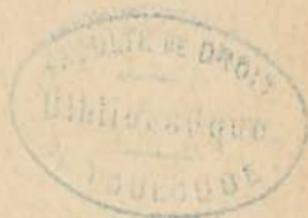


22823

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



MANIOC.org

Université Toulouse 1 Capitole
Service Commun de la Documentation

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
CONDITION DES ESCLAVES
EN DROIT ROMAIN

DES
EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE

DES
NULLITÉS DE MARIAGE
DES DISPENSES
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

A. DUCHAUFFOUR

Avocat à la Cour d'Appel
Attaché de 1^{re} classe au parquet du tribunal de 1^{re} instance
du département de la Seine.

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu
le 12 avril 1878, à 2 heures.

Président : M. DUVERGER.

Suffragants : { MM. MACHELARD,
VUATRIN,
COLMET DE SANTERRE, } *Professeurs.*
 { BOISTEL,
 RENAULT, } *Agrégés.*

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement

PARIS
TYPOGRAPHIE LAHURE

9, RUE DE FLEURUS, 9

1878



FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

CONDICTION DES ESCAVES
ET DROIT ROMAIN

ESPECIEMENT EN MATIERE

RELATIVE DE MARIAGE
DES ESCAVES
ET DROIT FRANÇAIS

PAR M. LE DOUTEUR

A. BOUHAÏRY

PARIS

LIBRAIRIE LAROSE

1918

MANIOC.org

Université Toulouse 1 Capitole
Service Commun de la Documentation

DROIT ROMAIN

DE LA CONDITION DES ESCLAVES

INTRODUCTION

Le droit romain gouvernait autrefois, en France, les pays de droit écrit et, dans les pays coutumiers, il servait à combler les lacunes de la législation nationale ; c'est pourquoi, en l'étudiant, on cherchait les applications pratiques, on commentait tous les textes et on s'efforçait de concilier les décisions contradictoires. Aujourd'hui un pareil travail serait inutile et fastidieux : le droit romain n'est plus intéressant qu'au point de vue historique parce qu'il permet de bien comprendre sur quels fondements étaient établies la société et la famille à Rome, et au point de vue de la science juridique parce que les jurisconsultes romains, avec une habileté remarquable, savaient déduire d'un principe toutes ses conséquences logiques, mais n'hésitaient pas, lorsque les applications se trouvaient en contradiction avec la

raison générale ou le progrès des idées, à introduire un nouveau principe qui, sans détruire la règle primitive, se combinait sagement avec elle.

La condition des esclaves est une des parties du droit romain les plus intéressantes à étudier, car elle fait connaître les devoirs, les droits, la situation juridique d'une nombreuse classe d'habitants de la cité, et elle montre comment les jurisconsultes, partis du principe que l'esclave est une chose, un objet de propriété comme les bêtes de somme, ont atténué les conséquences de ce principe en considérant que l'esclave est un homme, un être raisonnable et qu'on ne peut l'assimiler complètement à un animal.

La société antique reposait sur l'esclavage; les esclaves n'étaient pas seulement attachés au service de la famille, ils étaient ouvriers et commerçants pour le compte de leur maître. Pline compare avec raison la maison d'un riche Romain à une sorte de république ou de cité. Le travail manuel et le petit commerce étant dédaignés par les hommes libres, on faisait fabriquer par des esclaves tous les objets nécessaires à la vie; on plaçait les plus intelligents à la tête d'un commerce, on louait les plus instruits comme pédagogues. Dans les riches maisons les esclaves étaient divisés en décuries et souvent ils formaient entre eux des *collegia* qui ressemblaient à nos sociétés de secours mutuels. Laur. Pignorius et Titus

Popma au dix-septième siècle, MM. Wallon et Allard, dans ces dernières années, ont étudié en détail les diverses occupations des esclaves et leur condition au sein de la famille romaine; de pareils travaux présentent un vif intérêt au point de vue historique et littéraire, mais ont peu d'importance au point de vue juridique.

Il y avait, en fait, bien de la différence entre le *dispensator*, intendant chargé de distribuer les provisions, et le *caprarius*, le chevrier, entre l'*institor ordinarius* chargé de gérer un commerce, et le *vicarius* qui est l'esclave d'un esclave; mais le maître était libre de changer la destination de ses esclaves et de leur imposer telle occupation qu'il jugeait convenable.

Dans deux cas cependant, la loi attache une certaine importance aux fonctions dont l'esclave est chargé : 1° L'injure faite à un esclave est plus ou moins grave selon l'importance des attributions que le maître a conférées à cet esclave. 2° Celui qui possède des esclaves à titre d'usufruit doit user de chacun d'eux selon sa condition; il n'a pas la faculté d'envoyer un esclave écrivain travailler à la campagne et porter des corbeilles ou de la chaux, de faire d'un histrion un baigneur et d'un esclave du palestre un homme de peine chargé du nettoyage des latrines, ce serait un abus de jouissance (Ulpien, L. 15 § 4 *de usufruct*). L'usufruitier doit en effet respecter les droits du propriétaire, il ne peut changer la destination des

objets de l'usufruit. Ulpien ajoute (ibid., § 2) qu'il doit nourrir et vêtir les esclaves *secundum ordinem et dignitatem mancipiorum*.

Il y avait toutefois dans l'esclavage une classe privilégiée, c'était les *servi publici*, esclaves appartenant à l'État, aux villes, aux temples; nous dirons d'eux quelques mots, mais nous nous occuperons surtout du droit commun des esclaves.

Après avoir examiné comment on devient esclave, nous étudierons, dans une deuxième partie, la situation de l'esclave dans la société, c'est-à-dire sa condition au point de vue de la religion, des fonctions publiques, des droits de famille et du droit pénal; cette seconde partie comprendra aussi l'étude des règlements faits par les édiles pour le commerce des esclaves.

Enfin, dans une dernière partie, nous exposerons quelle était la capacité de l'esclave pour les divers actes juridiques. C'est là surtout que nous verrons comment les jurisconsultes romains ont concilié deux principes en apparence contradictoires. Les esclaves ne comptent pas au point de vue du droit, disent certains textes, *non tam viles quam nulli sunt*, et ailleurs, *servitatem mortalitati fere comparamus* (L. 209 de R. J.), la servitude anéantit la personne civile comme la mort détruit la personne physique. L'esclave apparaît donc au premier abord comme pouvant seulement être l'objet d'un droit et il semble qu'on ne puisse jamais le considérer comme étant le sujet actif ou

passif d'une obligation, mais il était impossible à la loi d'étouffer la réalité sous sa fiction.

La religion païenne reconnaissait la personnalité des esclaves, mais ne leur accordait pas des droits égaux à ceux des hommes libres ; les philosophes allèrent plus loin et attaquèrent le principe même de la servitude, Sénèque est rempli de dissertations contre l'esclavage. Les jurisconsultes eux-mêmes, tout en frappant l'esclave d'une incapacité générale quant aux institutions du droit civil, du droit prétorien et du *jus gentium*, avouaient qu'en droit naturel tous les hommes sont égaux : *quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur, non tamen et jure naturali, quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt* (L. 32 de R. J.), et ailleurs : *cum jure naturali OMNES LIBERI NASCERENTUR, nec esset nota manumissio cum servitus esset ignota* (L. 4 de just. et jure). Ulpien, dans cette phrase, reproduit presque textuellement le vers de Plaute :

Omnes natura parit liberos.

(Aulularia, v. 808.)

Malgré cette incapacité générale, on ne refusait pas à l'esclave le titre de *persona*, car l'esclave était un homme (L. 215 de V. S. ; L. 22 de R. J. ; Gaius, I, §§ 9, 120, 121, 123, 139, etc.), et comme les affaires journalières de la vie étaient réglées par des esclaves, qui souvent y figuraient seuls, on apporta à la rigueur des principes une

foule de tempéraments. Le droit donné aux esclaves de figurer eux-mêmes comme parties contractantes dans les principaux actes juridiques avait été établi uniquement dans l'intérêt du maître, l'esclave n'avait qu'une capacité d'emprunt, il était simplement un instrument d'acquisition intelligent. Mais d'un autre côté, en reconnaissant que d'après le droit naturel tous les hommes sont égaux, on fut amené à donner à l'esclave une capacité personnelle fort incomplète, mais qui produisait cependant des résultats importants : l'esclave put devenir le sujet actif ou passif d'obligations naturelles.

A l'origine le droit du maître sur la personne de l'esclave s'exerce sans aucune restriction ; le maître peut livrer son esclave aux plus affreux supplices sans que l'autorité publique intervienne. Plus tard, par un sentiment d'humanité et aussi pour empêcher que les esclaves, poussés par le désespoir, ne se révoltassent, comme ils l'avaient fait plusieurs fois pendant le septième siècle de la fondation de Rome, on prit quelques mesures pour empêcher les maîtres d'abuser de leur droit de correction. Mais ces lois, mal observées, adoucirent peu la situation des esclaves. Tant que les Romains eurent peu d'esclaves, et vécurent au milieu d'eux, partageant leurs fatigues et leur genre de vie, le sort de ces serviteurs n'était pas trop dur ; mais il devint bien misérable quand l'esclavage se recruta dans les pays éloignés, dans des populations de race étrangère et que les

citoyens eurent chez eux des foules d'esclaves. Toutefois, comme le remarque M. Gaston Boissier, on se représente souvent l'esclave romain un peu plus malheureux qu'il ne l'était ; « ce qui entraîne à exagérer, c'est la comparaison qu'on fait, sans le vouloir, de l'esclavage antique avec celui qui a régné si longtemps dans le nouveau monde et dont, il faut l'espérer, notre génération verra la fin. Ils ne se ressemblent pas, et, je le dis à regret, c'est celui de nos jours, celui qui est venu après le christianisme, qui est le plus rigoureux. Comme il est fondé sur une différence de couleur, rien n'en peut effacer la trace. » (L'Esclave à Rome, *Revue des Deux-Mondes* du 4^{er} décembre 1868.) Dans l'intéressante étude d'où j'extrais ces lignes, M. Gaston Boissier s'est appuyé surtout sur les inscriptions ; il a évité l'écueil qu'il signale et il nous paraît même avoir un peu exagéré les distractions et les consolations des esclaves : les inscriptions ne signalaient que les plus heureux, parmi les esclaves ; les textes de lois nous permettront de deviner la triste condition des autres.

PREMIÈRE PARTIE

SOURCES DE L'ESCLAVAGE

Justinien distingue les hommes qui sont esclaves de naissance et ceux qui, nés libres, le sont devenus par un fait postérieur (Just. I, 3, § 4); Marcien divise les causes d'esclavage en deux classes : les unes résultant du *jus gentium*, les autres du droit civil (L. 5, § 1 de *stat. hom.*); c'est cette division que je vais adopter.

Les causes appartenant au droit des gens sont la naissance et la captivité. Marcien ne cite qu'une source d'esclavage résultant du droit civil : c'est le fait, par un majeur, de se faire vendre comme esclave, mais nous en verrons d'autres qu'il a omises.

CHAPITRE I

CAUSES D'ESCLAVAGE RÉSULTANT DU DROIT DES GENS.

§ 1. *Naissance.* — Sont esclaves ceux qui naissent d'une femme esclave. Selon la règle posée

par Ulpien (L. 24 *de stat. hom.*) l'enfant, né en dehors du légitime mariage, suit la condition de sa mère. Pour les esclaves, il n'existe pas de mariage légitime; aussi peu importe la condition du père: si la mère est esclave, son enfant sera esclave.

D'après les principes généraux, c'est au moment de la naissance qu'il faut considérer la condition de la mère; si donc, libre au moment de la conception, elle est esclave lors de l'accouchement, l'enfant naîtra en servitude. Réciproquement, l'enfant conçu par une esclave sera libre, si la mère a été émancipée pendant sa grossesse (Gaius, I, §§ 91 et 88).

Au contraire, en légitime mariage, l'enfant suit la condition que son père avait lors de la conception; si donc une femme légitime devenait esclave dans l'intervalle qui s'écoulait entre la conception et l'accouchement, l'enfant naissait libre: *hi qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt* (Gaius I, § 89, Ulp. Reg. 5, § 10).

Tels sont les principes dans cette matière, mais diverses lois y ont dérogé, soit en faveur de la liberté, soit à son préjudice.

En faveur de la liberté, l'empereur Hadrien décida dans un rescrit adressé à Publius Marcellus (L. 18 *de stat. hom.*) qu'une femme condamnée, pendant sa grossesse, à une peine emportant servitude, donnerait le jour à un enfant libre;

cette décision fut généralisée par les jurisconsultes *quia non debet calamitas matris ei nocere qui in utero est*, et l'on finit par admettre que l'enfant naîtrait libre si sa mère avait été libre à un moment quelconque de la grossesse (L. 5, § 2 et 3 *de stat. hom.*). Il suffisait même que la mère eût dû être libre : par exemple, l'enfant d'une femme donnée à la condition d'être affranchie, naissait libre si sa naissance avait eu lieu à une époque où l'affranchissement de sa mère aurait dû être accompli (L. 22 *de stat. hom.*).

Dans un sens contraire à la liberté, le S.-C. Claudien, dont nous reparlerons, décide qu'une femme libre, vivant maritalement avec un esclave, pouvait convenir avec le maître de cet esclave, que ses enfants naîtraient en servitude, bien qu'elle restât libre; cette disposition a été abrogée par Hadrien. En outre, une loi dont le nom est effacé dans le manuscrit de Gaius (I § 85), avait décidé que lorsqu'un homme libre épouserait une *ancilla aliena* la croyant libre, les enfants mâles suivraient la condition du père, et les filles, celle de la mère. Vespasien décida que tous les enfants suivraient la condition de la mère et seraient esclaves. On sacrifiait ainsi l'humanité à la logique ¹.

1. Cependant les jurisconsultes romains admettaient, dans certains cas, qu'un mariage nul mais contracté de bonne foi produisit des effets civils; ainsi, sans parler de l'*erroris causæ probatio*, lorsqu'un mariage était déclaré nul, la femme pou-

La loi citée par Gaius (§ 86) dispose que la femme libre qui vit sciemment avec un esclave, enfante des esclaves, disposition contraire non-seulement au droit des gens, mais encore à ce que dit Gaius au paragraphe 84. Pour concilier cette apparente contradiction, il faut se reporter aux derniers mots du paragraphe 86; on voit qu'il s'agit là d'une loi locale qui a survécu à l'abolition du S.-C. Claudien et qui ne reçoit d'application que dans la province pour laquelle elle a été édictée.

