, même en pays

étranger, ne se marient pas valablement s'ils n'emploient pas la forme religieuse. « Même en matière de mariages mixtes, porte une note du consulat Austro-Hongrois de Zurich (1), l'intervention d'un ministre de la religion est indispensable d'après la loi hongroise. Par conséquent tout mariage d'un ressortissant hongrois à l'étranger, quelle qu'en soit la forme, est nul en Hongrie si le ministre de la religion compétent n'y est pas intervenu. Il n'en est autrement que si les époux appartiennent à une partie de la Hongrie où le mariage religieux n'est pas nécessaire. »

Aucune tentative ne paraît encore avoir été faite pour substituer en Hongrie le mariage civil obligatoire au mariage religieux. Le président du conseil des ministres, M. Koloman Tisza en annonçait cependant l'intention dès le 11 décembre 1883 à la suite du rejet d'un projet de loi relatif au mariage entre juifs et chrétiens.

Ce projet, déposé par le gouvernement, avait pour objet d'abroger l'antique législation rejetant le mariage entre juifs et chrétiens. Le mariage permis désormais, devait avoir lieu obligatoirement devant l'officier de l'état civil. La première chambre avait adopté le texte suivant : « un chrétien peut contracter un mariage valable avec une israélite ou un israélite avec une chrétienne devant les autorités civiles dans le sens de la loi. » La seconde chambre ou cham-

(1). Voy. Kitner dans Journal du Droit Int. Privé. 1885. p. 161.

bre des Magnats craignant que ce ne fut un premier pas vers la suppression du mariage religieux, rejeta cette proposition par 109 voix contre 106.

VI. PORTUGAL

Les ordonnances du royaume de Portugal promulguées par le roi Philippe II en 1603 (livre 4 tit. 6 § 1^{er}) décidaient que les unions qui n'auraient pas été prononcées « par les paroles du prêtre en personne » à la porte de l'église ou hors de l'église avec l'autorisation de l'ordinaire, seraient nulles.

Les jurisconsultes, dès la promulgation de ce code, signalaient une contradiction entre ce texte et un autre texte du même titre où l'on supposait un mariage consommé sans l'intervention du prêtre et présumé seulement par suite d'une cohabitation longue et notoire. Mais la jurisprudence et la doctrine n'attachent à ce texte aucune signification, le considèrent comme lettre morte et l'attribuèrent à une erreur commise par les rédacteurs du code Philippin, lesquels l'avaient transcrit par erreur et l'avaient emprunté à une législation abrogée. Cette opinion avait toutes les chances d'être exacte puisqu'à cette époque les canons du concile de Trente introduits en Portugal par le décret du 12 novembre 1564 et la loi du 3 novembre 1569 étaient en vigueur et que ces canons ne reconnaissaient que le mariage célébré publiquement devant un prêtre.

Il suivait de là que les catholiques seuls pouvaient se marier valablement dans le Portugal. L'église du reste n'admettait pas le mariage d'un catholique avec un païen. Il existait dans cette hypothèse un empêchement dirimant appelé *Cultus disparitas* et qui ne pouvait être levé que par des dispenses très-difficiles à obtenir. On fut beaucoup moins sévère pour le mariage d'un catholique avec un hérétique, c'est-à-dire avec un chrétien dissident (schismatique ou protestant). Bien qu'elle les jugeât illicite et dangereux, l'église déclarait ces mariages valables après une dispense préalable de l'empêchement, dispense ordinairement accordée sous les conditions suivantes : 1° que l'époux non catholique promit par serment de consentir à ce que les enfants des deux sexes à naître du mariage fussent élevés dans la religion catholique, 2° qu'il prit l'engagement de ne pas gêner son conjoint catholique dans le libre exercice de ses devoirs religieux, 3° que l'époux catholique prit l'engagement de faire des efforts constants et soutenus pour obtenir la conversion de son conjoint.

VII. RUSSIE

La forme la plus ancienne du mariage slave est celle d'un enlèvement. Le fiancé aidé de ses amis simulait l'enlèvement de sa fiancée après avoir préalablement obtenu l'autorisation des parents de cette

dernière. C'est du moins ce qui se pratiquait dans la plus grande partie de l'empire russe. En Pologne et dans d'autres pays, le père ou la personne qui en tenait lieu, choisissait pour son fils une femme, et la lui amenait. Du côté des Karpathes un usage était en vigueur que nous avons retrouvé ailleurs : les filles à marier étaient exposées dans une foire ou un marché, et après avoir choisi celle qui lui convenait, le fiancé en payait le prix aux parents de sa fiancée.

Le mariage était en somme une convention où figurait le consentement plus ou moins symbolisé. Quand la Russie devint chrétienne, la bénédiction religieuse devint obligatoire ; mais, au lieu de remplacer les formes solennelles du consentement usitées jusqu'alors, elle ne fit que se cumuler avec elles. Tantôt elle les précédait et tantôt les suivait. Il est cependant bon de dire que la cérémonie religieuse était seule obligatoire et que les époux pouvaient fort bien se dispenser des solennités dont ils l'accompagnaient à l'ordinaire.

Les mœurs furent cependant plus fortes que la loi. De même que dans les autres pays d'origine Slave (la Hongrie et la Serbie), les paysans et les bourgeois se dispensèrent peu à peu de recourir aux formes religieuses qu'ils considéraient comme une superfétation et se contentèrent des formes solennelles qui seul leur paraissaient d'accord avec la tradition. Les princes et les boyards seuls se crurent obligés de cumuler ces formes avec la célébration religieuse du mariage.