§ 2. *Captivité.* — A. *Captivité en temps de paix.* — Pour les anciens Romains, tous les étrangers étaient des ennemis, on les appelait *hostes*. Plus tard, à l'époque classique du droit, on distingua les *peregrini*, étrangers soumis à Rome et peuples indépendants alliés de Rome ou unis avec elle par des traités, et les *barbari*, qui vivent sans relations avec Rome et en dehors de la civilisation ancienne. Les *barbari* sont les individus faisant partie des *gentes externæ, non fœderatæ*, implicitement désignés par un texte de Pomponius, jurisconsulte du

vait répéter sa dot par une *condictio* à laquelle on rattachait les prérogatives dépendant de l'action *rei uxoriæ*, et quand elle avait épousé un esclave, elle avait sur le pécule de son mari une sorte de privilège qui lui faisait primer tous les créanciers agissant *de peculio* et le maître lui-même pour les choses dotales ou achetées avec des deniers dotaux (Ulp. L. 23, § 13 *Solut. matrim.*). Enfin Marc-Aurèle et Lucius érus ont déclaré légitimes les enfants nés du mariage incestueux que Flavia Tertullia avait contracté de bonne foi avec son oncle (L. 57, § 1 *de ritu nupt.*).

deuxième siècle : *... nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitiae causa factum habemus....* (L. 5, § 2 de *capt. et de postl.*) On leur prenait tout ce qu'on pouvait leur prendre et on leur reconnaissait un droit réciproque. Les barbares surpris, même en temps de paix, devenaient esclaves, s'ils n'avaient un sauf-conduit spécial ; telle est du moins la conclusion que MM. Accarias (Précis de dr. rom. n° 49) et Humbert (Dict. d'Antiq. v° *barbarus*) tirent des lois 5, § 2 et 12 pr. de *capt. et de postl.*

B. *Captivité en temps de guerre.* — Les pérégrins, avec lesquels on est en guerre, sont désignés, à l'époque classique, sous le nom d'*hostes* (L. L. 118 et 234 de V. S.). En temps de paix, les Romains respectaient la personne et la propriété du pérégrin ; mais en temps de guerre, les *hostes* faits prisonniers dans les combats, ou surpris sur le sol romain, devenaient esclaves de droit, à moins qu'ils ne fussent ambassadeurs (L. 17 de *legation.*). Mais il faut qu'il s'agisse d'une guerre de nation à nation et que cette guerre ait été l'objet d'une déclaration régulièrement faite ou reçue par les Romains. Par conséquent, les citoyens enlevés par des pirates ou des brigands, et ceux qui sont faits prisonniers dans une guerre civile, peuvent, en fait, se trouver *in servitute*, mais en droit ils sont libres. Quand même ils seraient vendus et affranchis ensuite par leurs maîtres, on devrait

les considérer comme des ingénus et non comme des affranchis.

Conformément à ce principe, Constantin restitua la liberté et l'ingénuité à ceux qui avaient été réduits en esclavage par Maxime (Code Théodosien, V, 6).

C. *Deditio*. — La *deditio* était l'abandon d'un citoyen au profit de l'ennemi (Tite-Live, V, 36), on y recourait dans les deux cas suivants : 1° Lorsqu'un citoyen avait porté atteinte aux droits et prérogatives des ambassadeurs étrangers (L. ult. *de legation.*); 2° lorsqu'un général avait conclu avec l'ennemi un traité que le sénat refusait de ratifier (Tite-Live, IX, 10; Vell. Patercul., II, 1). Le gouvernement considérait que sa responsabilité ne pouvait être engagée par les actes de ses nationaux, fussent-ils magistrats ou chefs d'armée, et qu'il pouvait s'affranchir des obligations résultant des actes d'un citoyen en l'abandonnant à la nation étrangère qui avait le droit de se plaindre.

Plusieurs auteurs enseignent que la *deditio* entraînait la *maxima capitis diminutio* de celui qui en était l'objet. Ils s'appuient surtout sur le passage suivant de Cicéron (pro Cœcin. 34) : *ut religione civitas solvatur, civis romanus traditur : qui quum est acceptus, est eorum quibus est deditus....* Les mots *est eorum* peuvent en effet signifier qu'il appartient à la nation ennemie en qualité d'esclave, mais il est plus probable qu'ils indiquent seulement la perte de la cité romaine et le fait que le citoyen

abandonné fait dès lors partie de la nation ennemie. Pour que la *deditio* soit parfaite, il faut que la nation ennemie consente à recevoir le Romain qui lui est livré (Cicéron, *pro Cæcin*, 34; Top. 8). Sans doute cette nation aura droit de vie et de mort sur le *deditus*, mais ce n'est pas un motif suffisant pour qu'aux yeux de la loi romaine le *deditus* soit regardé comme esclave. Aucun texte ne désigne la *deditio* parmi les causes d'esclavage et nous voyons au contraire, qu'à la différence du captif, le *deditus* revenant dans sa patrie ne jouissait pas du *postliminium* et restait soumis à la *media capitis diminutio* (L. 4 de *capt. et postl.*; L. ult. de *legation.*).

CHAPITRE II

CAUSES D'ESCLAVAGE RÉSULTANT DU DROIT CIVIL.

§ 1. *Cas où l'on ne s'est pas fait inscrire sur les registres du cens.* — Servius Tullius ordonna que tous les citoyens fussent portés sur les registres du cens (Tite-Live, I, 42); ces registres étaient dressés tous les cinq ans. Celui qui, afin de se soustraire aux charges publiques, omettait sciemment de se faire porter sur la liste des citoyens, était appelé *incensus* et pouvait être vendu comme esclave au nom du peuple. Ulpien dit en effet :

maxima capitis diminutio est... veluti cum incensus venierit (reg. XI, § 11). Cette cause d'esclavage disparut, avec l'usage du cens, dans les premiers siècles de l'empire.

§ 2. *Cas où l'on s'est soustrait au service militaire.* — Sous la République, quand tous les citoyens étaient soumis au service militaire, ceux qui refusaient d'être soldats étaient vendus comme esclaves. Cicéron (*Pro Cæcin.* 34) justifie ainsi cette cause d'esclavage et celle qui précède : « Le peuple vend celui qui n'a pas voulu être soldat et ne lui enlève pas la liberté ; mais il juge qu'il n'est pas libre parce que, pour la conserver, il n'a pas voulu affronter les périls de la guerre. Quand il vend celui qui ne s'est pas fait inscrire sur les tables du cens, il décide que si l'inscription sur ces tables affranchit d'une servitude légitime, d'un autre côté, l'homme libre qui n'a pas voulu y être porté, s'est enlevé à lui-même sa liberté. » Sous l'empire, l'armée se recruta surtout par voie d'enrôlements volontaires, et cette cause d'esclavage disparut (L. 4, § 10 *de re milit.*).

§ 3. *Insolvabilité du débiteur.* — D'après le texte de la loi des XII tables, rapporté par Aulugelle (Noct. Att. XX, 1), le débiteur qui avait reconnu la dette ou avait été condamné, avait trente jours pour chercher la somme et s'acquitter. Le délai expiré sans paiement, le débiteur était cité devant le prêteur qui l'adjudgeait (*addicebat*) à celui en faveur de qui le juge avait prononcé. Le

débiteur était retenu enchaîné dans la maison de son créancier pendant soixante jours. Dans cet intervalle, il était conduit devant le tribunal du préteur, et chaque fois, on proclamait à haute voix le montant de sa condamnation ; au troisième jour de marché, si le débiteur n'avait trouvé personne qui consentit à payer sa dette, les créanciers avaient le droit de se partager son corps par morceaux, ou d'aller le vendre aux étrangers au delà du Tibre (*trans Tiberim peregre venum ibant*) et de se partager le prix. Cette cause d'esclavage tomba en désuétude quand il fut permis aux créanciers de s'emparer des biens de leur débiteur pour les vendre ; elle paraît avoir été abolie par la loi Paetilia-Papyria en 425 ou 435 A.V.C.

§ 4. *Vol manifeste*. — Aulu-Gelle (XI, 18) nous fait connaître que la loi des XII tables condamnait à mort l'homme libre pris en flagrant délit de vol, s'il faisait nuit au moment du délit ou s'il s'était défendu avec une arme. Quand le voleur était pris en flagrant délit pendant le jour et ne se défendait pas, il était frappé de verges et livré à celui qu'il avait volé : *verberari addicique jusserunt ei cui factum furtum esset...* Aulu-Gelle (XX, 1) fait dire à Favorinus : *nisi duram esse legem putas... quæ furem manifestum ei cui furtum factum est in servitute tradit...* Il n'est pas certain qu'il s'agisse là d'un véritable esclavage, et les anciens se demandaient si, en vertu de l'*addictio*, le voleur était de suite esclave, ou s'il était dans la situation

du débiteur *judicatus*. Gaius dit en effet : *utrum autem servus efficeretur ex addicione, an adjudicati loco constitueretur, veteres quærebant* (III, § 189).

Quoi qu'il en soit, cette source d'esclavage n'existait plus à l'époque classique, elle paraît avoir été abolie par la loi Porcia qui défendait de frapper de verges ni de mettre dans l'esclavage aucun citoyen romain.

§ 5. *Sénatus-consulte Claudien, 1^{er} chef*. — Il arrivait souvent qu'un homme libre, se faisant passer pour esclave, était vendu par un complice, partageait le produit du marché et réclamait ensuite sa liberté. La liberté étant inaliénable et hors du commerce, la réclamation triomphait nécessairement; l'acheteur avait bien, contre le vendeur, les actions résultant de la vente, et, contre le faux esclave, une action prétorienne *in factum* ayant pour objet le double du préjudice éprouvé (L. 14, pr. L. 18 pr. *de lib. caus.*); mais ce recours était illusoire quand les deux complices étaient insolubles, ce qui était le cas le plus fréquent.

Pour réprimer cette fraude, on décida que l'homme libre resterait esclave de l'acheteur, mais à cinq conditions : 1^o que l'homme libre fût âgé de plus de vingt ans, soit à l'époque de la vente, soit à l'époque où il avait partagé le prix (L. 7, § 1 *de lib. caus.*); 2^o qu'il connût sa condition d'homme libre et eût agi librement. S'il se croyait

esclave, si son consentement avait été arraché par la violence, on n'avait pas de reproches à lui faire (L. 16, § 1, *ibid.*); 3° que le prix eût été payé par l'acheteur, car si celui-ci n'avait rien payé, il n'éprouvait pas de préjudice; 4° que le prétendu esclave eût partagé le prix, autrement il n'eût pas été utilement complice de la fraude; 5° que l'acheteur fût de bonne foi, c'est-à-dire ignorât la qualité d'homme libre de celui qu'il achetait comme esclave (L. 7, § 2 *de lib. caus.*); cependant, s'il revendait à un acheteur de bonne foi l'homme qu'il savait être libre, la vente était maintenue (L. 7, § 2; L. 23, § 1 *de lib. caus.*). Pour que l'esclavage fût encouru, il suffisait que l'acheteur eût été de bonne foi au moment de la vente (L. 22, § 2, *eod.*).

Quand la personne vendue se croyait réellement esclave et que le vendeur ou l'acheteur étaient de mauvaise foi, ces derniers commettaient le crime appelé *plagium* et encouraient la condamnation *in metallum* (L. 1, 4 et 7 *de lege Fabia de plag.*).

Le S.-C. Claudien a certainement traité cette cause d'esclavage, ainsi qu'il résulte de la rubrique de la loi 5 (*Quib. ad libert. procl.*); mais elle était sans doute antérieure à ce sénatus-consulte, puisque Paul, dans la loi 23 *pr. de lib. caus.*, cite, à propos de la vente d'usufruit d'un homme libre, l'opinion de Quintus Mucius, l'auteur de la caution mucienne, qui fut consul en 658 A. V. C.,

et qui est connu sous le nom de Q. Mucius Scœvola.

La vente n'était pas le seul contrat pouvant donner lieu à l'application du sénatus-consulte, et l'on maintenait également en servitude les hommes libres qui avaient reçu de l'argent pour jouer le rôle d'esclaves donnés, constitués en dot ou remis en gage (L. 23, § 1 *de lib. caus.*). Le premier chef du S.-C. Claudien n'a été abrogé qu'à la fin du neuvième siècle, par l'empereur Léon le Philosophe. Ce prince, dans sa Nouvelle 59, décide que la vente est nulle, mais que l'homme libre et son complice doivent être frappés de verges.

§ 6. *Sénatus-consulte Claudien, 2^o chef.* — Beaucoup de femmes, soit qu'elles ne trouvassent pas de maris, soit qu'elles voulussent assurer leur indépendance, vivaient avec des esclaves; leurs enfants naissaient libres, et Rome se peuplait ainsi de fils d'esclaves, qui étaient ingénus et égaux aux fils de citoyens. Pour entraver cet envahissement de la cité romaine par des fils d'esclaves, Claude fit rendre le sénatus-consulte qui porte son nom, et dont l'une des dispositions ordonne que les femmes qui entretiendraient des relations avec un esclave, seront déclarées esclaves, lorsqu'elles auront agi à l'insu du maître, et seront considérées comme des affranchies si le maître donne son consentement.

Tacite (Ann. XII, 53) ne parle que de cette dis-

position du sénatus-consulte et nous montre les sénateurs rivalisant de bassesse pour manifester leur reconnaissance envers l'affranchi Pallas, auteur de la proposition. Suétone (vie de Vespasien, XI) semble attribuer cette décision à Vespasien. Il est probable que le sénatus-consulte était peu appliqué et que Vespasien voulut en assurer l'exécution.

Pour qu'il y eût lieu d'appliquer le sénatus-consulte, il fallait que la femme libre connût sa condition, qu'elle entretînt des relations suivies (*contubernium*) avec l'esclave d'autrui, et y persistât malgré trois sommations (*denuntiationes*) à elle faites par le propriétaire. Un décret du préteur intervenait alors pour adjuger la personne et les biens de la femme coupable au propriétaire de l'esclave.

Quand il s'agissait de l'esclave d'une cité, les sommations n'étaient pas exigées, parce qu'il n'y avait personne pour les faire. Si la femme est fille de famille, le sénatus-consulte ne s'applique pas, parce qu'elle ne peut rendre pire la condition de son père; il en serait autrement si celui-ci avait consenti à la liaison. Si c'est une affranchie, elle retombera sous la puissance de son patron qu'elle ne peut, malgré lui, priver de ses droits et la loi ajoute cette aggravation qu'elle ne pourra redevenir citoyenne. Enfin, si la coupable est mère ou patronne du maître de l'esclave, le respect dû par le fils ou l'affranchi ne permettra pas d'appliquer

les rigoureuses dispositions du sénatus-consulte (Paul Sent. II 21^a, §§ 1, 13, 17).

Quand un maître consentait aux relations de son esclave avec une femme libre, celle-ci conservait sa liberté, et ses enfants naissaient libres; mais le maître pouvait mettre comme condition à son consentement que les enfants nés de cette union naîtraient esclaves et lui appartiendraient. En vertu de la règle qui peut le plus peut le moins, le sénatus-consulte avait décidé que le maître, au lieu de faire tomber dans l'esclavage la femme et les enfants qui en naîtraient par la suite, pouvait abandonner la mère et se réserver les enfants. Selon l'expression de M. de Caqueray (de la Condition des esclaves, p. 41), il prêtait son esclave et s'en réservait les produits.

Nous avons vu qu'Hadrien abrogea cette disposition immorale et contraire à la règle que l'enfant illégitime suit la condition de sa mère.

Le second chef du S.-C. Claudien ne fut abrogé que par Justinien. Constantin, en 314, l'avait confirmé en décidant que les trois sommations à faire à la femme étaient inutiles (L. 1, § 1, C. Théod. *ad S. C. Claud.*); en 317, il rétablit les trois *denunciations*, et voulut qu'elles fussent faites en présence de sept témoins (L. 2, *ibid.*); en 331, il supprima ces formalités (L. 5, *ibid.*), qui furent de nouveau rétablies en 362 par Julien, et en 398 par Arcadius et Honorius (L. L. 6 et 8, *ibid.*). Enfin, Justinien supprima complètement cette

cause de servitude (Inst. III, 12, § 1), mais déjà Constantin avait décidé que la femme libre qui vivrait avec un esclave du fisc, conserverait la liberté; la même décision paraît avoir été étendue aux esclaves des cités (L. L. 3 et 6 *ad S. C. Claud. Cod. Théod.*).

§ 7. *Condamnations.* — Certaines condamnations entraînaient de plein droit la perte de la liberté, c'étaient : 1° les condamnations à mort (L. L. 24 et 29 *de pœnis*); 2° les condamnations qui avaient pour résultat d'exposer la vie du condamné dans les jeux du cirque : exposition aux bêtes, condamnation *in ludem venatorium*, etc. (L. 8, §§ 11 et 12, L. 11, § 3 *de pœnis*); 3° les condamnations perpétuelles aux mines; on distinguait les condamnations *in metallum*, *in opus metalli*, *in ministerium metallicorum*, *in calcariam vel sulphuriam* et *in salinas* (L. 8, §§ 6, 8 et 10 et L. 36 *de pœnis*). Ces condamnations étaient perpétuelles pour les hommes et pouvaient n'être que temporaires pour les femmes (L. 8, § 8, L. 28, § 6 *de pœnis*); si par erreur une de ces condamnations avait été prononcée à temps contre un homme, la servitude n'était pas encourue.