Cette situation était tellement bien assise qu'au commencement du XV^e siècle on reconnaissait encore en Russie la validité des mariages contractés sans l'intervention de l'autorité religieuse. C'est le tzar Ivan Vassiliéwitch qui, au commencement du XV^e siècle décida définitivement que le mariage ne serait valable qu'à la condition d'une célébration religieuse. La sanction de cette nécessité fut la transformation du mariage en concubinage et l'illégitimité des enfants. Tout individu, fut il même un simple serf, avait le droit et le devoir de se marier devant l'Eglise et aucune opposition n'était admise. Si le seigneur de la femme voulait empêcher le serf de se marier, ce dernier avait le droit de racheter pour sa femme le droit de se marier en payant au seigneur de dix à cinquante roubles. Le mariage contracté en pays étranger avec une femme qui s'était enfuie, obligeait le ravisseur à payer au seigneur de la femme une indemnité de cinq roubles; et s'il rentrait en Russie, il devenait l'esclave du seigneur de sa femme, même s'il était libre de naissance.

Les principes sur la nécessité du mariage canonique furent reproduits en 1649 par le code du tzar Alexis Mikhaïlovitch; ils n'ont depuis cette époque varié que sur des points de détail.

Les formalités de la célébration du mariage religieux sont aujourd'hui réglées par le tome 10 première partie du Svod Zakonov du tzar Nicolas 1^{er}.

Les futurs époux, lorsqu'ils appartiennent tous deux au culte orthodoxe (église gréco-russe) peuvent ap-

partenir à des conditions sociales différentes et n'ont besoin d'aucune autorisation du gouvernement ni de l'administration, ni des communautés dont ils font partie. Les étrangers eux-mêmes peuvent se marier en Russie d'après les formes russes (art. 1).

La célébration du mariage est précédée d'une publication faite par le pope à l'église après liturgie trois dimanches de suite ainsi que les jours de fêtes qui viendraient à tomber pendant ces trois semaines. Dans ce but, chacun des futurs époux doit présenter au pope de sa paroisse, par écrit ou verbalement ses noms, prénoms, qualités et profession. Il doit donner les mêmes renseignements pour son futur conjoint.

Le pope doit s'assurer que le futur époux appartenant à sa paroisse a l'âge légal, qu'il n'est pas parent de son futur époux à un degré prohibé, que s'il est veuf il a le droit de se remarier, enfin qu'il consent réellement au mariage et que les personnes dont l'assistance est requise y consentent également.

Les publications se font dans la paroisse de chacun des deux époux. Pendant les trois semaines qu'elles durent, toute personne qui croit pouvoir invoquer une raison de s'opposer au mariage a le droit et l'obligation d'en faire les notifications, écrites ou verbales, au ministre du culte.

Si l'enquête faite par le pope montre, qu'il existe soit une opposition, soit un empêchement au mariage, le pope est tenu de surseoir à la célébration du mariage et d'en référer à l'évêque du diocèse, le

quel statue en dernier ressort, ou si l'affaire excède sa propre compétence, la soumet au Saint-Synod.

Lorsqu'aucune opposition ne se révèle dans ce délai, que le pope ne connaît aucun empêchement et que les justifications exigées par la loi ont été faites, le pope procède solennellement à la célébration religieuse du mariage. Toutefois, il lui est prescrit de rédiger préalablement sur le registre spécial l'acte de mariage, de le signer et de le faire signer par les deux époux. Chacun des époux doit être accompagné de deux ou trois témoins, qui signent également le registre.

Le pope qui procéderait au mariage sans avoir rempli toutes les formalités relatives à la publication, subirait à la première contravention une réprimande, la seconde contravention l'exposerait à la destitution (code pénal de 1866 art. 1577.) Le pope qui, connaissant un empêchement ou ayant reçu rectification d'une opposition, procéderait néanmoins à la célébration du mariage, encourrait les mêmes peines (code pénal art. 1573). Des peines sévères sont enfin prononcées contre les personnes qui chercheraient par les menaces ou la violence à forcer le pope à procéder à un mariage qu'il lui est interdit de célébrer. (Art. 1574).

Le mariage doit toujours être célébré à l'église ; les époux doivent y assister personnellement de même que leurs témoins. Les jours et l'heure du mariage sont fixés à l'avance et affichés à la porte de l'église ; le mariage doit être célébré aux jour et heure indiqués.

Le mariage se célèbre publiquement avec échange des anneaux et conformément aux rites de la religion gréco-russe.

Quand on justifie d'une impossibilité de célébrer le mariage à l'église, l'évêque du diocèse dans le ressort duquel doit être célébré le mariage peut accorder une dispense.

Aussitôt après la célébration, le mariage est inscrit sur un nouveau registre, le registre des mariages de la paroisse.

Cette inscription est surtout faite pour prouver le mariage ; elle constitue en effet le mode normal de preuve que le mariage a été célébré. Cependant, si l'inscription n'a pas été faite, ou simplement s'il s'élève un doute sur le contenu de l'acte de mariage, on peut suppléer à l'inscription par celle qui figure au premier registre ou registre d'enquête, par les certificats de confession délivrés aux époux préalablement au mariage, par les documents civils quand ils sont reconnus en justice par les époux et que ceux-ci ont une possession d'état conforme ; enfin par une enquête établissant que les époux vivent publiquement comme mari et femme.

Le mariage religieux est également usité et obligatoire entre fiancés chrétiens n'appartenant pas tous deux à la religion gréco-russe.

Il en est de même si aucun n'appartient à cette religion. Tels les mariages des catholiques entre eux, les mariages des catholiques avec les gréco-russe, des protestants entre eux, etc. Dans ces divers cas,

le mariage religieux peut avoir deux formes différentes qui sont laissées au choix des futurs époux.

Ils ont le droit de faire procéder au mariage par le prêtre de l'église (autre que celui de la religion gréco-russe) à laquelle appartiennent les deux époux ou l'un d'eux. En ce cas, le mariage se célèbre suivant le rituel autorisé par cette religion (art. 64).

Ils peuvent aussi faire célébrer leur mariage par un prêtre de l'église gréco-russe ; mais ce prêtre est obligé d'employer les formes que lui prescrit sa propre religion (art. 75).