A la suite des diverses condamnations que nous avons énumérées, le coupable devenait esclave de la peine, *servus pœnæ*, et non esclave de l'empereur (L. 17 *eod.*), parce que, n'ayant été véritablement acquis par aucun maître, il n'était soumis qu'au seul châtement; aussi l'institution d'héritier

faite au profit d'un *servus pœnæ* était nulle (L. 25, §§ 2 et 3 de *acquirend vel amitt. hered.*). M. de Caqueray (*op. cit.*) remarque que cette source d'esclavage a été inventée sous l'empire pour tourner la loi Porcia qui défendait de mettre à mort ou même de battre de verges un citoyen romain : on décidait que le condamné devenait esclave, et dès lors, n'étant plus citoyen romain, il pouvait être mis à mort.

L'esclavage n'était encouru qu'au moment où la condamnation devenait définitive par l'expiration du délai d'appel ou le rejet de l'appel, mais il résultait de la condamnation et non de l'exécution de la peine (L. 10, § 1, de *pœnis*).

Postérieurement aux institutes, Justinien, dans le but d'empêcher la dissolution du mariage, décida par la Nouvelle 22, ch. 8, que le condamné *in metallum* ne deviendrait plus esclave de la peine. Le texte semble indiquer que l'ancienne règle subsistait pour les affranchis, car il ne parle que des ingénus (*ab initio bene natorum*). Bien que la Nouvelle ne cite que la condamnation *in metallum*, son application fut sans doute étendue, dans la pratique, à toutes les condamnations qui entraînaient auparavant la perte de la liberté.

§ 8. *Ingratitude de l'affranchi.* — Les affranchis étaient tenus, par la loi, dans une certaine dépendance vis-à-vis de leurs patrons; mais, sous l'empire, les affranchissements deviennent nombreux, les anciens esclaves dépassent souvent les

ingénus en richesse et en instruction, les empereurs préfèrent, chez leurs fonctionnaires, la soumission à l'indépendance et, chaque jour, des affranchis sont placés à des postes importants de l'État; on comprend que dans ces circonstances, bien des affranchis aient cessé de respecter leurs patrons et se soient considérés comme leurs égaux; ils insultaient ou frappaient leur ancien maître et restaient impunis ou se moquaient du châtement.

On donna le droit, au patron offensé, de reléguer son affranchi à vingt milles de Rome, sur la côte de la Campanie (Tacite, Ann. XIII, 26); ce remède était insuffisant et une répression plus sévère devenait nécessaire. Claude décida que l'affranchi qui aurait soulevé un procès mettant en question l'état de son patron, deviendrait l'esclave de ce dernier (L. 5 pr. *de jure patron.*). Sous Néron, le Sénat voulut généraliser cette décision, l'empereur l'en empêcha : les affranchis formaient un corps considérable; on craignit, dit Tacite (XIII, 27), en en faisant une classe à part, de montrer combien était diminuée la classe des hommes libres. C'est Commode qui permit de faire rentrer dans l'esclavage l'affranchi coupable envers son patron de fautes graves telles que violences ou refus d'aliments; le texte de la constitution de Commode se trouve au Digeste (L. 6, § 1 *de agnosc. vel alend.*). Au lieu de faire rentrer, dans la dépendance de son ancien maître, l'affran-

chi ingrat, on pouvait le vendre et donner le prix au patron. Mais le patron ne pouvait exercer ce droit que s'il avait exécuté l'affranchissement spontanément et non en vertu d'une obligation; en outre, les actes, reprochés à l'affranchi, devaient être vérifiés par un magistrat qui ordonnait le retour dans l'esclavage (L. L. 1 et 2 *de libert. et eorum.* Code).

A une époque qu'il est difficile de fixer, on avait accordé au patron le droit de se plaindre au *præfectus urbi* des actes de mépris, des injures et conspirations dont son affranchi s'était rendu coupable envers lui, sa femme ou ses enfants. Le *præfectus urbi* prononçait une peine qui pouvait varier de la bastonnade (*fustibus castigare*) jusqu'au travail des mines (L. 1, § 10, *de off. præf. urb. Ulpien*).

Enfin, ajoutons que, d'après deux constitutions d'Honorius et Théodose, on put faire retomber dans l'esclavage les enfants de l'affranchi pour ingratitude envers le patron et l'affranchi pour ingratitude envers les enfants du patron (L. L. 3 et 4, *de lib. et eorum.* Code).

DEUXIÈME PARTIE

CONDITION DE L'ESCLAVE DANS LA SOCIÉTÉ

CHAPITRE I

RELIGION.

Ulpien dit que la science du droit comprend la connaissance des choses divines et humaines (L. 10, § 2, *de just. et jure*) ; il n'est donc pas hors de propos, dans une étude juridique, d'examiner quelle était la situation des esclaves au point de vue religieux.

§ 1. *Culte.* — La religion païenne reconnaissait la personnalité des esclaves : les esclaves étaient des hommes, aussi ne les jugeait-on pas indignes de la protection des dieux (Macrobe, saturn. I, 41) ; mais, à Rome, la religion était si intimement liée à l'ordre politique, qu'elle ne pouvait les mettre sur le même rang que les hommes libres.

Les esclaves participaient aux *sacra* de la famille : *neque ea*, dit Cicéron, *quæ a majoribus prodita est, quum dominis, tum famulis, posita in fundi villæque conspectu, religio Larum, repudianda est* (*de Legibus* II, 41). Les esclaves pou-

vaient même quelquefois célébrer le culte et offrir certains sacrifices. Ainsi Servius Tullius les avait choisis de préférence aux hommes libres, pour la célébration des fêtes de carrefours, *compitalia* (Denys d'Hal., IV, 14. — Macrobian., sat. I, 7); Caton l'ancien reconnaît que les offrandes à Mars Silvanus, pour la santé des bœufs, pouvaient indifféremment être faites par un homme libre ou un esclave (*de re rust.* 83); les *Martiales*, ministres du culte de Mars à Larinum, étaient esclaves de même que les *Veneri* qui desservaient en Sicile plusieurs temples de Vénus (Cicéron, *pro Cluente*, 15). Aux nones de juillet des femmes esclaves, ainsi que des femmes libres, faisaient à Junon Caprotine des sacrifices pour perpétuer le souvenir du dévouement montré par les femmes esclaves dans la guerre contre les Fidénates (Macrobe, sat. I, 41). Appius autorisa les Potilius, qui étaient en possession de desservir un autel d'Hercule, à se décharger de ce soin sur des esclaves publics; mais Tite-Live, qui rapporte ce fait, prétend que les dieux, pour se venger, firent périr en une année toute la famille des Potilius et rendirent aveugle Appius (IX, 29 et 34). Les citoyens, en effet, éprouvaient toujours une sorte de répulsion pour les esclaves et c'est sans doute à cause de ce sentiment que, parmi les étranges obligations imposées au flamme de Jupiter, on voit la défense de se faire couper les cheveux par un esclave (Aulu-Gelle X, 15).

§ 2. *Fetes religieuses*. — Pendant les jours fériés, les esclaves devaient pouvoir se reposer : *feriarum festorumque dierum ratio, in liberis requietem habet litium et jurgiorum, in servis operorum et laborum* (Cicéron, *de legibus*, II, 12), du moins après qu'ils avaient terminé leur travail, *operibus patratis* (ibid. 8). C'était là un simple conseil de piété, sans doute peu suivi. Caton dans son *de re rustica* (2 et 138) donne des conseils absolument contraires : selon lui, l'esclave, les jours de fête religieuse, ne doit pas plus être dispensé de travail que les bœufs, les ânes et les autres animaux de la ferme ; on doit lui réserver, pour ces jours-là, le curage des fossés, l'entretien des chemins, l'enlèvement des broussailles et tous les nettoyages. Caton admet une exception : il déclare que le jour où l'on fait à Jupiter Dapalis et à Vesta une offrande pour la santé des bœufs, on doit laisser les bœufs et leurs bouviers se reposer (ibid. 132).

Toutefois, les esclaves avaient les Saturnales ; cette fête rappelait l'égalité qui régnait parmi les hommes pendant l'âge d'or ; aussi les esclaves jouissaient, ce jour-là, d'une entière liberté. Après la réforme du calendrier par Jules César, la durée des Saturnales fut de trois jours, Auguste la porta à quatre jours, Caligula à cinq, enfin elle fut de sept jours par l'adjonction des Sigillaires. En outre, aux ides d'août, une fête, spéciale aux esclaves, était célébrée en

l'honneur du roi Servius qui était né d'une captive.

§ 3. *Sépulture.* — L'égalité des hommes devant la mort était reconnue par la loi; aussi Ariston décidait que le lieu, dans lequel un esclave était enseveli, devenait *res religiosa* (L. 2 pr. *de religiosis*), et l'action *funeraria*, créée par le préteur pour empêcher que des cadavres restassent sans sépulture, permettait à toute personne qui avait rendu les derniers devoirs à un esclave, de réclamer au maître les frais qu'elle avait faits (L. 31, § 1 eod. et Paul, Sent. I, 21, § 10). Ce droit à des honneurs funèbres, que la loi et la religion reconnaissaient à l'esclave, explique l'aventure du philosophe Athénodore, racontée par Pline le jeune (VII, ep. 27). Ce philosophe passe la nuit dans une maison hantée par un revenant et voit un fantôme qui l'appelle du doigt : il le suit, et marque, avec des feuilles, l'endroit de la cour où il l'a vu disparaître. Le lendemain il y fait fouiller, et trouve des ossements enlacés dans des chaînes. Il fit ensevelir ces restes publiquement, et, depuis qu'on eut rendu au mort les derniers devoirs, ses mânes ne troublèrent plus le repos de la maison (*domus postea rite conditis manibus caruit*). Les chaînes, qui retenaient les ossements, paraissent bien indiquer qu'il s'agit d'un esclave.

Cicéron, au livre II, ch. xxiv, *de Legibus*, dit, à propos des règles de la loi des XII tables sur les funérailles : *Hæc præterea sunt in legibus de*

unctura; quibus servilis unctura tollitur, omnisque circumpotatio; quæ et recte tolluntur. Certains traducteurs (M. Ch. de Rémusat, entre autres) ont pensé que la loi des XII tables interdisait de faire oindre les corps par des esclaves; tel ne nous paraît pas être le véritable sens du texte de Cicéron, et je crois qu'il contient plutôt une défense d'oindre les corps des esclaves qui étaient décédés; c'est du reste l'interprétation donnée par Jacques Godefroy.

CHAPITRE II

FONCTIONS PUBLIQUES

§ 1. *Servi publici.* — Les fonctions publiques étaient réservées aux hommes libres et les esclaves ne pouvaient les remplir; cependant, certains emplois subalternes étaient confiés à des *servi publici* appartenant à l'État, à des villes ou à des temples. Ces esclaves jouissaient de quelques droits refusés aux autres esclaves, on leur payait un salaire *annua*, leur pécule formait une sorte de patrimoine et ils pouvaient, par testament, disposer de la moitié de leurs biens (Lettres de Pline le jeune, X, 40; Ulpien, reg. XX, § 16).

Les *servi publici* étaient employés dans les bains publics, ils nettoyaient les égouts, ils entre-

tenaient les routes (Lettre de Trajan à Pline, X, 41); dans certaines provinces, on leur confiait la garde des prisons (ibid. X, 30 et 31). Scipion, après la prise de Carthagène, prit, parmi les prisonniers, vingt mille ouvriers qu'il déclara esclaves du peuple romain et qu'il utilisa pour les services de son armée (Tit. Liv. XXVI, 47). Quand un esclave était perdu ou volé, on chargeait un crieur *præco* d'aller sur les places publiques promettre une récompense à qui ramènerait l'esclave perdu; ce crieur était souvent accompagné d'un *servus publicus* qui faisait des perquisitions dans les maisons où l'on pouvait soupçonner que l'esclave était caché (Petron, *Satyricon*, n^{os} 97, 98; Plaute, *Mercator*, act. III, sc. 4; L. 3 *de fugitiv.*; Orelli, 3202, 3232).

Assez souvent, sous le nom d'*officia* ou *ministeria* des *servi publici* étaient attachés au service des magistrats ou des prêtres (Aulu-Gelle, XIII, 13) et le préteur, en les considérant comme esclaves communs à tous les citoyens, bien qu'en réalité ils appartenissent à l'État, leur faisait stipuler, de celui qui adrogeait un impubère, que les biens du pupile venant à mourir, reviendraient aux personnes qui, en l'absence d'adrogation, auraient pu prétendre à ces biens (L. 18 *de adopt.*). De même, quand un impubère était absent ou *infans* et n'avait pas d'esclave, on chargeait un *servus publicus* de stipuler du tuteur *rem pupilli salvam fore* (L. 2 *rem pupilli salv.*). Les *actuarii*, les *scribæ*, les *no-*

tarii, les *censuales*, les *tabularii*, qui remplissaient les fonctions d'employés, de greffiers, de sténographes, etc., auprès des magistrats et des grandes administrations, étaient presque tous des *servi publici* (Dict. des antiquités grecques et romaines de Daremberg et Saglio, v^o *Actuarii*). Les empereurs Arcadius et Honorius défendirent en 401 d'admettre des esclaves à l'emploi public de *tabularius* (L. 3 *de tabul.* Code).

Bien que les esclaves n'eussent pas le droit d'arriver aux fonctions publiques, ils y parvenaient quelquefois en dissimulant leur état. Ulpien (L. 3, *De off. praet.*) examine la valeur des actes accomplis par l'esclave Barbarius Philippus qui, en se faisant passer pour libre, avait brigué et obtenu la préture. Il déclare ces actes valables, *hoc enim humanius est*, dit-il, mais il ajoute deux autres motifs très-discutables : « Le peuple romain pouvait décerner la préture à un esclave, et s'il avait su que Barbarius fût esclave, il lui aurait donné la liberté. » Il est probable, au contraire, que si on avait connu la condition du candidat on l'aurait repoussé, il vaut mieux s'en tenir au motif d'équité et s'appuyer sur la règle *error communis facit jus*.

§ 2. *Armée.* — Les esclaves ne pouvaient pas être soldats, ceux qui parvenaient à se faire admettre dans l'armée devaient être punis de mort (L. 11, *De re milit.*). Mais cette peine ne paraît leur avoir été appliquée que s'ils s'étaient volon-

tairement présentés, connaissant leur condition, et non s'ils avaient été choisis par l'officier chargé des levées *inquisitor* (Lettres de Pline le jeune 38 et 39).

Dans quelques circonstances exceptionnelles, les Romains se décidèrent cependant à armer des esclaves. Après la déroute de Cannes, 8 000 esclaves furent enrôlés sous le nom de *Volones* (Tite Live, XXII, 57, et XXXIV, 6). Plutarque, dans sa Vie de Marius, prétend que sous ce général des esclaves furent admis dans l'armée; Jules César ne dédaigna pas non plus de prendre des esclaves pour combler les vides de ses légions (Macrobe, *Saturn*, I, 11). Enfin nous voyons dans J. Capitolinus (Vie d'Antonin le philosophe, n° 21), que Marc-Aurèle, pour combattre les Germains et les Marcomans qui envahissaient l'empire, enrôla des esclaves qui servirent sous le nom de *voluntarii*.

Sous Justinien, les esclaves purent entrer dans l'armée avec le consentement de leur maître, ils devenaient aussitôt libres et étaient considérés comme ingénus. Quand ils s'engageaient à l'insu de leur maître, celui-ci pouvait les réclamer (L. 6 et 7 *Qui militare poss.* Code).

CHAPITRE III

FAMILLE

§ 1. *Contubernium de deux esclaves.* — C'est le mariage qui crée la famille (L. 4, § 8, *de grad.*), et pour l'esclave, il n'y a pas de mariage; les unions qu'il peut contracter diffèrent peu, aux yeux de la loi, de celles des animaux et, en principe, il n'y a entre esclaves ni mari ni femme, ni père ni fils, ni frère ni sœur : *ad leges serviles cognationes non pertinent*, dit Paul (L. 10, § 5, *de grad.*); aussi voyons-nous dans Plaute (*Captivi*, acte III, sc. III), qu'un personnage ayant parlé du père d'un esclave, l'interlocuteur s'écrie : son père, le père d'un esclave ?

Quem pater qui servos est ?

L'union d'un esclave avec un autre esclave ou une personne libre s'appelait *contubernium* (Paul, *Sent.* II, 19, § 6). Cette union pouvait être violée impunément : *Servi ob violatum contubernium adulterii crimine accusari non possunt* (L. 23 *ad Leg. Jul. de adult.* Code). Les peines prononcées par la loi Julia, contre l'adultère et le *stuprum*, ne s'appliquaient qu'aux délits commis contre des personnes libres; à l'égard des esclaves, la loi

Aquila, l'action *injuriarum* et l'action *de servo corrupto* pouvaient quelquefois en tenir lieu, mais ces actions avaient pour but de réparer le préjudice souffert par le maître quand une personne étrangère à la famille venait troubler le ménage de ses esclaves, et non de protéger les unions que les esclaves pouvaient contracter (L. 6, pr. *ad Leg. Jul. de adult.*).

En fait, les esclaves formaient souvent des ménages qui, pour n'être pas reconnus par la loi, n'en étaient pas moins durables ; le maître avait tout intérêt à protéger ces unions et à ne pas séparer un homme et une femme auxquels la vie de famille devait faire supporter plus patiemment leur sort et inspirer de bons sentiments : aussi Varron conseille-t-il au propriétaire foncier d'avoir soin de donner une femme à l'esclave chargé de diriger la culture des terres (*de Re Rustica*, II, 17).

Nous voyons même par la loi de 39 *de jure dotium*, que les femmes esclaves donnaient une sorte de dot au compagnon de servitude qu'elles épousaient. Tous les maîtres n'étaient pas comme le vieux Caton qui spéculait sur tout : « Ayant opinion, dit Plutarque, que ce qui incitoit les esclaves à entreprendre et faire les plus grandes meschancetez, estoit pour accomplir leur volupté avec les femmes, il ordonna que les siens pourroient avoir la compagnie des serves de sa maison pour un prix d'argent qu'il leur taxa, avec expresse défense de n'avoir affaire à autre femme quel-

conque hors de sa maison. » (Vie de Caton le Censeur, trad. Amyot, n° 43.)

Quand on affranchissait un esclave, on affranchissait souvent aussi sa femme (Pétrone, *Satyricon*, testament de Trimalcion; Térence, *Adelphi*, acte V, sc. ix); d'autres fois le maître, en affranchissant l'esclave par testament, lui léguait sa *contubernalis*, l'ancien esclave affranchissait à son tour celle-ci, contractait un mariage légal et devenait ainsi son patron et son mari (L. 44, § 2, *de legat.* 3°).

Il n'est donc pas étonnant que dans les auteurs latins et dans les inscriptions on trouve les mots *uxor*, *conjux*, *maritus* improprement employés en parlant d'esclaves qui vivent comme mari et femme¹. S'il fallait prendre au sérieux le prologue de *Casina*, on devrait même dire que, dans certaines provinces, en Apulie par exemple, les esclaves contractaient de véritables mariages : « Les

1. Apulée, *Métamorph.*, liv. VIII; Térence, *Adelphi*, V, 9. — Dans Orelli on trouve de nombreuses inscriptions de monuments élevés par des esclaves à leur conjoint, le mot *conjux* se rencontre très-souvent dans ces inscriptions, surtout lorsqu'il s'agit d'un *servus publicus*, de l'esclave d'un temple, d'un *villicus*, d'un *dispensator* (n°s 103, 2469, 2470, 2841 à 2848, 2852, 2916, 2928, 2932). Le mot *contubernalis* est surtout employé dans les inscriptions concernant des esclaves attachés au service des particuliers (n°s 2834 et suiv.); cette différence s'explique facilement, ces derniers esclaves pouvaient craindre chaque jour d'être séparés par un caprice du maître, les premiers au contraire étaient plus tranquilles, plus indépendants, ils formaient une classe privilégiée dans la servitude et pouvaient se faire illusion sur leur condition.

noces entre esclaves, dit Plaute, s'y célèbrent même avec plus de pompe que les mariages entre gens de condition libre. » Il s'agit sans doute de cérémonies religieuses ou allégoriques et de réjouissances précédant des unions que la loi ne protégeait pas, mais que les mœurs forçaient le maître à respecter.

La loi ne s'occupait pas plus des unions d'esclaves que des accouplements des animaux ; aussi on trouve quelquefois des inscriptions concernant une femme qui a deux maris¹. Plaute, dans les deux dernières scènes de *Stichus*, fait paraître sur le théâtre un ménage de ce genre.

Une inscription, qui existe au Musée national de Naples, nous montre même une esclave qui vivait maritalement avec son frère².

1. Orelli, n° 2836 DIS. MANIBVS
SERVILIAE. SVCESSAE
PRIMVS. ET. SECVNDIO
CONTVBERNALES. BENEMER
FECERVNT
VIX · ANNIS XXX

Voy. également une inscription incomplète, rapportée par Henzen, n° 6294.

2. Mommsen Inscr. regni Neap. n° 7072.

D corona M
PARIDI · FRA
TRI · CARISSI
MO · BENEME
RENTI · FECIT
MARTIA · SO
ROR · ET · COIV
QVA XXIII · M · III

Le sens de cette inscription est bien clair ; si la sœur et la

§ 2. *Effets du contubernium et de la cognation servile.* — Durant l'esclavage, la parenté servile ne produisait aucun effet ; après l'affranchissement elle avait pour résultat d'interdire le mariage au même degré que la parenté véritable, car, dit Paul, *in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendum est* (L. 14, § 2 *de ritu nupt.*). L'alliance servile créait également un empêchement au mariage (*ibid.* § 3). En outre, le fils doit à sa mère, lorsque tous deux sont affranchis, le respect que tout enfant doit à ses parents (L. 1, § 1, *de obseq. parent.*), et il ne peut la poursuivre en justice (L. 4, § 3 *de in jus vocando*). Enfin, d'après la loi *Ælia-Sentia*, la cognation servile était au nombre des *justæ causæ*, pour l'affranchissement, soit par des mineurs de vingt ans, soit en faveur d'un esclave âgé de moins de trente ans (Gaius, I, §§ 18 et 39).

Certains maîtres, en vendant un couple d'esclaves mariés, avaient la générosité de poser comme condition que l'acheteur les conserverait toujours avec lui et les laisserait libres en mourant (L. 10 *de servis export.*). De leur côté, les jurisconsultes de l'époque classique, inspirés par un louable sentiment d'humanité, s'efforcèrent de rapprocher les membres de la famille servile ; Ulpien décide que le legs d'un fonds ou d'une industrie avec les esclaves qui l'exploitent, comme femme étaient deux personnes différentes, il y aurait *fecerunt* et l'on aurait indiqué le nom de la femme.

prend les femmes et les enfants de ces esclaves, « car on ne doit pas croire que le testateur a voulu leur imposer une cruelle séparation » (L. 12, § 7 *de instruct.*). Lorsqu'on a acheté plusieurs esclaves et que l'un d'eux est *morbosus*, si cet esclave a été vendu avec ses enfants, sa femme ou son frère, on ne peut, par l'action rédhibitoire, se défaire de lui et garder les membres de sa famille (L. 35 et 39. *de æd. edict.*).

Plus tard la cognition servile créa des droits plus importants. Constantin ordonna que, dans les partages de biens appartenant au fisc, on ne séparât pas les enfants de leur parents, les frères de leurs sœurs, les femmes de leur mari. Justinien par une constitution, qui ne nous est pas parvenue entière, met sur la même ligne les enfants affranchis, nés avant l'affranchissement de leurs parents et les enfants nés postérieurement. Il reconnaît, en matière de succession, la parenté servile entre enfants, frères et sœurs et ascendants, tous étant supposés affranchis, et le patron est primé par les enfants même nés pendant l'esclavage. (L. 4, *de bon. libert.* Code ; Instit. III, 6, § 10.) Ce même empereur décida, par sa Nouvelle 78, ch. IV, qu'en affranchissant, pour l'épouser, une femme esclave dont on avait eu des enfants, ces enfants deviendraient libres et légitimés sans qu'on eût besoin de les affranchir, pourvu toutefois qu'on eût dressé un *instrumentum dotale*.

§ 3. *Contubernium d'un esclave avec une per-*

sonne libre. — Jamais on ne chercha à réprimer le commerce des hommes libres avec les femmes esclaves, mais les lois se montrèrent sévères pour les femmes qui entretenaient des relations avec leurs esclaves. Nous avons étudié les dispositions du sénatus-consulte Claudien, ajoutons que la femme accusée d'adultère avec son esclave ne pouvait l'affranchir (L. 48, § 2 de *her. instit.*). Constantin alla plus loin : il punit de mort la femme libre qui avait des relations avec son esclave et condamna au supplice du feu son gremlin de complice *verbero (de mulieribus quæ se propriis servis junxerunt, Code)*.

Plus tard, Léon le Philosophe (Const. 100 et 101) donna un caractère légal aux unions d'une personne libre avec un esclave et déclara ces mariages indissolubles. L'époux libre devait racheter son conjoint esclave ou partager sa servitude; dans ce dernier cas, tous deux, à la mort du maître, devenaient libres ainsi que leurs enfants. L'époux libre pouvait aussi affranchir son conjoint esclave par des années de travail dont la loi fixait la valeur. La même disposition fut appliquée quand deux esclaves s'étant unis, un seul était affranchi.

CHAPITRE IV

DROIT PÉNAL.

§ 1. *Droit de correction du maître.* — Le *pater familias* avait, dans l'ancienne Rome, un pouvoir de juridiction sur tous les membres de la famille soumis à sa puissance, il avait droit de vie et de mort sur sa femme et sur ses enfants; il avait le même droit sur ses esclaves; *apud omnes gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem esse* (Gaius, I, § 52). Mais pour juger ses enfants ou sa femme, il devait, au moins pour les peines les plus graves, se faire assister par une sorte de conseil de famille (de Fresquet, du tribunal de famille chez les Romains; Rev. hist. 1855); on ne voit trace de rien de semblable quand le maître condamnait ses esclaves. S'il faut en croire Plutarque (Vie de Caton, n° 21), Caton l'ancien, avant de condamner à mort un de ses esclaves, prenait l'avis des autres; cet exemple ne paraît pas avoir été suivi.

Depuis Trajan, le père qui maltraite son fils est forcé de l'émanciper et perd tout droit à lui succéder (L. 5, *si a parente quis manum.*); mais le maître a toujours gardé le droit de châtier son esclave, c'était une sorte de magistrature domestique

sans contrôle, et les anciens Romains, qui avaient peu d'esclaves et vivaient au milieu d'eux, ne paraissent pas avoir abusé de ce droit. Cette modération dura peu, et quand les Romains corrompus eurent dans leurs maisons des troupeaux d'esclaves de race étrangère, ils les traitèrent souvent avec une cruauté qui devait appeler l'attention du législateur. Plusieurs décisions vinrent alors restreindre les droits du maître.

§ 2. *Restrictions au droit du maître.* — La loi Pétronia, rendue sous Néron, décida que le maître ne pourrait plus, sans une cause légitime vérifiée par le magistrat, livrer son esclave pour le faire combattre dans le cirque contre les bêtes féroces (L. 11, § 2, *ad leg. Cornel. de sic*), et une inscription découverte à Isernia nous montre que des magistrats spéciaux étaient chargés de l'application de cette loi¹. Le maître qui contrevenait à la loi Pétronia encourait une peine que nous ne connaissons pas (L. 11, § 1, *ad leg. Cornel. de sic*).

1. Orelli, n° 6957

D M
 D · PVBLICIVS · D · F
 z ROM · EPHEBV^s
 AED · POT · IIII · VI
 I · D · IIII · VIR · LEGE
 PETRONIA · V · A · XL
 H · S · E
 FILI · PATRI · PIEN^{tissimo}

Dis manibus, Decimus Publicius, Decimi filius, Tromentina (tribu) Ephebus ædilitia potestate, quattuor vir juridicundo, quattuor vir lege Petronia, vixit annos quadraginta. Hic situs est, Filij patri pientissimo.

Sous Néron, un magistrat fut chargé de recevoir les plaintes des esclaves « victimes de la cruauté, la luxure, ou de l'avarice de leurs maîtres. » (Seneq., *de benef.*, III, 22.) Claude ordonna que l'esclave abandonné *ob gravem infirmitatem*, deviendrait libre, et que le maître, qui le tuerait au lieu de le délaisser, serait puni comme meurtrier (Suétone, *Vie de Claude*, n° 25). Hadrien condamna à cinq ans de relégation une femme qui, pour une légère faute, avait maltraité son *ancilla* (L. 2, *de his qui sui vel alieni*), et, d'après son biographe Spartien (n° 17), il défendit au maître, quelque grief qu'il pût avoir, d'infliger la mort à son esclave sans décision du magistrat : *servos a dominis occidi vetuit, eosque jussit damnari per judices si digni essent*; il défendit également de mutiler les esclaves. (L. 4, § 2, *ad leg. Cornel. de sic.*).

Enfin deux constitutions d'Antonin le Pieux complétèrent ces décisions : l'une punit le maître qui tue son esclave sans motifs, comme s'il avait tué l'esclave d'autrui; l'autre ordonne d'examiner les griefs des esclaves qui se sont réfugiés dans les temples ou à la statue de l'empereur, comme en un lieu d'asile, et prescrit de forcer les maîtres trop sévères (*durius habitos quam æquum est*) à vendre ces esclaves. C'était une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique, *expedit enim reipublicæ*, dit en effet Justinien, *ne quis sua re male utatur* (Instit. I, 8, § 2. — L. 1 et 2 *de his*

qui sui vel alieni). Le *Præfectus urbi* fut chargé de recevoir les réclamations des esclaves. (L. 1, de *off. præf., urb.*)

Malgré ces réformes, le maître conserva toujours le droit de correction, *castigatio*, et si l'esclave mourait à la suite des coups qu'il avait reçus, le maître n'avait rien à craindre, pourvu qu'il n'eût pas eu l'intention de tuer. (Paul, *Sent.* V, 23, § 6. — L. unq. de *emend. serv.* Code.)

§ 3. *Délits privés.* — Outre les peines infligées par le père de famille, l'esclave pouvait, comme tout habitant de la cité, encourir des condamnations prononcées par les tribunaux ordinaires. En droit romain, les infractions à la loi pénale se divisaient en deux classes : les délits privés et les délits publics. Les premiers donnaient lieu à une amende au profit de la partie lésée et servaient de fondement à une instance, devant les tribunaux civils ordinaires, pour la poursuite d'une obligation. Les délits publics étaient punis de peines afflictives et donnaient naissance à une plainte devant une juridiction pénale.

Les principaux délits privés à l'époque classique du droit romain, étaient le *furtum*, la *rapina*, l'*injuria* et le *damnum injuria datum*. Lorsque ces délits étaient commis par l'esclave, le maître était poursuivi civilement, car nous verrons que l'esclave obligeait le maître par ses délits. Du temps de la loi des XII tables, le *furtum* et l'*injuria* étaient bien plus sévèrement punis qu'ils ne le

furent plus tard; l'esclave coupable de vol manifeste était frappé de verges et précipité du haut d'un rocher. (Aulu-Gelle, XI, 18.)