Des règles spéciales existent pour certains gouvernements : Vilna, Vitebsk, Volhynie, Grodno, Kief Kovno, Mensk, Moghilef et Podolie qui forment ensemble l'ancienne Lithuanie et une partie de la petite Russie. Dans ces diverses provinces lors qu'aucun des deux époux n'appartient à l'église gréco-russe sans qu'ils soient cependant de la même religion, le mariage ne peut être célébré que par le prêtre de la religion à laquelle ils appartiennent.

Encore ne peut-on pas choisir entre le prêtre de la résidence du mari et le prêtre de la résidence de la femme. Le mariage n'est valablement célébré que par le ministre du culte de la résidence de la femme ; s'il refuse d'officier, on peut recourir au ministre du culte de la résidence du mari.

Quand l'un des époux appartient à la religion gréco-russe et que l'autre est chrétien, ce dernier doit prendre l'engagement écrit de respecter les convictions religieuses du premier, de ne faire au-

cune espèce de tentative pour le détourner de sa religion, enfin de faire baptiser tous les enfants qui naîtront du mariage et de les faire élever dans la religion gréco-russe. Le prêtre n'a pas le droit de procéder à la célébration du mariage avant que cet engagement ne lui ait été remis, et aussitôt après que le mariage a été célébré, il classe cet engagement dans ses archives et en envoie une copie à l'évêque de l'éparchie. Si l'engagement ne lui paraît pas sincère ou lui inspire des doutes, le prêtre doit en référer à l'évêque qui statue lui-même ou soumet l'affaire au Saint-Synode (art. 67).

En outre, ces sortes de mariages sont célébrés obligatoirement par le prêtre à l'église gréco-russe, du moins si les deux époux appartiennent à des rites différents de la religion catholique (art. 70).

Enfin, les mariages mixtes sont précédés de toutes les mesures de publicité et de sauvegarde qu'exigent les mariages entre personnes appartenant toutes deux à la religion gréco russe.

Dans les provinces baltiques, les mariages entre gréco-russes et protestants ne sont valables que s'ils sont précédés de publications dans la paroisse protestante à laquelle appartient le futur époux qui est de religion protestante.

Le pasteur protestant doit certifier qu'il n'a connaissance d'aucun empêchement et qu'aucune opposition ne lui a été notifiée ; la célébration doit lui être signifiée (art. 69). Cette dernière obligation n'a pas de sanction.

Les mariages entre catholiques, gréco-russes ou romains et personnes non-chrétiennes, sont absolument interdits (art. 85).

Les protestants ne peuvent s'unir à des païens ; mais ils peuvent épouser des mahométans ou des juifs. Dans ce cas, le mariage est célébré obligatoirement selon les rites de l'Eglise évangélique luthérienne de Russie (art. 86).

Si un époux non-chrétien se convertit au christianisme, son mariage avec une femme restée non-chrétienne, c'est-à-dire non-baptisée, ne s'inscrit pas ; mais l'époux ne peut conserver dès lors plus d'une femme. Le mariage n'a pas même besoin pour rester valable d'être béni par l'Eglise ; mais l'époux qui devient chrétien a le droit de le rompre.

Si la femme d'un musulman ou d'un non-chrétien, ou l'une de ses femmes devient chrétienne et reçoit le baptême, son mariage subsiste dans les conditions qui viennent d'être indiquées et auxquelles il faut ajouter les suivantes. Le mari, s'il reste non-chrétien, doit prendre l'engagement de ne porter aucune atteinte à la nouvelle religion de sa femme, de laisser élever dans la religion orthodoxe tous les enfants qui viendraient à naître désormais du mariage, de rester uni avec elle toute sa vie et s'il a d'autres femmes, de les congédier.

Si le mari refuse de prendre l'un ou l'autre de ces engagements ou si la femme n'a pas été réellement mariée, elle est considérée dès le baptême comme affranchie de tout lien matrimonial antérieur, et

elle a le droit de s'unir à un chrétien (art. 79 et 80).

Si un ou une israélite marié à une personne de même religion se convertit au christianisme, et si son conjoint ne veut pas répudier sa religion, le mariage peut être maintenu à la condition que le premier prenne l'engagement d'user de toute l'influence qu'il a sur le second pour le décider à se convertir également à la religion catholique orthodoxe et que ce dernier prenne de son côté l'engagement non seulement de ne porter aucune atteinte à la nouvelle religion de son époux, mais encore de n'employer ni séduction, ni violence, ni autre moyen illicite pour décider les enfants qui naîtront de cette union à embrasser la religion juive. Si, à la suite de la conversion, l'un ou l'autre des deux époux désire faire cesser la vie en commun, le mariage est immédiatement rompu et l'époux chrétien peut contracter une nouvelle union avec une personne également chrétienne. Mais les époux ne peuvent pas se prévaloir de la conversion l'un de l'autre pour aller s'établir définitivement dans l'un des gouvernements où il est interdit aux juifs de fixer leur résidence (art. 81).

Si l'homme qui se convertit au christianisme a en vertu des lois de sa religion plusieurs femmes il est dans l'obligation de choisir l'une de ces femmes avec laquelle il vivra désormais exclusivement : Si l'une de ses femmes s'est également convertie, c'est elle qu'il est forcé de prendre ; le mariage doit alors être béni selon les rites de l'Eglise. Si aucune des femmes n'est chrétienne et ne veut le devenir, le mari a le

choix entre la vie en commun avec l'une de ses femmes et la séparation de fait. Cette séparation produit les effets du divorce et le mari a le droit de contracter un nouveau mariage avec une femme chrétienne (art. 82 et 83).

Les Asiatiques d'au delà des frontières qui sont mariés en Russie avec une femme appartenant à l'Eglise évangélique luthérienne russe, ne peuvent amener avec eux dans leur pays, ni leur femme, ni leurs enfants. Au moment où ils quittent la Russie, ils sont forcés de déclarer par écrit s'ils ont l'intention d'y revenir. S'ils déclarent avoir cette intention, on leur accorde un délai de deux ans au maximum pendant lequel ils pourront s'abstenir de reparaître, à condition qu'ils prennent l'engagement de pourvoir à l'existence de leur famille pendant toute cette durée; le mariage est dissout s'ils ne reviennent pas dans ce délai.