§ 4. *Délits publics.* — Quant aux délits publics (meurtre, plagiat, faux, adultère, etc.), commis par des esclaves, ils pouvaient donner lieu à une accusation publique au moyen des *publica judicia* et des *extraordinaria judicia*. L'esclave était poursuivi selon les formes ordinaires, en vertu d'un sénatus-consulte rendu sous Tibère, sur la proposition des consuls Valerius Messala et Aurelius Costa (L. 12, § 3, *de accusatione*); on lui appliquait toutes les lois faites pour les hommes libres, sauf celles qui entraînaient des peines pécuniaires ou la perte de la cité (ibid., § 4), mais les peines prononcées contre lui étaient toujours plus sévères que celles appliquées aux citoyens (L. 28, § 16, *de pœnis*).

Malgré le droit de correction du maître, l'esclave pouvait être poursuivi même pour les délits commis contre le maître ou contre ses compagnons de servitude. Ainsi le maître, d'après un rescrit de Marc-Aurèle, pouvait accuser son esclave pour adultère (L. 5, *de accusat.*), et Venuleius nous apprend (L. 12, § 4, *eod.*) que, bien que la loi *Pompeia parricidii* ne fût pas régulièrement applicable aux esclaves (la cognition servile ne produisant pas d'effets juridiques), ceux-ci pouvaient cependant être poursuivis comme parricides lorsqu'ils avaient donné la mort à leurs parents.

§ 5. *Torture.* — L'esclave accusé d'un crime était soumis à la question ; quand il était reconnu innocent, l'accusateur devait payer au maître le double du dommage qu'il avait fait subir à l'esclave injustement torturé (L. 9, *de calumniatoribus*). L'esclave devait être défendu par son maître ou par le procureur de son maître ; s'il était abandonné par eux, il pouvait se faire défendre par un autre citoyen, mais, une fois reconnu innocent, il n'en retombait pas moins sous la puissance de son maître et n'était pas considéré comme *derelictus* (L. 9 et 11 *de publ. jud.* ; L. 19 *de pœnis*).

La torture n'était pas seulement infligée à l'esclave accusé, elle était aussi appliquée à l'esclave témoin ; mais lorsqu'un accusateur faisait mettre un esclave à la torture pour avoir son témoignage, il devait obtenir le consentement du maître ou lui payer une indemnité, *deterioris facti servi subire taxationem* (Paul, *Sent.*, V, 16, § 3). On n'employait pas seulement la torture envers les esclaves pour les affaires criminelles, on s'en servait même pour les affaires d'intérêt privé : par exemple, pour savoir si un testament était faux (L. 6, § 1 *de quæst.*), pour s'assurer de l'identité de l'héritier (L. 17, § 2, *eod.*), pour déterminer les objets dépendant de l'hérédité (Paul, *Sent.*, V, 16, § 2).

L'esclave ne pouvait être appelé à témoigner contre son maître, car « le salut du maître ne doit pas dépendre de ses esclaves. » (Ibid., § 4.) Ce

principe ne paraît pas avoir été respecté pendant les guerres civiles; c'est du moins ce qu'on peut induire d'un passage du *pro Milone*: les ennemis de Milon prétendaient qu'il avait affranchi ses esclaves pour les faire échapper à la question qui eût été dirigée contre lui; Cicéron soutient, au contraire, qu'il a voulu les récompenser de leur bonne conduite. D'ailleurs Cicéron, dans le même passage, affirme l'existence de la règle: *de servis nulla est quæstio in dominos nisi de incestu ut fuit in Clodium* (*pro Milone*, n° 22). Paul ajoute que l'esclave ne pouvait pas être interrogé sur ses anciens maîtres (*Sent.*, V, 16, § 8; adde L. 14, *de quæst.* Code). Telle était sans doute la jurisprudence, même sous Tibère, car Tacite, en racontant que ce prince fit vendre les esclaves de Libon Drusus à un agent du fisc, afin de les soumettre à la torture et de trouver des moyens d'accusation contre leur ancien maître, appelle Tibère: *callidus et novi juris repertor*. (*Ann.* II, 30).

La prohibition d'infliger la question aux esclaves contre leurs maîtres, maintenue en principe, fut supprimée pour un certain nombre de crimes: l'inceste (Cicéron, *pro Milone*, n° 22), l'adultère (L. 17, *pr. de quæst.*), la lèse-majesté (L. 7, § 1, *ad leg. Jul. maj.* Code). Enfin l'esclave pouvait témoigner contre son maître dans les cas où il pouvait l'accuser directement; or, il le pouvait s'il soutenait que son maître avait supprimé le testament qui lui conférait la liberté, s'il pré-

tendait que son maître avait accaparé les vivres, fraudé le cens ou fabriqué de la fausse monnaie (L. 53 *de judiciis*). Comme le maître, pour soustraire son esclave à la torture, aurait pu l'affranchir, on décida que l'esclave affranchi dans cette intention, n'en serait pas moins soumis à la question (Paul, *Sent.*, V, 16, § 9; L. 1, § 13, *de quæst.*).

§ 6. *Sénatus-consulte Silanien.* — A l'époque où les maîtres avaient peu d'esclaves, vivaient aussi simplement qu'eux et les traitaient familièrement, on rencontrait chez ces pauvres serviteurs d'admirables dévouements : *in conviviis loquebantur sed in tormentis tacebant* (Saturnales, I, 11), et Macrobe cite de nombreux exemples de dévouement d'esclaves envers leurs maîtres. « Mais lorsque les Romains se furent agrandis, que leurs esclaves ne furent plus les compagnons de leur travail, mais les instruments de leur luxe et de leur orgueil, comme il n'y avait plus de mœurs, on eut besoin de lois. Il en fallut même de terribles pour établir la sécurité de ces maîtres cruels qui vivaient au milieu de leurs esclaves comme au milieu de leurs ennemis » (Montesquieu, *Esprit des lois*, XV, 16). Tels sont les motifs qui ont inspiré le S. C. Silanien rendu sous Auguste en 761 A. U. C. D'après ce sénatus-consulte, l'héritier d'un citoyen assassiné ou empoisonné devait, avant l'adition et sous peine d'être déclaré indigne, faire mettre à la torture

tous les esclaves qui demeuraient avec le défunt ou qui s'étaient trouvés à portée de sa voix. Les esclaves qui avaient pu porter secours au maître, et ne l'avaient pas fait, étaient punis de mort : ainsi on faisait périr les esclaves qui n'avaient pas empêché leur maître de se tuer (L. 1, § 22 de *S. C. Silan.*), de même que ceux qui, dans un voyage, où le maître avait été assassiné, se trouvaient avec lui ou s'étaient enfuis ; on n'épargnait que ceux qui avaient fait tout ce qu'ils pouvaient pour le sauver. Quand le maître était tué à la campagne, s'il avait de vastes domaines, on devait soumettre à la question et livrer au supplice tous les esclaves qui se trouvaient dans la région du crime et tous ceux qui pouvaient être soupçonnés ; à peine épargnait-on les enfants (L. 1, § 28 et suiv. et L. 14 eod.). Même quand on connaissait le meurtrier, les esclaves étaient soumis à la question pour chercher s'il y avait des complices (Paul, *Sent.* III, 5, § 12).

Un sénatus-consulte, rendu sous Néron, étendit ces dispositions aux esclaves du mari, lorsque la femme était assassinée, et aux esclaves de la femme quand le mari avait péri (Paul, *ibid.* § 5).

Un autre sénatus-consulte, mentionné par Tacite (*Ann.* XIII, 32), portait que, dans le cas où un citoyen serait tué par un de ses esclaves, tous les autres, même ceux qui auraient été affranchis par testament, seraient enveloppés dans le supplice du meurtrier s'il demeurait sous le

même toit. Montesquieu remarque, avec raison, que ces lois étaient fondées sur le principe de la guerre, à cela près que c'était dans le sein de l'État qu'étaient les ennemis.

§ 7. *Esclaves fugitifs*. — Quand l'esclave s'enfuyait, il était considéré comme se volant lui-même (L. 60 *de furtis*), et toute personne qui lui donnait asile était complice du vol (L. 4 pr. *de fugitivis*); si l'esclave, étant repris, soutenait que son maître avait reçu de l'argent pour l'affranchir, le préfet de la ville, ou le président dans les provinces, examinait l'affaire, et, le mensonge une fois constaté, l'esclave était envoyé aux mines à moins que son maître ne préférât le reprendre pour le punir lui-même (L. 5 *de manum*. — L. 38, § 4 *de pœnis*). Afin de reconnaître les esclaves qui s'étaient déjà enfuis, on leur rasait les cheveux et les sourcils (Pétrone, *Satyric.*) et on les marquait au front de la lettre F (*fugitivus*), de là le nom de *litterati, notati, inscripti*, qui leur était souvent donné; enfin on leur mettait quelquefois un collier avec l'adresse de leur maître. Pignorius, dans son traité *de servis* (pages 32 et 33), et Orelli (n^{os} 2830 à 2833) donnent plusieurs reproductions des plaques gravées attachées sur ces colliers.

Constantin, en 315, défendit de marquer les condamnés au visage, *quo facies, quæ ad similitudinem pulchritudinis est cœlestis figurata, minime maculetur*, et les esclaves profitèrent de cette

disposition. Mais il permit de marquer sur les mains ce qui n'était guère moins cruel (L. 47 *de pœnis*, Code).

§ 8. *Délits commis contre l'esclave*. — Telles étaient les dispositions de lois dirigées contre les esclaves ou servant à réprimer les délits commis par eux. Examinons maintenant comment étaient punis les délits dont l'esclave pouvait souffrir.

Nous avons vu comment l'esclave était protégé contre l'abus que le maître pouvait faire de son droit de correction, il nous reste à parler des délits commis par des personnes étrangères à la famille. Ces délits n'étaient guère punis que parce qu'ils faisaient éprouver au maître un préjudice matériel ou moral, aussi c'est toujours le maître et non l'esclave qui pouvait en poursuivre la répression.

L'esclave ne possédant rien en propre, on comprend que les vols, qui lui étaient faits, n'étaient pas réputés commis à son préjudice. Quant à l'*injuria* (voie de fait, diffamation, tapage injurieux, etc.), elle était également punie comme s'adressant au maître : *servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino, per eos, fieri videtur* (Instit. IV, 4, § 3); aussi le maître conservait-il l'action d'injure après l'aliénation ou l'affranchissement de son esclave (L. 29 *de Injuriis*).

Cependant le préteur ne voulut pas laisser toujours impunies les injures qui seraient faites à

l'esclave seul, sans intention d'offenser le maître, il établit, dans son édit, une action d'injures prétorienne, qu'il donnait de plein droit si l'esclave avait été frappé ou soumis à la question sans l'ordre du maître, et seulement en connaissance de cause, *cognita causa*, pour les autres faits qui avaient moins de gravité. L'*injuria* était punie plus ou moins sévèrement selon la conduite de l'esclave à qui elle s'adressait et les fonctions dont cet esclave était chargé (L. 15, §§ 34 à 44 de *injuriis*), mais la peine pécuniaire était toujours moins élevée que s'il s'était agi d'un homme libre. Déjà, dans la loi des XII tables, on voit quelque chose d'analogue : pour les *injuriæ atroces*, telles que la mutilation d'un membre, cette loi établissait la peine du talion, même au profit des esclaves; mais quand les parties transigeaient, l'amende était moitié moins élevée pour un esclave que pour un homme libre (Aulu-Gelle, XX, 1).

La loi Aquilia, dont nous reparlerons, permettait aussi au maître de se faire indemniser du meurtre ou des blessures de ses esclaves, comme de la mort ou des blessures de ses bêtes de somme; mais, pour les crimes commis contre son esclave, le maître, après avoir obtenu par la loi Aquilia une réparation civile, pouvait encore intenter contre le meurtrier l'accusation criminelle de la loi Cornelia qui punit le meurtre d'une peine publique (Instit. IV, 3, § 11. — L. 23, § 9, *ad. leg. Aquil.*).

CHAPITRE V

DE L'ESCLAVE CONSIDÉRÉ COMME MARCHANDISE.

La loi 207 *de verb. signif.* dit que les esclaves ne peuvent être considérés comme une marchandise, *mercis appellatione homines non contineri*; rien n'est moins vrai, et si les marchands d'esclaves (*mangones venaliciarios*) n'étaient pas compris dans l'expression générale de *mercatores*, c'est bien plutôt à cause du mépris qu'inspirait leur profession, car *mango* et *leno* étaient presque toujours synonymes, qu'à cause de la nature de leur marchandise. L'esclave peut être vendu, donné, légué, mis en gage, etc.; c'était même chez les anciens Romains un des objets qui avaient le plus de valeur, car il était compté au nombre des *res mancipi*. Les règles ordinaires sur la vente s'appliquaient aux ventes d'esclaves, sauf quelques dispositions spéciales.

§ 1. Lois qui protègent l'acheteur d'un esclave.

— Dans les ventes d'esclaves, comme dans toutes les ventes, le vendeur devait livrer la chose et garantir de l'éviction. Cette garantie comprenait l'obligation de défendre l'acheteur contre toute personne qui élèverait des prétentions sur la chose, et l'obligation de l'indemniser du préjudice qu'il

avait subi en ne devenant pas propriétaire. Cette obligation de garantie trouvait sa sanction dans l'action *ex empto* sans qu'une convention spéciale fût nécessaire (L. 6 *de evict.* Code). Mais afin d'éviter les difficultés qui se présentent toujours quand on veut estimer des dommages-intérêts, les acheteurs avaient l'habitude de stipuler, pour le cas d'éviction, une peine consistant en une somme d'argent déterminée, ordinairement le double du prix. Cette stipulation n'avait lieu que pour les meubles d'une certaine valeur et pour les immeubles; elle n'était que facultative, dans le principe, mais elle cessa de l'être par la suite et il est permis de penser que c'est dans les ventes d'esclaves qu'elle commença à être obligatoire; il semble, en effet, résulter du rapprochement des L. 37, § 4 *in fine de evictione*, et L. 5, pr. *in fine de verb. obl.*, que la *stipulatio duplæ* était formellement prescrite, dans les ventes d'esclaves, par l'édit des édiles. L'obligation de promettre le double avait pour résultat, lorsque cette promesse avait été omise au moment du contrat, de permettre à l'acheteur de l'exiger après coup par l'action *ex empto*. Quant aux différents avantages que présentaient, pour l'acheteur, en cas d'éviction, l'action *ex empto* et l'action *ex stipulatio duplæ*: l'action *ex empto* faisait recouvrer à l'acheteur la valeur de la chose au jour de l'éviction et le remboursement des dépenses qu'il avait faites à l'occasion de la chose; en un mot, la con-

damnation se mesure sur le préjudice causé par l'éviction. L'action *ex stipulatu duplæ a*, au contraire, pour objet une somme fixe qui est le double du prix.

Il ne suffisait pas de protéger l'acheteur contre l'éviction, il fallait aussi le garantir contre les vices cachés que le vendeur connaissait et n'avait pas déclarés. La jurisprudence y pourvut et l'action *ex empto* servit à protéger l'acheteur contre le dol du vendeur. Mais c'était encore insuffisant, car il était souvent impossible de prouver la mauvaise foi du vendeur. Cette dernière lacune fut comblée par l'édit des édiles, qui contenait des règles spéciales à la vente des esclaves.

Le vendeur est tenu de déclarer tous les vices qui diminuent l'utilité ou la valeur de l'esclave ; en faisant cette déclaration il se dégage de toute responsabilité ; en ne la faisant pas, il s'expose à deux actions, dont l'une est appelée *quanti minoris* ou *æstimatoria*, et l'autre *redhibitoria*. La loi 1, § 1, de *ædilit. edict.* nous fait connaître quels étaient, d'après l'édit, les défauts qui pouvaient entraîner la responsabilité du vendeur. Lorsqu'un esclave était vendu au marché, un écriteau pendu à son cou devait indiquer les circonstances qui pouvaient en diminuer la valeur : *Titulus servorum singulorum utei scriptus sit cœrato, ita utei intellegi recte possit, quid morbi vitivæ quoiqu. sit quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit* (Aulu-Gelle, IV, 2. — Petrone, *Satyricon*, ed.