Les sujets russes non chrétiens peuvent se marier dans toute l'étendue de l'empire conformément à leurs lois et coutumes, devant les ministres de leur religion et sans que, ni l'autorité civile, ni l'autorité ecclésiastique greco-russe aient à intervenir. Il est cependant prescrit aux musulmans et aux juifs d'observer l'âge légal prescrit par la loi russe.

La Finlande n'a été détachée de la Suède pour se réunir à la Russie qu'en 1809 par le traité de Frédrikshamn. Elle a conservé la législation suédoise en ce qui concerne le droit civil; le Code de 1734 y est donc en vigueur.

Toutefois le *Zvod Saconov* de Nicolas I^{er} règle par un texte spécial le mariage en Finlande entre personnes dont l'une appartient à l'église greco-romaine et l'autre à une religion chrétienne différente, catholique ou protestante. Au lieu d'être célébrés comme les autres mariages mixtes de la même espèce, uniquement devant le prêtre de l'église greco-russe, ces mariages doivent être célébrés dans les deux églises. Il est spécifié que les personnes habitant en Finlande bénéficient seules de cette disposition et que les militaires en garnison dans la grande principauté de Finlande sont forcés d'observer les règles générales, c'est-à-dire de faire procéder au mariage par un prêtre de l'église greco-russe (art. 67).

La Pologne est encore régie par le Code civil français qui a été introduit en 1808. Les dispositions relatives au mariage ne pouvaient longtemps convenir à une nation aussi profondément respectueuse de l'autorité religieuse. Aussi les lois du 23 juin 1825 et du 24 juin 1838 ont-elles gravement modifié les règles alors en vigueur.

Voici quels sont aujourd'hui les principes usités. Si les mariages sont contractés entre personnes n'appartenant pas toutes deux à la religion catholique romaine mais n'appartenant pas non plus à la même religion, l'union doit être célébrée par le ministre du culte de la résidence de la femme. Si celui-ci refuse d'officier, le mariage peut être célébré par le ministre du culte du mari. En un mot les règles sont les mêmes que dans certains gouvernements russes. (Loi du 24 juin 1836 art. 192).

Quant aux mariages entre catholiques romains et non chrétiens, ils sont absolument interdits.

Enfin les mariages entre catholiques romains sont célébrés par le prêtre dans la forme usitée pour tous les pays qui suivent la religion catholique.

VIII. ÉTATS SCANDINAVES

Suède (1). Le mariage n'était autrefois en Suède assujéti à aucune forme obligatoire; il consistait dans une simple convention, un double consentement. Ce consentement intervenait, non pas entre le futur époux et la future épouse, mais entre le premier et le père de la seconde (sponsor). Le futur époux payait au sponsor le *mundr* ou don d'honneur fixé comme prix, et le sponsor répondait par un discours conçu suivant des formes particulières.

Les époux se mettaient ensuite au lit en présence de deux témoins et ils étaient désormais unis. Il n'intervenait donc ni autorité civile, ni autorité religieuse.

Telle était encore la forme usitée aux XIII^e et XIV^e siècles, malgré les efforts que l'Eglise fit de bonne heure pour prendre dans la célébration du mariage une place prépondérante; la seule modification

(1) Nous nous sommes surtout inspiré du travail de M. d'Olivecrona : (le mariage des étrangers en Suède et des Suédois à l'étranger) journal du Drt. Int. privé 1883 p. 343 et suiv.

qu'elle parvint à imposer fut la publication des bans préalablement au mariage. Une bulle adressée par le pape Innocent III consacrait cette innovation dès 1216 (1).

Ce n'était évidemment pas suffisant pour le clergé; des efforts nombreux et répétés furent tentés pour rendre obligatoire le mariage religieux.

L'usage général était du reste en ce sens. Mais, quand il s'agit d'introduire dans les coutumes cette innovation, on se heurta à une résistance générale; la loi d'Ostrogothie fut la seule qui au XIV^e siècle consentit à obliger les futurs époux à se présenter devant le prêtre.

Lorsqu'après les troubles du XVI^e siècle la réforme finit par l'emporter en Suède, le clergé en profita pour introduire dans la mesure du possible le caractère obligatoire de la cérémonie religieuse.

Le plus ancien code ecclésiastique promulgué en 1571 (art. 18) organise le mariage religieux; mais ce code n'avait pas force de loi civile; il ne pouvait prononcer contre les contrevenants que des peines religieuses. De plus le cérémonial religieux n'était encore, même dans les dispositions du code ecclésiastique, que l'un des éléments du mariage puisqu'il disposait formellement que les effets périodiques du mariage ne dateraient que de la première cohabitation.

Le code ecclésiastique de 1686 qui aujourd'hui encore pour les matières religieuses, est en vigueur en

(1) Diplomatarium Svecanum t. 1 page 182.

Suède, décide que la bénédiction religieuse est une condition nécessaire du mariage légal, mais ajoute que l'effet en est subordonné à la première cohabitation.

Ce code avait été arrêté entre l'Eglise et l'Etat ; il avait donc force obligatoire pour les particuliers et l'on peut dire que la nécessité du mariage religieux était à dater de sa promulgation introduite en Suède ; elle n'y subsista pas longtemps.

Le code civil de 1734 qui, aujourd'hui encore, est en vigueur dans la Suède, fut promulgué à une époque où la lutte religieuse avait changé de face et où la suprématie du clergé luthérien avait perdu du terrain. Les dispositions que contient ce code relativement à la célébration du mariage ne manquèrent pas de s'en ressentir. La cérémonie religieuse continua à rester obligatoire, mais ce fut plutôt un complément du consentement des époux que la constatation de ce consentement ; et comme l'église perdit en même temps le droit qu'elle avait antérieurement d'examiner les causes de prohibition et de consentir à la rupture du lien conjugal, son rôle fut bien diminué. Il reste vrai que la cérémonie religieuse était obligatoire, et en ce sens on peut dire que la législation moderne est une de celles qui reconnaissent le caractère religieux du mariage ; mais le caractère de cette cérémonie religieuse fut modifié.

« Le législateur de 1734, dit M. d'Olivecrona (1) a

(1) P. 345.

évidemment voulu énoncer les principes suivants : le mariage relève plutôt du droit civil que du droit ecclésiastique ; il constitue une union personnelle contractée entre l'homme et la femme sous l'égide de l'Etat. Cette union est fondée sur une convention libre entre les contractants ; elle est contractée pour la vie et indissoluble dans son idée. Enfin, en conformité des sentiments du peuple et pour en maintenir la sainteté dans l'esprit des populations, elle doit être consacrée par la cérémonie religieuse de la bénédiction. En dépit de tous les efforts du clergé catholique, jamais il n'est venu à l'idée du législateur suédois de voir un sacrement dans le mariage. Le caractère de droit privé du mariage, joint à sa base contractuelle a, dans l'opinion du législateur suédois, donné au pouvoir séculier le droit de fixer par la loi civile, en vue des intérêts de l'Etat, toutes les conditions attachées à la célébration d'un mariage légal. En dépouillant l'Eglise de son droit exclusif de juridiction dans les questions matrimoniales, le législateur de 1734 crut cependant (étant donné la nécessité de fixer un certain acte notoire comme point de départ des droits et des obligations découlant du mariage) qu'il serait plus convenable et plus conforme aux idées et aux coutumes d'un peuple religieux, de laisser à l'église le soin de faire exécuter par ses organes : les pasteurs, l'acte marquant, l'accomplissement de la convention du mariage que d'ordonner une mesure à cet effet de la part de l'autorité civile.

Voici d'après le code civil de 1734, comme d'après le code ecclésiastique de 1686, quelles sont les formalités de la célébration du mariage. Deux jours au minimum après la dernière publication des bans (les bans se publient trois dimanches de suite à l'église de la paroisse territoriale où l'épouse (elle-seule) est domiciliée) les époux se présentent devant un pasteur de l'église luthérienne spécialement chargé de procéder aux mariages ou s'ils le préfèrent, devant un autre pasteur.

Les deux conjoints doivent-êtré tous deux présents personnellement à la cérémonie; l'ecclésiastique officiant leur demande à tous deux individuellement s'ils donnent leur consentement libre au mariage. Ils répondent affirmativement; puis le pasteur les déclare unis (code de 1734, section du mariage chap. 9 art. 1 et chap. 10 art. 1). C'est à partir de ce moment que se produisent tous les effets civils du mariage.

Une exception importante est apportée à la nécessité du mariage religieux. Si, la fiancée se trouvant en état de grossesse, le fiancé refuse après une promesse de mariage de se rendre à l'Église, le tribunal du domicile de la fiancée peut déclarer que cette dernière est l'épouse légitime du premier. D'un autre côté, si après lui avoir fait une promesse de mariage, un homme rend une femme mère et prétend ensuite n'être pas le père ou n'avoir pas fait cette promesse, la femme pourra prouver ces deux faits devant le tribunal qui la déclarera alors épouse légi-

time. Dans les deux cas toute cérémonie religieuse sera inutile.

Ces deux exemples ne pouvaient être considérés comme de véritables dérogations reposant sur l'admissibilité du mariage civil. Les motifs particuliers qui les avaient fait introduire en constituaient une justification suffisante.

Mais l'extension des relations internationales et la nécessité de permettre les mariages entre personnes appartenant à des cultes différents, rendaient impossible le maintien sans restrictions de cette législation. Les pasteurs refusaient de célébrer les mariages mixtes, c'est-à-dire les unions entre membres de l'église évangélique luthérienne et israélites quoiqu'ils consentissent à unir des personnes luthériennes avec des personnes catholiques.

Les baptistes de leur côté ne voulaient pas consentir à se laisser marier par des prêtres luthériens. Enfin les personnes appartenant à une même religion, différente de la religion luthérienne n'avaient aucun moyen de s'unir,

La loi du 20 janvier 1863 introduisit pour la première fois le mariage civil en Suède mais la restreignit au cas pour lequel le besoin s'en faisait le plus vivement sentir, c'est-à-dire au mariage entre chrétiens et israélites. C'était la première manifestation législative du mariage civil entre *dissenters*.

La loi du 31 octobre 1873 eut pour objet de compléter la précédente. Elle commença par décider que le mariage entre deux personnes d'une même reli-

gion, différente de la religion luthérienne, serait obligatoirement célébré selon les rites de leur religion, par leur pasteur et dans leur temple, pourvu que : 1° les bans eussent été publiés conformément à la loi suédoise dans la paroisse territoriale du rite luthérien 2° le gouvernement eut conféré expressément au clergé de cette religion le droit de procéder à la célébration du mariage. Cette disposition rencontre notamment une application pour les catholiques et pour les protestants appartenant à l'Eglise réformée.

La loi du 31 octobre 1873 décida que le mariage civil serait applicable

1° Si les deux contractants appartenaient à une religion différente (aucun n'étant d'ailleurs luthérien) possédant un clergé auquel le gouvernement aurait jugé pouvoir confier la célébration religieuse du mariage avec les effets légaux. Ceci s'appliquait notamment au mariage entre catholiques et protestants de la religion réformée.

2° Si un seul des contractants était d'une religion de cette nature. Ceci s'appliquait notamment au mariage entre catholiques et baptistes.

3° Si l'un des futurs époux était membre de l'Eglise luthérienne suédoise et que le second appartenait à une autre confession également chrétienne.

4° Si aucun des deux futurs époux n'appartenait à l'Eglise luthérienne ou à l'une des religions étrangères pourvues d'un clergé ayant le droit de procéder à la célébration.