1709, page 112). Les jurisconsultes romains discutèrent dans quels cas un esclave était *vitiosus* ou *morbosus* et le titre de *ædilitio edicto* est une longue énumération des infirmités humaines.

Le vendeur n'était pas responsable des vices de l'esclave vendu :

1° Quand il les avait fait connaître à l'acheteur ;

« Prudens emisti vitiosum ; dicta tibi est lex :

Insequeris tamen hunc et lite moraris iniqua ? »

(Horace, ep. II, 2.)

2° Quand il avait déclaré expressément ne pas les garantir, *excipere morbos, vitia* ; cependant il demeurait responsable lorsqu'il était de mauvaise foi (L. 14, § 10, *de æd. edict.*). On avait l'habitude, dans les marchés d'esclaves, d'exposer, coiffés d'un bonnet, *pileati*, ceux qu'on ne garantissait pas. Les captifs, vendus par l'État, étaient toujours vendus sans garantie ; autrefois, pour les faire reconnaître, on les mettait en vente la tête couverte d'une couronne (Aulu-Gelle, VII, 4. — L. 1, § 4 *de æd. edict.*). — 3° Quand les défauts de l'esclave étaient apparents et que l'acheteur pouvait facilement les apercevoir (L. 14, § 10 *de æd. edict.* — L. 1, § 6, *eod.*) ; l'acheteur devait donc faire déshabiller l'esclave, pour l'examiner en détail (Sénèque, L. II, ép. 81). Enfin le vendeur n'était responsable que des vices qui existaient avant la vente et qui n'avaient pas disparu depuis le contrat (L. 54, L. 16, L. 17, § 17, *eod.*).

Toutes ces règles s'appliquaient à défaut de convention contraire et le vendeur, par une clause expresse, pouvait garantir les vices futurs de l'esclave, sa fuite par exemple (L. 3 *de æd. edict.* Code).

Nous avons dit que la responsabilité du vendeur était sanctionnée par deux actions : l'action *redhibitoria* et l'action *quanti minoris* ou *æstimatoria*. La première de ces actions dure six mois, elle tend à résoudre le contrat et à replacer les parties dans la situation où elles seraient s'il n'y avait pas eu vente. L'action *quanti minoris* dure un an, elle permet seulement à l'acheteur d'obtenir une diminution de prix, et peut être intentée plusieurs fois quand on découvre de nouveaux vices.

L'action *quanti minoris* exigeait une estimation du préjudice que le défaut de l'esclave faisait souffrir à l'acheteur ; l'action *redhibitoria* était inapplicable quand l'esclave avait été revendu ou grevé d'un droit d'usufruit ; aussi, pour compléter le système de garanties organisé en faveur de l'acheteur, les édiles introduisirent une stipulation (citée par Théophile, III, 18, § 2, comme exemple de stipulation prétorienne édilitienne), par laquelle le vendeur s'engageait à payer une somme déterminée pour le cas où certains vices de l'esclave viendraient à être connus. Pour forcer le vendeur à faire cette promesse, les édiles permirent d'agir contre lui par l'action rédhibi-

toire pendant deux années et par l'action *quantum minoris* pendant six mois (L. 28 de *æd. edict.*). Théophile, dans l'exemple qu'il cite, parle d'une promesse du double du prix. L'acheteur fut alors aussi bien protégé contre les vices cachés que contre l'éviction elle-même; il est vrai qu'il souffrait autant de la fuite de l'esclave que d'une éviction (L. 4, § 5 de *doli mali et met.*).

Toutes ces actions finirent par se confondre un peu dans la pratique. L'action *ex empto* fut donnée même contre l'acheteur de bonne foi, mais, dans ce cas, elle ne durait pas plus longtemps que les actions qu'elle remplaçait (L. 6, § 4 de *act. empti.* — L. 2 de *æd. act.* Code); elle put même tenir lieu de l'action *ex stipulatu duplæ* (L. 31, § 20 de *æd. edict.*).

§ 2. *Lois qui protègent l'esclave.* — Telles sont les dispositions qui protégeaient l'acheteur d'un esclave, elles étaient nécessaires à cause de la mauvaise foi habituelle des marchands d'esclave; d'autres dispositions avaient pour but de protéger l'esclave lui-même.

La loi Pétronia avait décidé que le maître ne pourrait, sans décision du magistrat, livrer son esclave pour combattre les bêtes féroces; Marc-Aurèle en conclut à la nullité de la clause : *ut cum bestiis pugnaret*, insérée dans les ventes (L. 42 de *contrah. empt.*).

Adrien défendit de vendre un esclave, homme ou femme, à un marchand d'esclaves ou à un

maître de gladiateurs, avant d'en avoir déclaré le motif (Spartien, Vie d'Adrien, XVII).

Le maître, forcé de vendre un esclave qu'il a maltraité, ne peut en redevenir propriétaire et ne peut, dans le contrat de vente, insérer une clause défavorable telle que *ne manumittatur, ut prostituatur*.

Enfin nous avons vu que l'acheteur, qui exerçait l'action rédhibitoire, devait éviter de séparer les parents de leurs enfants, les frères de leurs sœurs, les femmes de leurs maris.

TROISIÈME PARTIE

CAPACITÉ DE L'ESCLAVE POUR LES DIVERS ACTES JURIDIQUES

CHAPITRE I

CAPACITÉ DE L'ESCLAVE POUR PROCURER DES ACQUISITIONS, A SON MAÎTRE.

L'esclave étant soumis à un droit de propriété, et se trouvant dans le patrimoine de son maître, ne peut, lui-même, avoir un patrimoine, car tout ce qu'il produit, tout ce qu'il acquiert, appartient à son maître (Instit. II, 9 pr. et § 3). Le maître trouvait ainsi, dans son esclave, un instrument d'acquisition intelligent, et bien qu'à certains points de vue l'esclave fût considéré par le droit civil comme une chose, on lui permettait néanmoins, dans l'intérêt du maître, de figurer dans la plupart des actes juridiques. Mais il n'a qu'une capacité d'emprunt et, sans faire complètement abstraction de sa personnalité, on ne lui accorde de pouvoirs que parce qu'il représente

son maître; aussi l'esclave *derelictus* ne peut faire aucun contrat.

L'esclave peut rendre meilleure la condition de son maître et ne peut la rendre pire : tel est le principe ; nous allons en examiner les applications dans ce chapitre et nous étudierons ensuite les exceptions qu'il comportait.

§ 1. *Possession*. — La possession comprend deux éléments : le *corpus* et l'*animus domini*, la détention effective de l'objet et la volonté d'user de cet objet comme un propriétaire; aussi décidait-on que les personnes incapables d'avoir une volonté, les fous par exemple, ne pouvaient acquérir la possession.

On admit facilement que l'élément matériel de la possession pouvait être accompli par un tiers (Paul, *Sent.*, V, II, § 4), mais l'élément intentionnel devait résider chez celui qui acquérait la possession. Quand mon esclave appréhende une chose, c'est un fait matériel qui ne produit pas de conséquences juridiques, car l'élément intentionnel fait défaut; je ne deviens possesseur que quand j'ai connaissance de cette détention et que je l'approuve : mon *animus* complète alors le *corpus* de mon esclave. Par lui-même l'esclave ne peut donc acquérir la possession, il est obligé d'emprunter l'*animus* de son maître, d'où il résulte que l'esclave d'un fou ou d'une hérédité jacente ne pourrait jamais acquérir la possession.

Mais les jurisconsultes romains décidèrent que

le mandataire et l'administrateur légal (tuteur, curateur, etc.) pouvaient rendre possesseur celui dont ils administraient les biens, sans recourir à son *animus*. Cette décision s'étendait aux esclaves qui administraient un pécule : on les considérait comme des mandataires et ils acquéraient la possession à leur maître, même à son insu, lorsque l'appréhension de la chose se rattachait à l'administration du pécule : *Item adquirimus possessionem per servum aut filium qui in potestate est et quidem earum rerum quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere qui eis peculium habere permiserimus. Igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirent possessionem et usucapiunt : et hæres si hæreditarius servus emat* (L. 1, § 5 de acq. vel amitt. poss.). On voit par ce texte et par la loi 44, § 7 de *usurpat.*, que si les esclaves ayant un pécule font acquérir la possession à leur maître, ce n'est pas seulement parce qu'en leur accordant un pécule le maître leur a donné une sorte de mandat général de posséder pour lui, car l'esclave ne pourrait recevoir un pareil mandat d'un *furiosus*, d'un *infans*, d'une hérédité jacente, d'un maître captif; c'est plutôt parce que, dans l'intérêt du maître, on en vint à considérer l'esclave comme administrateur de son pécule, pour que le maître ne fût pas obligé, à chaque instant, de prendre connaissance des actes de son esclave (L. 44,

§ 1 *de acquirendo vel amitt.*). Il est donc vrai de dire que le maître empruntait alors l'*animus* de son esclave en même temps que son *corpus*. Toutefois ce n'est vrai que quand l'esclave a un pécule; s'il n'en a pas, l'*animus* du maître est nécessaire (*ibid.*). Même dans ce cas, l'esclave n'est pas un instrument d'acquisition purement matériel; il doit comprendre ce qu'il fait; sa volonté de posséder pour son maître doit se joindre à la volonté de celui-ci (L. 4, § 9, 10, 19, *eod.*). Ce principe a fait naître une question sur laquelle les jurisconsultes romains étaient divisés : Vous voulez me faire une donation et j'ordonne à un esclave qui m'est commun avec Titius de recevoir la tradition; si cet esclave reçoit la chose avec l'intention de la faire acquérir à Titius, Julien (L. 37, § 6, *de acquirendo*) pense que l'acte est nul, Ulpien enseigne au contraire (L. 13, *de donat.*) que l'acquisition me profite.

D'un autre côté, même dans les acquisitions faites par l'esclave pour son pécule, il y avait quelquefois lieu de tenir compte de l'*animus* du maître : si l'esclave avait acquis de bonne foi et que son maître fût de mauvaise foi, l'usucapion était impossible (L. 2, §§ 10 à 13 *pro emptore*).

Le maître acquiert la possession par l'intermédiaire des esclaves dont il est propriétaire ou usufruitier et en même temps possesseur; il ne peut donc l'acquérir par l'esclave donné en gage (L. 4, § 15, *de acq. vel amitt.*) ou reçu en gage (L. 37,

pr. de acq. rerum). Quant à l'esclave fugitif, Nerva filius pensait qu'on le possédait tant qu'il avait l'esprit de retour, c'est du moins ce qui paraît résulter des lois 3, §§ 13 et 47 de acq. vel amitt. poss. Mais lorsqu'on ne pouvait pas lui supposer l'esprit de retour, on ne le possédait plus et on ne pouvait obtenir par lui la possession. Cassius et Julien, dans l'intérêt du maître, décidèrent que celui-ci serait censé posséder son esclave tant qu'un tiers ne s'en serait pas emparé (L. 1, § 14 de acquirend. vel amitt. pos. — L. 15 de publiciana in rem) et leur doctrine prévalut.

Du temps de Gaius (II, § 94) on hésitait à décider que l'usufruitier d'un esclave acquérait, par lui, la possession parce qu'il ne le possédait pas; on l'admit plus tard, à cause de l'assimilation de l'usufruitier avec le possesseur de bonne foi. D'ailleurs le père de famille acquérait la possession par son fils, bien qu'il ne le possédât pas.

§ 2. *Propriété.* — Le maître acquiert la propriété, par l'intermédiaire de son esclave, lorsque celui-ci fait ce qu'il faudrait pour devenir lui-même propriétaire. Il acquiert la propriété même à son insu, pourvu toutefois qu'elle ne résulte pas d'une possession dans laquelle l'*animus* du maître est nécessaire.

Parmi les modes d'acquérir la propriété, il y en a cependant deux, l'*in jure cessio* et l'*adjudicatio*, dans lesquels l'esclave ne peut figurer, parce

qu'il ne peut ester en justice ¹. Gaius (II, § 96), il est vrai, prétend que l'esclave ne peut employer l'*in jure cessio* parce qu'il ne saurait prononcer la formule : *hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio*, puisqu'il ne peut être propriétaire. Mais

1. *Cum servo nulla actio est* (L. 107 de R. J.); *Servom hominem causam orare leges non sinunt* (Térence, Phormion II, 1, 292); adde II, 9 et 13, *si quis caut.*; l. 6 *De judic.*, Code.

Cette règle souffrait quelques exceptions : lorsqu'un esclave était troublé, en l'absence de son maître, dans la possession d'une chose qu'il détenait au nom de celui-ci, il pouvait s'adresser au magistrat qui devait accueillir sa demande et faire cesser le trouble (l. 1, *si per vim.*, Code, VIII, 5). L'esclave pouvait agir contre son maître : lorsque celui-ci ne lui conferait pas la liberté laissée par fidéicommiss; si l'esclave s'était fait acheter avec ses écus et que l'acheteur, au mépris des conventions, ne voulût pas l'affranchir; s'il avait été affranchi à la condition de rendre ses comptes et que le maître ne voulût pas les recevoir, dans ce cas il demandait la nomination d'un arbitre pour le règlement de ses comptes; si le maître, après avoir convenu avec un tiers qu'il affranchirait l'esclave moyennant un certain prix, refusait de recevoir la somme d'argent. Dans ces différentes circonstances, le magistrat jugeait *extra ordinem*. Si l'esclave soutenait que son maître avait supprimé le testament qui lui donnait la liberté, il pouvait intenter contre lui l'accusation *suppressi testamenti* (l. 53, *de judiciis*; l. 7, *ad leg. Cornel. d. falsis*; l. 1, § 1, *de off. præf. urbi*; l. 4, *pr. de manumiss.*): Avant Justinien, quand un esclave revendiquait la liberté, il ne pouvait introduire lui-même la demande en justice, et il avait besoin qu'un *adsertor libertatis* plaidât en son nom. Justinien supprima cette formalité et donna à l'esclave qui se prétend libre le droit d'agir lui-même (l. 1, *pr. de adsert. toll.*, Code). Enfin, lorsqu'un maître léguait à un esclave la liberté sans condition et instituait un héritier chargé de restituer l'héritage à l'esclave dans un certain délai, l'esclave pouvait actionner l'héritier devant le préteur, pour le forcer à faire adition (l. 22, § 1; l. 31, *pr. de S.-C. Trebell.*).

ce motif est insuffisant car l'esclave ne peut pas non plus être créancier, cependant il stipule valablement *sibi* (L. 1 pr. de stip. serv.). Bien plus, il semble que dans la mancipation, où l'acquéreur prononçait la même formule que dans la *cessio in jure*, en ajoutant qu'il avait acheté par le cuivre et la balance, l'esclave ne devait pas nécessairement indiquer que l'acquisition était faite pour le maître ; cette doctrine du moins n'est pas contredite par Gaius (III, § 167).