Enfin la loi du 15 octobre 1880 est venue étendre le mariage civil au cas où l'un des futurs époux n'aurait pas été baptisé et au cas où l'époux n'appartenant à la religion luthérienne n'a pas participé au sacrement de la Saint-Cène dans l'Eglise suédoise.

Dans l'hypothèse réglée par la loi de 1863 et dans les trois premières de celles que prévoit la loi de 1873, le mariage civil n'est que facultatif ; le mariage peut également être célébré religieusement devant un ecclésiastique autorisé appartenant à l'une ou à l'autre des religions dont les prêtres ont reçu le droit de procéder à la bénédiction nuptiale.

Dans le dernier des cas indiqués par la loi de 1873, et dans celui qui est réglé par la loi de 1880, le mariage civil est obligatoire.

Les autorités chargées de procéder au mariage civil sont les officiers municipaux dans les villes et l'officier de baillage (kronofogde) dans les campagnes. Les contractants sont tenus pour faire constater qu'il n'existe pas d'empêchement au mariage de présenter un certificat délivré par le pasteur de l'église luthérienne à laquelle appartient la femme et constatant que la publication a été faite conformément à la loi et qu'aucune opposition à la célébration du mariage n'a été formée.

Puis, en présence de témoins (les parents peuvent servir de témoins) l'officier de l'état-civil demande solennellement aux époux s'ils déclarent se prendre mutuellement pour mari et pour femme ; après une réponse affirmative des contractants déclarant

qu'ils se prennent mutuellement pour époux, avec promesse de s'aimer « dans l'heur et le malheur » on dresse de l'acte un procès verbal. Lorsque c'est l'officier du baillage qui a célébré le mariage, cet acte doit être signé par les témoins présents.

Le célébration du mariage des étrangers en Suède, nécessite une observation. Il va de soi qu'en principe le mariage doit être célébré suivant les formes requises par la loi suédoise. La cérémonie, pour être considérée comme valable en Suède, doit être faite par un pasteur dûment institué suivant les rites de la confession à laquelle appartient l'un ou l'autre des époux et dans les formes prévues par la loi du 31 octobre 1873.

Danemark. — Le code général danois en vigueur depuis 1684 établit le mariage religieux. Les diverses lois qui ont modifié le mariage n'ont pas atténué cette nécessité.

Norvège. — Aux termes du rituel du 25 juillet 1685 les personnes appartenant à la religion de l'Etat sont obligées de se marier religieusement. Le mariage est célébré par le ministre du domicile de la femme, il est célébré publiquement dans l'église.

La loi du 16 juillet 1845 autorise le mariage civil pour ceux qui n'appartiennent pas à la religion luthérienne. Ce mariage est contracté devant notaire; le notaire doit exiger l'accomplissement des formalités préliminaires et des conditions de capacité prescrites pour les mariages des luthériens.

Islande. — Dans le droit islandais du moyen-

âge (1), le mariage n'était pas autre chose qu'un contrat de vente, fort peu distinct des ventes ordinaires et qui comprenait comme elles les trois éléments essentiels : consentement, chose et prix. « Le mari achetait la femme de celui qui avait la puissance sur elle, comme il aurait acheté un meuble quelconque(1) ». L'assistance de témoins ne procurait au contrat aucun caractère solennel et n'était elle aussi qu'une reproduction des formalités de la vente elle-même. Le mariage ne prit même pas le caractère religieux aussitôt après que l'Islande fut devenue chrétienne ; l'Eglise pendant plusieurs siècles, ne chercha même pas à modifier ces règles et reconnut le mariage civil comme pleinement valable.

Les Gragas, code islandais du moyen-âge, contiennent la règle suivante titre III (2) : *Is hereditatis capax nen habcatur, cujus mater aut non marca vel majoris preu antiphernis coempta est, ant pestis, vel sponsalii habitis matrimonium non ingrediebatur.* En nous indiquant les conditions acquises pour qu'un enfant soit réputé légitime, ce texte nous indique les conditions nécessaires pour la formation du mariage ou de l'union légitime.

Ces conditions sont au nombre de trois : le paiement d'une somme en échange de la femme, les justes noces et préalablement la conclusion d'un contrat de fiançailles. Les fiançailles sont donc une

(1) V. Beauchet. — Formation et dissolution du mariage dans le droit islandais du moyen-âge, Paris 1887.

(2) Traduction Schlegel, p. 175.

condition indispensable du mariage; mais elles n'en constituent que le préliminaire et ne forment pas partie intégrante de la célébration.

Le contrat se passe sans l'intervention de la futur épouse entre le *mainbour* (tuteur ou protecteur) de celle-ci et le futur époux. Le *mainbour* transfère à ce dernier la propriété de la future épouse et reçoit en échange une certaine somme (mundr).

Le contrat est purement civil et privé.

Il en est de même du mariage lui-même. Le chap. 3 en règle ainsi les formes « *Tum legibus convenienter nuptiæ contrahuntur si pronubus femine legitimus eam spenderit, sexque minimo nuptiis adsint convivæ, sponsusque tandem eandem cum uxore lectum palam conscendant.* »

Ce texte indique donc expressément deux conditions outre les fiançailles dont nous avons déjà parlé : assistance de six témoins au minimum, partage de la couche nuptiale.

Les témoins sont les invités de la noce; c'est en leur présence que les époux doivent monter dans le même lit, à la suite du festin et après avoir été conduits solennellement dans la chambre nuptiale. En somme, comme partout avant l'intervention de l'Église, le mariage est un contrat civil se réduisant à une cohabitation solennellement constatée afin que le souvenir puisse en être gardé.