Dans tous les cas, il est certain que l'esclave pouvait rendre son maître propriétaire par la mancipation lorsqu'il le nommait ; il le pouvait aussi en recevant une tradition, en supposant que la chose *nec Mancipi* a été livrée *a domino*. La chose reçue du véritable propriétaire était-elle *Mancipi*, le maître, outre la possession, gagnait l'*in bonis* avec la possibilité de convertir, par la possession prolongée, cette propriété imparfaite en domaine quiritaire. Sous Justinien, il avait la seule propriété reconnue à cette époque. Quand l'esclave avait reçu par tradition *a non domino*, le maître acquérait la possession et devenait propriétaire par l'usucapion ; mais pour usucaper il fallait être de bonne foi au commencement de la possession : devait-on tenir compte de la bonne foi de l'esclave ou de celle du maître ? Il faut distinguer : si l'esclave n'a pas de pécule, sa bonne foi et celle du maître sont nécessaires ; s'il a un pécule et a acquis *peculiariter*, il doit être de

bonne foi *ab initio* et l'usucapion aura lieu quand même le maître ignorerait l'acquisition ou connaîtrait plus tard son vice, mais, ainsi que nous l'avons vu, l'usucapion était impossible, malgré la bonne foi de l'esclave, quand au moment même de l'acquisition le maître était de mauvaise foi. L. 2 §§ 10 à 13 *pro emptore*).

L'esclave faisait acquérir encore à son maître la propriété, lorsqu'on lui avait conféré un legs translatif de ce droit; c'est-à-dire, avant Justinien, un legs *per vindicationem* ou dans la doctrine des Proculeiens, un legs *per præceptionem*. Pour que le legs fait à un esclave fût valable, il fallait que le testateur eût la *factio testamenti* avec le maître : ainsi le pérégrin ne pouvant recevoir de legs, son esclave ne pouvait être utilement institué légataire. A tous les autres points de vue, la validité de la disposition s'apprécie *ex persona servi*, c'est ce que Paul exprime en ces termes : *Cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona in hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio, cæterum ex persona servi consistit legatum, et ideo rectissime Julianus definit, id demum servo alieno legari posse quod ipse liber factus capere posset* (L. 82, § 2, *de legat.* 2°). Par application de ce principe, on peut léguer à un esclave la chose qui appartient ou qui est due à son maître (*ibid*); on ne peut pas lui léguer une servitude au profit du fonds de son maître (*frag. Vat.* § 56, — L. 5, *de servit.*

legat.); si on lui lègue un usufruit, cet usufruit *morte et alienatione servi perit*, aussi ne pouvait-on léguer à l'esclave un usufruit pour après sa mort tandis qu'il pouvait valablement stipuler un usufruit pour cette époque (fr. Vat. §§ 56 et 57). Justinien a fait disparaître cette différence entre l'usufruit légué et l'usufruit stipulé, en décidant que l'usufruit, dans tous les cas, cesserait à la mort du maître (L. 17, *de usufr.* Code). Bien que la validité du legs dût s'apprécier d'après l'esclave, comme en définitive le maître était appelé à profiter de la disposition, l'application de la règle catonienne faisait annuler le legs pur et simple fait à l'esclave de l'institué, car en supposant la mort immédiate du testateur, le droit ne pouvait se fixer qu'au profit de l'institué qui aurait ainsi cumulé dans sa personne le bénéfice et la charge (Instit. II, 20. § 32).

L'esclave pouvait enfin faire acquérir à son maître le démembrement de la propriété, mais avec les restrictions que nous venons d'exposer à propos du legs. Les servitudes rurales, étant seules au nombre des *res mancipi*, pouvaient seules être acquises par la mancipation; les autres droits réels ne pouvaient être acquis entre-vifs que par la *cessio in jure* et l'adjudication, et ces modes de translation de la propriété n'étaient pas accessibles à l'esclave. Mais les jurisconsultes romains avaient imaginé, pour tourner cette difficulté, un expédient fort ingénieux : l'esclave qui veut faire

obtenir un usufruit à son maître fait une mancipation pour la pleine propriété, puis il remancipe la nue-propriété à l'aliénateur, en réservant l'usufruit (fr. vat. § 54).

§ 3. *Hérédité.* — L'esclave pouvait être institué héritier et, comme pour le legs, le testateur devait avoir *factio testamenti* avec le maître (L. 31, L. 49, § 1, *de hæred. instit.*); mais l'esclave ne peut faire adition que sur l'ordre de son maître, car l'hérédité comprend un actif et un passif, et l'acceptation pourrait être nuisible au maître : or nous savons qu'en principe le maître ne peut se trouver malgré lui obligé par le fait de son esclave (L. 6 pr. *de acq. vel omitt. hered.*). Il ne suffisait même pas d'autoriser l'esclave à accepter toute hérédité qui lui serait dévolue, un ordre spécial était nécessaire (L. 25, § 5, eod.) et le maître devait persévérer dans sa volonté jusqu'à l'adition ; aussi l'adition n'était pas valable quand le maître était devenu fou après avoir donné l'ordre mais avant l'adition (L. 47, eod.).

Bien que l'institution d'un esclave fût souvent faite en vue de son maître, puisque c'est celui-ci qui en recueillait le bénéfice, l'adition devait être faite par l'esclave lui-même, *potuit enim quamvis jubente domino nolle adire* (L. 3 *de hæred. instit.* Code), et le droit à l'hérédité suivait l'esclave qui était acquis par de nouveaux maîtres ; l'esclave lui-même pouvait en profiter lorsqu'il était affranchi.

Cependant on tenait souvent compte de l'intention du testateur : ainsi je profite de l'institution d'héritier faite au profit d'un homme libre que je possède de bonne foi comme esclave, pourvu que l'institution ait été faite à cause de moi (L. 45, § 4, *de acquirend. vel omitt. hæred.*), mais il n'en serait pas de même si je possédais de bonne foi l'esclave d'autrui (L. 25 pr. eod). Quand le testament s'exprime ainsi : *Parthenius hæres esto ; si hæres non erit, tunc Mœvius hæres esto*, si Parthenius, esclave au moment du testament, l'est encore au jour du décès, tandis que le testateur le croyait libre, le Digeste (L. L. 40 et 41 *de hæred. instit.*) et les Institutes (II, 15, § 4) présentent une solution bien extraordinaire ; Parthenius, ou plutôt son maître, partagea la succession avec Mœvius. Le testateur en disant : *si hæres non erit*, entendait dire : si Parthenius ne recueille pas pour lui-même ma succession, or la condition est accomplie, puisque Parthenius, étant esclave, c'est son maître qui recevra l'hérédité ; mais, d'un autre côté, l'erreur sur la qualité de l'institué ne vicie pas l'institution, et Parthenius ne doit pas être exclu, alors on divise la succession en deux parties, l'une pour Parthenius, l'autre pour le substitué Mœvius. Pour comprendre cette décision trop subtile il est bon de se rappeler qu'elle a été rendue par Tibère, à propos d'un de ses esclaves, et qu'elle lui a permis de prendre la moitié d'une succession. Dans les testaments

militaires, où l'on ne s'attachait qu'à l'intention du disposant, cette décision n'était pas appliquée, le substitué était appelé pour le tout ou complètement exclu (L. 3 *de hæred. instit.* Code).

§ 4. *Créances.* — L'esclave pouvait rendre son maître créancier, même à son insu, par les contrats qu'il passait et par les délits dont il souffrait.

A. *Obligations ex contractu.* — Parmi les contrats il en est un, le contrat *litteris*, qui était interdit à l'esclave, car il suppose que le créancier tient un *codex* pouvant faire preuve en justice et les citoyens *sui juris* avaient seuls de pareils livres de comptes (Cicéron, *pro Cælio*, n° 7).

Les textes ne parlent guère que des stipulations, c'est qu'en effet ce contrat unilatéral était toujours permis à l'esclave qui jouait le rôle de stipulant, car le maître n'avait aucune chance de perte. Mais il est bien entendu que la capacité de faire des stipulations n'est donnée à l'esclave que comme représentant du maître, *servus ex persona domini jus stipulandi habet* (Instit. III, 17, pr.); aussi l'esclave d'un pérégrin ne peut-il, pas plus que son maître, employer la formule *spondesne*, et l'esclave abandonné ou appartenant à une hérédité qui viendrait à être répudiée par tous ceux auxquels elle est offerte, est complètement incapable de stipuler (L. 73, § 1 *de verb. obl.*, — L. 36 *de stip. serv.*)

Par une faveur spéciale et dans l'intérêt du maître, on avait permis à l'esclave d'une corporation, d'un fou, d'un sourd ou d'un muet de stipu-

ler, bien que le maître ne pût pas recourir à ce mode de contracter. De même on accorda la stipulation à l'esclave d'une hérédité jacente. Mais au nom de qui pouvait-il alors stipuler ? Il ne pouvait certainement pas stipuler au nom du défunt, mais pouvait-il stipuler au nom de l'héritier qui n'avait pas encore fait adition ? Paul (L. 19 *de stip. serv.*) se prononce pour la négative *quia stipulationis tempore hæres dominus eius non fuit* (sic L. 18, §2 eod.); tel était en effet l'opinion des Proculeiens, mais Gaius nous apprend que les Sabinien considérait une pareille stipulation comme valable pourvu que l'héritier acceptât la succession parce qu'alors l'héritier est censé avoir succédé dès le décès, *videtur ex mortis tempore defuncto successisse* (L. 28 in fine *de stip. serv.*). D'ailleurs l'esclave n'était pas tenu de nommer son maître dans la stipulation : *sive mihi, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter dari servus meus stipuletur, mihi adquiret* (L. 15 eod.), et l'esclave d'une hérédité jacente pouvait certainement stipuler *impersonaliter* ou *sibi* grâce à la fiction *hæreditas personam sustinet*, mais il ne pourrait stipuler une servitude personnelle car ce droit suppose nécessairement l'existence de la personne pour laquelle il est constitué et nous avons dit, à propos du legs, que l'usufruit acquis par un esclave, au moyen de la stipulation, se mesurait sur la vie du maître et non sur celle de l'esclave (frag. vat. § 55.).

Comme la stipulation profite au maître et ne peut profiter qu'à lui, aucune obligation ne se forme si l'esclave stipule du maître lui-même ou d'une personne soumise à sa puissance. L'esclave peut stipuler *post mortem suam*, mais non pas *post mortem domini* (fr. vat. § 57), enfin s'il fait une stipulation conditionnelle, quand même la condition ne s'accomplirait qu'après qu'il est devenu libre ou a changé de maître, elle s'accomplira toujours au profit de celui qui avait la puissance au jour du contrat; s'il s'agissait d'un legs, la solution serait différente.

Bien que l'esclave, dans la stipulation, emprunte la personnalité de son maître, c'est un instrument d'acquisition intelligent et dont il faut tenir compte. Ainsi, s'il s'agit d'interpréter le sens et la portée du contrat, on recherche l'intention de l'esclave et non celle du maître. (L. 12 *de contr. empt.*); quand l'esclave stipule que je lui donnerai, à son choix, telle ou telle chose, lui seul peut choisir (L. 76 pr. *de verb. obl.*), et s'il stipule une servitude de passage, lui seul pourra passer et non son maître (Inst. III, 17, § 2), il est à peine nécessaire d'ajouter que, du jour où l'esclave rencontrera quelque obstacle, c'est le maître qui agira *ex stipulatu*.

B. *Obligations ex delicto*. — Gaius (III, § 163) et Justinien (Inst. III, 28, pr.) disent que les esclaves font acquérir des créances à leurs maîtres par leurs contrats : s'ils ne parlent pas des délits,

c'est sans doute parce que les délits commis par l'esclave contre son maître n'engendraient aucune obligation, et que la plupart des délits commis contre l'esclave étaient punis comme ayant été commis au préjudice du maître.

La loi Aquilia, plébiscite rendu vers l'an 468 de Rome (Théophile IV, 3, § 15, in fine), dans son premier chef, accordait au maître de l'esclave tué volontairement ou par imprudence la plus grande valeur que cet esclave avait eue dans l'année précédant le délit; si donc l'esclave était devenu boiteux, borgne ou manchot pendant cette année, on obtenait beaucoup plus que la réparation du préjudice éprouvé. On décida même que tout le dommage, que la perte faisait éprouver, devait être réparé : aussi quand un esclave institué héritier était tué avant de faire adition, on devait tenir compte de la perte de l'hérédité. Ce premier chef de la loi Aquilia concernait non-seulement les esclaves, mais encore les quadrupèdes vivant en troupeaux.

Le troisième chef de la loi Aquilia s'occupait des dommages, autres que la mort, causés injustement aux esclaves, aux animaux et même aux objets inanimés; il établissait une action pour ce qui était brûlé, rompu, fracturé, et, protégeait le maître contre les blessures faites à ses esclaves. La peine était égale à la plus haute valeur de l'objet du délit dans les trente derniers jours.

Mais pour que l'action directe de la loi Aquilia

fût applicable, il fallait que le dommage eût été fait *corpore corpori* ; quand le dommage était causé indirectement *corpori*, par exemple quand on enfermait un esclave pour le faire mourir de faim, on n'était pas dans les termes directs de la loi Aquilia et les jurisconsultes donnaient l'action utile, introduite par interprétation. Lorsqu'on n'avait pas même détruit ou endommagé un corps, le maître pouvait encore être protégé par une action *in factum*.

Nous avons dit, à propos du droit pénal applicable à l'esclave, que l'*injuria*, commise envers l'esclave, faisait acquérir au maître une créance. Citons enfin l'action prétorienne *servi corrupti* donnée au double contre celui dont les mauvais conseils ont déterminé l'esclave à se mal conduire (L. 1 et suiv. *de servo corrupto*).

§ 5. *Aquisitions faites par l'esclave qui a plusieurs maîtres.*— Dans les paragraphes précédents, nous nous sommes presque toujours placé dans l'hypothèse d'un esclave qui appartient en toute propriété à un seul maître, il convient d'examiner maintenant les autres cas qui peuvent se présenter.

A. *Un citoyen a sur l'esclave le nudum dominium ex jure Quiritium, un autre a l'in bonis.* — D'après le § 88 (Comm. II) de Gaius, toutes les acquisitions de l'esclave doivent profiter à celui qui a l'esclave *in bonis*, certains jurisconsultes enseignaient que l'esclave ne pouvait valablement

stipuler pour le *nudus dominus*, quand même il en exprimerait formellement l'intention (*nomine ejus*), mais cette opinion n'était pas prépondérante du temps de Gaius (III, § 166).

B. *L'esclave est commun entre plusieurs maîtres.* — En principe, les acquisitions de l'esclave profitent à ses différents maîtres, en proportion de leur droit de propriété (I, 5, *de stip. serv.*), cependant celui-là seul en profite pour lequel l'esclave stipule, reçoit tradition ou se fait manciper *nominatim*. Les Sabinienens enseignaient que, quand l'esclave stipule sur l'ordre d'un maître, c'est comme s'il stipulait *nominatim* (Gaius, III, § 167^a), cette doctrine prévalut (Inst. III, 28, § 3). Si l'esclave stipulait *nominatim* pour tous ses maîtres, Ulpien (L. 7, *de stip. serv.*) dit que l'acquisition se répartit entre eux *pro parte dominica*, Pomponius au contraire (L. 37, eod.) veut qu'elle se divise par parties égales.

Le droit réel de la créance appartient exclusivement au maître qui peut seul en profiter (L. 7 § 1 (*de stip. serv.*), ce qui a lieu lorsque, par exemple, l'un des maîtres est déjà propriétaire de l'objet stipulé, ou si le fonds, dans l'intérêt duquel une servitude est stipulée, n'appartient qu'à l'un d'eux. Quand l'esclave fait un contrat *ex re* de l'un de ses maîtres, tous en profitent proportionnellement à leur droit de propriété, mais celui dont la chose a fait l'objet du contrat, pourra, par l'action *communi dividundo* se faire restituer la part

que l'autre aura indûment acquise (L. 45 *de acq. rerum dom.*; — L. L. 27 et 28 *de stip. serv.*).

Lorsqu'un *servus communis* est institué héritier, si tous ses maîtres lui font faire adition, il leur fait acquérir la succession *pro parte dominica*; si un seul fait adition, celui-là n'a droit qu'à sa part et l'esclave, étant ensuite émancipé, pourra recueillir le reste de l'hérédité (L. L. 64, 67, 68 *de acquir. vel omit. hæred.*).