Cependant, déjà dans les Gragas au XIV^e siècle, l'influence religieuse commence à se faire sentir sous certains rapports. Si l'Église n'intervient pas

dans la célébration du mariage, elle est du moins parvenue à faire interdire d'y procéder durant certains jours « *Definiunt leges connubia non esse contrahenda nocte quam dies necessario festus vel jejunium legale subsequitur. Nuptiæ ne proprius ad festum paschatas in antecessum instituantur* ». Il est donc défendu de procéder à la célébration du mariage à certains jours de fête; la première cohabitation ne peut également avoir lieu la nuit qui précède un jour de fête ou de jeûne. Une peine sévère, celle du bannissement est prononcée contre ceux qui ont contracté mariage en contravention de ces dispositions. « *Exilium luat quicumque temporibus his exemptis matrimonium inierint.* »

On est déjà en droit de tirer de ces dernières dispositions la preuve que, dans les mœurs, le mariage religieux existait et qu'il n'était guère d'usage d'y procéder sans l'assentiment d'un prêtre; sans doute, cette assistance n'était pas obligatoire, mais il est très probable qu'elle était usuelle.

Aujourd'hui, le code suédois de 1734 est en vigueur en Islande.

IX. SERBIE

La Serbie est un des pays où le mariage exclusivement civil avec ses formes primitives (enlèvement et paiement d'un prix) subsista le plus longtemps en dépit des modifications les plus profondes introduites dans l'ordre social et dans l'ordre religieux.

L'introduction du christianisme ne fut pas le signal

d'une transformation dans les formes du mariage; les effets tentés par les papes et les gouvernements échouèrent devant le respect que les sujets affectaient pour la tradition.

On trouve la trace de ces règles primitives dans le code du tzar Douchan de Serbie, promulgué au milieu du xiv^e siècle. Le mariage entre un hérétique et une femme serbe orthodoxe sans aucune intervention religieuse, est proclamé valable par ce code, à condition que le mari se convertisse au culte de l'église grecque soit avant, soit même après son mariage. S'il s'y refusait, sa femme et ses enfants étaient séparés de lui par la force, et une portion plus ou moins forte de ses biens leur était attribuée pour leur entretien (par. 3 et 4). D'après le même code, les juges civils avaient compétence pour célébrer un mariage; c'est au moins ce qu'on peut déduire d'un passage (par. 72), qui indique à la suite de quels crimes et délits les juges sont déchus de ce droit.

Le mariage civil subsistait donc encore à cette époque concurremment avec le mariage religieux, le premier s'appelait *brak*, le second prenait le nom de *Wienkzanié*. Le mariage civil ressemblait beaucoup sans doute aux *Verloebnissen* ou fiançailles solennelles qui constituèrent pendant longtemps, chez les peuples germaniques, la forme du mariage.

C'est au code que nous venons de signaler (le code du tzar Douchan) que remonte la transformation subie dans les formes du mariage. Il y fut décidé (§ 3

et 4) que la cérémonie religieuse accompagnerait toujours le mariage civil sous peine de nullité. Aujourd'hui encore, d'après l'art. 60 du code civil serbe, le mariage est un acte essentiellement religieux; le mariage civil est interdit.

Le mariage entre chrétiens et non chrétiens est interdit; il est frappé de nullité absolue (art. 69 et 79). Mais il est permis aux chrétiens des différents cultes de se marier entre eux; ainsi les orthodoxes catholiques; les réformés peuvent s'unir entre eux sans obstacles. Ceux de ces mariages dans lesquels l'un des deux conjoints est orthodoxe prennent le nom de mariages mixtes. Les mariages mixtes sont régis par le décret du 9 septembre 1853. Pour qu'ils soient valables ils doivent être célébrés conformément aux règles de la religion orthodoxe et l'acte de célébration doit être inscrit sur les registres de l'état civil de l'église où il a été célébré. Les enfants nés des mariages mixtes doivent être baptisés dans les églises orthodoxes.

Enfin les mariages contractés entre époux dont l'un n'est pas chrétien (juif ou musulman) sont célébrés d'après les règles propres à la religion des époux, c'est-à-dire par le prêtre de leur culte.

Les mariages, une fois célébrés, sont consignés dans les registres de l'état civil dont la tenue est confiée aux prêtres desservant chaque paroisse sous la surveillance des juges de paix. (Loi du 21 mars 1866 art. 35). Ces dispositions s'appliquent même aux communautés religieuses israélites.

X. TURQUIE

L'état civil turc est, tout le monde le sait, basé encore aujourd'hui sur le Coran, lequel proscrit les unions entre mahométans et personnes de toute autre religion et ordonne que le mariage de ces derniers soit célébré par un ministre du culte.

Les personnes appartenant à une autre religion tolérée en Turquie (grecs, arméniens, etc.) peuvent faire célébrer leur union par les prêtres de leur culte, et ces prêtres consentent même à procéder souvent à la célébration du mariage des personnes appartenant à une religion non tolérée, comme les catholiques. Le mariage civil est entièrement inconnu en Turquie.

XI. JAPON

Le mariage religieux est encore aujourd'hui le seul usité au Japon ; il était refusé jusqu'à ces dernières années aux étrangers. En 1876, à la requête d'un agent consulaire et après bien des pourparlers, les autorités japonaises ont consenti à marier deux Français avec des Japonaises. Aujourd'hui la célébration des mariages de ce genre ne fait aucune difficulté.

CHAPITRE V

PAYS ADMETTANT A LA FOIS LE MARIAGE CIVIL ET LE
MARIAGE RELIGIEUX OBLIGATOIRES

ROUMANIE. Le code civil promulgué en 1864 dans la principauté de Roumanie transcrit presque textuellement la plupart des dispositions de notre code civil. Toutefois, en ce qui concerne la célébration du mariage, la constitution roumaine introduit une modification importante qui fait de la législation roumaine une législation absolument unique en son genre. L'art. 22 de la constitution maintient le mariage civil obligatoire adopté par le code civil, mais il y ajoute le mariage religieux également obligatoire.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I Le tuteur qui donne l'autorisation à son pupille doit non-seulement être présent *in ipso negotio*, mais encore prononcer des paroles et des paroles solennelles.
- II Les choses corporelles sont seules susceptibles de possession.
- III La compensation légale n'a jamais été admise à Rome.
- IV Les enfants issus du concubinat avaient un père certain.

DROIT CIVIL

- I La femme au profit de qui le mari a acquis un immeuble à titre de emploi est réputée n'avoir la propriété de cet immeuble à l'égard des tiers que du jour où elle accepte ce emploi.

- II La règle du partage est déclaratif s'applique aux créances.
- III Le mariage ne rentre pas dans la catégorie des actes prohibés pour l'interdit.
- IV Les décrets du 6 avril 1809 et du 26 août 1811 subsistent encore quant à celles de leurs dispositions qui ne sont pas incompatibles avec la législation nouvelle.
- V Le père ne peut imposer à un enfant naturel la réduction autorisée par l'article 761 et l'exclusion de sa succession qui en est la conséquence.

DROIT CONSTITUTIONNEL

- I L'Assemblée nationale ne peut réviser la constitution que sur les points précédemment déterminés par les deux chambres.

DROIT INTERNATIONAL

- I Un étranger peut exercer en France les fonctions de tuteur.
- II Les conditions de capacité du français qui se marie à l'étranger, et de l'étranger qui se marie en France relèvent du statut personnel.

- III Les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne peuvent être révisés quant au fond par les tribunaux français.
- IV Le défaut de transcription en France du mariage célébré par un français à l'étranger ne l'empêche pas de produire tous ses effets civils.
- V Le défaut de publication en France du mariage contracté par un français à l'étranger ne peut entraîner la nullité de ce mariage.

VU :

Le Professeur, président de la thèse,
J. CABOUAT.

Vu par le Doyen de la Faculté.
EDMOND VILLEY.

VU et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur
de l'Académie de Paris, Caen.
E. ZÉVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE A ROME

| | Pages |
|--|-------|
| CHAPITRE PREMIER. — INTRODUCTION..... | 1 |
| CHAPITRE II. — LA CONFARREATIO | 11 |
| CHAPITRE III. — TRANSFORMATION DE LA SOCIÉTÉ RELIGIEUSE EN SOCIÉTÉ CIVILE | 17 |
| CHAPITRE IV. — LA COEMPTIO ET L'USUS..... | 23 |
| CHAPITRE V. — LE MARIAGE LIBRE | 35 |

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE DE LA LÉGISLATION COMPARÉE SUR LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

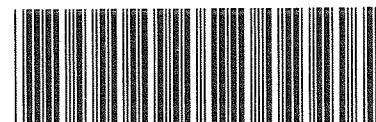
| | Pages |
|--|-------|
| INTRODUCTION..... | 61 |
| CHAPITRE PREMIER — FRANCE | 68 |
| Section 1 ^{re} . — Formes antérieures au Concile de Trente | 68 |

| | Pages |
|---|-------|
| Section 2 ^e . — Formes postérieures au Concile de Trente et antérieures à la Révolution..... | 81 |
| Section 3 ^e . — Formes postérieures à la Révolution | 97 |
| CHAPITRE II. — PAYS OU LE MARIAGE EST EXCLUSIVEMENT CIVIL | 105 |
| Section 1 ^{re} . — Allemagne | 105 |
| Section 2 ^e . — Pays de l'Amérique du Sud..... | 134 |
| § 1. Guatemala | 134 |
| § 2. Venezuela..... | 135 |
| § 3. Mexique..... | 135 |
| § 4. Paraguay..... | 135 |
| Section 3 ^e . — Italie..... | 136 |
| Section 4 ^e . — Pays-Bas | 140 |
| Section 5 ^e . — Suisse | 141 |
| Section 6 ^e . — Belgique | 142 |
| Section 7 ^e . — Chine..... | 145 |
| CHAPITRE III. — PAYS QUI ADMETTENT LE MARIAGE CIVIL OU LE MARIAGE RELIGIEUX AU GRÉ DES PARTIES..... | 146 |
| Section 1 ^{re} . — Angleterre | 146 |
| Section 2 ^e . — Ecosse..... | 158 |
| Section 3 ^e . — Irlande | 164 |
| Section 4 ^e . — Colonies anglaises..... | 169 |
| Section 5 ^e . — Etats-Unis d'Amérique..... | 172 |
| CHAPITRE IV. — PAYS QUI ADMETTENT, SUIVANT DES DISTINCTIONS, TANTOT LE MARIAGE CIVIL OBLIGATOIRE, TANTOT LE MARIAGE RELIGIEUX OBLIGATOIRE, ET PAYS QUI EXIGENT LE MARIAGE RELIGIEUX OBLIGATOIRE | 178 |
| Section 1 ^{re} . — Pays de l'Amérique du Sud..... | 178 |
| § 1. Pérou..... | 178 |
| § 2. Brésil | 178 |

| | Pages |
|--|-------|
| Section 2 ^e . — Autriche | 185 |
| Section 3 ^e . — Espagne | 189 |
| Section 4 ^e . — Grèce | 210 |
| Section 5 ^e . — Hongrie..... | 210 |
| Section 6 ^e . — Portugal..... | 213 |
| Section 7 ^e . — Russie..... | 214 |
| Section 8 ^e . — Etats Scandinaves | 226 |
| § 1. Suède..... | 226 |
| § 2. Danemark..... | 234 |
| § 3. Norvège | 234 |
| § 4. Irlande..... | 234 |
| Section 9 ^e . — Serbie | 237 |
| Section 10 ^e . — Turquie..... | 240 |
| Section 11 ^e . — Japon | 240 |
| CHAPITRE V. — PAYS ADMETTANT A LA FOIS LE MARIAGE CIVIL ET LE MARIAGE RELIGIEUX OBLIGATOIRES — ROUMANIE..... | 241 |
| POSITIONS..... | 243 |

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S03215

Jindřich Kudlík
knihárství a sčítárna
Brno, Dominikánská 9