C. *L'esclave est l'objet d'un usufruit.* — Tout ce que l'esclave acquiert par son travail ou avec les choses que l'usufruitier l'a chargé de faire valoir, *ex operis suis aut ex re fructuarii*, appartient à l'usufruitier, tout le reste est pour le nu-propriétaire (Paul, Sent. V, 7, § 3). Les anciens jurisconsultes discutaient la question de savoir si l'enfant d'une femme esclave devait appartenir à l'usufruitier comme le croît des animaux; Cicéron, Scévola et Manilius (*de finibus bon. et mal.* I n° 4) tenaient pour l'affirmative, Brutus était d'un avis contraire et sa doctrine prévalut (L. 68 *de usufr.*), tous les jurisconsultes de l'époque classique reconnaissent que l'enfant d'une femme esclave n'est pas un fruit et qu'il appartient au nu-propriétaire.

C'est au nu-propriétaire que doivent revenir les successions laissées à l'esclave (L. 47 *de acq. rerum dom.*), les donations qu'il reçoit, les stipulations qu'il fait à l'occasion de toute chose n'appartenant pas à l'usufruitier; cependant cette règle

perdit de sa rigueur, on rechercha surtout l'intention des parties et on décida que le legs et la donation profiteraient au nu-propriétaire ou à l'usufruitier, selon l'intention du testateur ou du donateur (L. 45, § 3 et 4 *de acq. vel omitt.*; L. 21 et 22 *de usufr.*).

Du principe que l'usufruitier acquiert seulement à la suite des stipulations faites *ex re sua* par l'esclave, tandis que le nu-propriétaire a une capacité générale pour acquérir, on tira cette conséquence que l'esclave pouvait stipuler *ex re fructuarii* au profit du nu-propriétaire, mais que les stipulations faites *ex re domini*, au profit de l'usufruitier, étaient nulles. Par exemple, l'esclave prête une somme qui lui a été remise par l'usufruitier et la stipule au profit du nu-propriétaire : celui-ci deviendra créancier, mais comme il n'est pas juste qu'il s'enrichisse aux dépens d'autrui, l'usufruitier, au moyen d'une *conditio sine causa*, obtiendra de lui la cession de la créance (L. 25, § 3, *de usufr.*; — L. 39 *de stip. serv.*). Lorsqu'au contraire l'esclave stipule au nom de l'usufruitier une somme prêtée par le nu-propriétaire, l'acte est nul (L. 25, § 3, *de usufr.*; — L. 22 *de stip. serv.*).

Supposons qu'il y a deux usufruitiers ayant des droits égaux sur l'esclave, ils profiteront également des acquisitions faites par l'esclave à l'occasion d'une chose commune (L. 32 *de stip. serv.*). Si l'esclave prête l'argent fourni par l'un

d'eux et stipule *nominatim* ou sur l'ordre de celui-là, cet usufruitier bénéficiera seul de la créance; s'il stipule *impersonaliter*, cet usufruitier aura certainement droit à la moitié de la créance, mais Scévola et Ulpien, qui rapporte son opinion, disent que l'autre moitié ira au nu-proprétaire, parce que l'usufruitier à qui la chose appartient ne doit bénéficier de l'acte de l'esclave que dans la mesure de son droit d'usufruit, et que le reste revient au nu-proprétaire, qui profite de ce que l'autre usufruitier ne peut acquérir (L. 25, § 6, *de usufruct.*). Le nu-proprétaire aurait sans doute dû céder cette moitié de créance à laquelle il n'avait pas droit. Cette subtilité paraît avoir été vite abandonnée par les jurisconsultes romains et Scévola lui-même enseigna que l'acquisition faite par l'esclave, *ex re* d'un seul usufruitier, appartiendrait à celui-ci pour le tout, quand même la stipulation n'aurait pas été faite *nominatim* (L. 19 *de stipul. serv.*).

Les droits du possesseur de bonne foi d'un esclave ou d'un homme libre étaient les mêmes que ceux d'un usufruitier (Gaius, III, § 164), sauf une exception : le possesseur de bonne foi peut, par l'usucapion, arriver à s'approprier toutes les acquisitions et stipulations de l'esclave, tandis que l'usufruitier, sachant qu'il n'est pas propriétaire de l'esclave, n'obtient pas le même bénéfice.

D. *L'esclave est l'objet d'un droit d'usage.* — Les *Institutes*, après avoir dit que l'on peut acquérir

au moyen des hommes libres ou des esclaves possédés de bonne foi *ex operis suis vel ex re nostra*, ajoutent : *per eum quoque servum in quo usufructum vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis adquiritur* (III, 28 § 2). Ce paragraphe est copié dans Gaius, mais Justinien a ajouté *vel usum* et on pourrait croire qu'il accorde des droits identiques à l'usufruitier et à l'usager d'un esclave. Ce serait une erreur. L'usager a droit, comme l'usufruitier, aux acquisitions que l'esclave fait *ex re ejus*, il a droit aussi au travail et aux services de l'esclave, *operæ*, mais seulement quand ces travaux sont exécutés pour l'usager lui-même. L'usufruitier peut louer le travail de son esclave, l'usager ne le peut pas. (*Instit.* II, 5 § 3; — L. 12 § 6, L. 14 *de usu et habit.*).

On pouvait en outre léguer sur un esclave un droit d'une nature particulière appelé *operæ servorum* : le légataire avait comme l'usufruitier, la faculté de louer le travail de l'esclave, mais le droit ne s'éteignait qu'à la mort de l'esclave et se transmettait aux héritiers du légataire (L. 2 *de usu et usufr.*).

CHAPITRE II

CAPACITÉ DE L'ESCLAVE POUR OBLIGER SON MAÎTRE

Le chef de famille, d'après le droit civil, ne pouvait pas être obligé par les actes de ceux qu'il avait en sa puissance, tels que ses esclaves ou ses enfants. Mais ce principe subit plusieurs restrictions : tantôt le maître se trouvait obligé pour la totalité de la dette contractée par l'esclave (actions *quod jussu*, institoire et exercitoire), tantôt on ne pouvait recourir contre lui que jusqu'à concurrence d'une certaine valeur (actions *de peculio*, *de in rem verso* et *tributoria*), tantôt enfin le maître n'était tenu que parce qu'il possédait l'esclave (actions noxales). Nous allons examiner séparément ces trois classes d'actions et les actes qui pouvaient leur donner naissance.

SECTION I.

DANS QUELS CAS LE MAÎTRE EST-IL TENU POUR LE TOUT ?

Le maître trouvait dans ses esclaves d'utiles instruments d'acquisition, on admit qu'il pouvait aussi se servir d'eux pour s'obliger, mais les deux

cas ne doivent pas être confondus. L'esclave peut enrichir son maître à son insu, il ne peut l'obliger qu'en vertu d'une autorisation spéciale ou générale mais expresse. Le maître ne peut donc être obligé que parcequ'il l'a voulu et que les tiers sont censés avoir contracté avec lui par l'intermédiaire de son esclave.

Les actions *quod jussu, institoria* et *exercitoria*, bien qu'elles soient désignées par des noms particuliers, n'ont pas d'existence propre, elles indiquent seulement dans quels cas le préteur permet de diriger contre le maître les actions ordinaires. On employait donc les actions *empti venditi, condictio*, etc., seulement, dans la formule, on ajoutait quelques mots indiquant que le maître était poursuivi, comme s'il avait lui-même contracté, parce qu'il avait donné l'ordre (*quod jussu*), ou parce qu'il avait confié à son esclave la gestion d'un commerce ou la conduite d'un navire (actions institoire et exercitoire. — L. 5, § 4, in fine, de *exercit.*).

§ 4. *Action quod jussu.* — Le maître est tenu *in solidum* lorsque l'esclave n'a agi que d'après son ordre (*Instit.* IV, 7, § 4), peu importe que cet ordre ait été donné verbalement ou par écrit, pour un cas spécial ou d'une manière générale (L. 1, § 1, *quod jussu*) ; la ratification postérieure équivaut même à un ordre (*ibid*, § 6), mais évidemment le maître doit être capable de s'obliger : le mineur n'est tenu que quand il a donné l'ordre

assisté de son tuteur (*ibid.*, § 7), le mineur de vingt-cinq ans, le fou et le prodigue sont obligés quand leur curateur a donné l'ordre (*ibid.*, § 9).

Si l'esclave n'a figuré dans le contrat que d'une manière accessoire, si par exemple il a simplement touché l'argent que le maître lui-même avait emprunté, il y a lieu de recourir à l'action directe du droit civil et non à l'action *quod jussu* (L. 5, eod).

§ 2. *Action institoriale.* — L'action *institoria* est donnée contre le maître qui a préposé son esclave à un commerce quelconque ; elle garantit tous les engagements contractés par l'esclave et qui sont relatifs à ce commerce.

En confiant à son esclave une maison de commerce, c'est comme si le maître disait à tout le monde : cet homme est mon préposé, vous pouvez contracter avec lui (Théophile IV, 7, § 2) ; en chargeant son esclave d'exploiter une boutique, un fonds de marchandise ou un comptoir de banque, le maître accepte la responsabilité des actes qu'entraîne une semblable exploitation. Quand il veut s'y soustraire, il doit avertir les tiers, par exemple, en apposant, sur la boutique, une affiche qui recommande de ne pas contracter avec l'esclave, *palam proscribere ne cum eo contrahatur* (L. 1, § 2 et 3, de *institoria*), celui-ci devenait alors un simple gardien et n'avait le droit de rien vendre (*ibid.*, § 6). Le maître pouvait encore n'autoriser à contracter avec l'*institor*

que sous certaines conditions précisées dans l'affiche.

Pour installer un *institor*, il faut pouvoir s'obliger soi-même, aussi le pupille ne peut pas, sans l'assistance de son tuteur, confier un commerce à son esclave (L. 9 eod.), mais il est obligé par les actes d'un esclave *institor* qu'il a recueilli dans une hérédité, car le tuteur, en ne révoquant pas les pouvoirs de l'esclave, est censé les avoir confirmés (L. 11, pr. eod.)

§ 3. *Action exercitoire*. — Cette action ressemble à la précédente, elle est donnée contre le maître qui a préposé son esclave à un navire, pour les obligations relatives à ces fonctions (L. 1, § 7 et suiv. *de exercit.*). Elle s'applique à la navigation maritime ou fluviale (L. 1, §, 6, eod.). Le *magister navis* peut se faire remplacer par un tiers, dont les actes obligeront l'*exercitor*. Il peut se faire remplacer, quand même l'*exercitor* le lui aurait défendu (L. 1, § 5 *de exercit.*); cette décision était inspirée par les nécessités du commerce maritime, car les personnes qui auraient contracté avec le nouveau patron du navire n'auraient pas pu connaître la défense faite par l'armateur, et, d'un autre côté, le *magister navis* pouvait, durant le voyage, être dans la nécessité de se faire remplacer.

Il n'en était pas de même pour le commerce terrestre et l'*institor* ne pouvait mettre à sa place une personne capable d'obliger son maître, ici, en effet, les mêmes motifs n'existaient pas; l'*insti-*

tor se trouvait habituellement près de son maître, et, d'ailleurs, il ne s'agissait pas d'assurer la conservation d'un navire et d'un équipage.

L'action exercitoire est perpétuelle, et ne s'éteint ni par la mort, ni par l'aliénation de l'esclave (L. 4, § 3 et 4 eod.).

SECTION II.

DANS QUELS CAS LE MAÎTRE EST-IL TENU JUSQU'À
CONCURRENCE D'UNE CERTAINE VALEUR ?

Nous étudierons, dans cette section, les actions *de peculio*, *de in rem verso* et *tributoria*, qui ont été, comme les précédentes, introduites par le préteur. Les actions *de peculio* et *de in rem verso* n'ont pas d'existence propre, ce sont les actions ordinaires résultant des contrats faits par l'esclave, mais avec une modification indiquant que l'action est donnée contre le maître, parce qu'il avait confié un pécule à son esclave, ou parce qu'il a retiré un bénéfice de ses contrats. La modification portait sur la *condemnatio* qui subissait une restriction jusqu'à concurrence du pécule ou de ce qui avait tourné au profit du maître : *duntaxat de peculio et de eo quod in rem versum est condemna*.

Il est même remarquable que ces deux actions ont la même formule en ce sens que la même *intentio* était suivie d'une *condemnatio* alterna-

tive, de manière à permettre au juge de condamner le défendeur soit jusqu'à concurrence du pécule, soit en tant que l'opération avait tourné au profit du maître (Gaius, IV, § 74, — *Instit.* IV, 7, § 4; L. 19 *de in rem verso*), car il pouvait arriver que l'une de ces actions fût possible tandis que l'autre ne l'était pas.

§ 1. *Du pécule et de l'action de peculio.* — A. *Pouvoir de l'esclave sur son pécule.* — Le pécule est une sorte de patrimoine que le maître permet à l'esclave de posséder séparément : *peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum* (L. 5, § 3, *de peculio*). L'autorisation du maître est nécessaire pour créer un pécule, autrement l'esclave aurait pu s'en former un en volant son maître (L. 4, § 2, *eod.*) ; il faut même une remise effective des objets qui doivent le composer (L. 8, *eod.*).

Mais le pécule se formait également des économies de l'esclave : *quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruit a quolibet sibi donari* (L. 39, *eod.*) et de tout ce que le malheureux parvenait à mettre de côté en prenant once par once sur sa pitance et en restreignant son appétit (Térence, *Phormion* art. I, sc. 1, v. 9).

L'esclave ne devenait pas propriétaire du pécule, il n'en avait que l'administration ; le maître pouvait restreindre ou étendre ses pouvoirs, il profitait des augmentations de ce patrimoine, qu'il était toujours libre de reprendre, et d'un autre

côté il était tenu des engagements contractés, même malgré sa défense (L. 29, eod.), par l'esclave, dans l'intérêt de l'administration qui lui était confiée. Le maître était donc obligé comme ayant donné à son esclave une autorisation générale de faire des actes d'administration.

Tantôt l'esclave n'avait que des pouvoirs de simple administration, tantôt il obtenait du maître la *libera administratio*, il pouvait alors vendre des fonds de terre (L. 41, § 1 *de rei vindic.*), consentir un gage, donner une caution (L. 43 pr. *de condict. indeb.*; — L. 24, § 2, *de act. empt.*) déférer le serment, opérer une novation (L. 21 et 22 *de jurejurando*) consentir une remise de dette lorsqu'il recevait un équivalent (L. 28, § 2, *de pactis*). Mais il ne pouvait jamais faire de donation (L. 7 pr. *de donat.*) engager ses biens pour garantir la dette d'autrui (L. 1 pr. *quæ res pignori*), se porter fidéjusseur *extra causam peculiarem* (L. 3, § 5, *de peculio*; — L. 49, *de fidejuss.*), faire une remise de dette à titre de libéralité (L. 28, § 2, *de pactis*).

Le maître reprenait rarement le pécule de son esclave, il se contentait généralement de partager le bénéfice de certains marchés (Plutarque, Vie de Caton l'ancien, n° 45) et de se faire remettre une somme plus ou moins élevée à son mariage, à la naissance des enfants et aux anniversaires (Térence, *Phormion*, I, 1). Quelquefois les maîtres permettaient à leurs esclaves de faire une sorte

de testament : *permitto servis quoque testamenta facere, eaque ut legitima custodio.... dividunt, donant, relinquant, duntaxat intra domum. Nam servis respublica quædam et quasi civitas domus est* (Pline le jeune, *epist.* VIII, 16). Le plus souvent le pécule servait à acheter l'affranchissement (Tacite, *Ann.* XIV, 42 ; L. 3 pr. *de in rem verso* ; L. 4, § 1 *de manumiss.*).

On comprend que l'esclave ait été considéré comme presque propriétaire de son pécule ; ordinairement le maître le lui laissait en l'affranchissant. Aussi, d'après un rescrit de Sévère et de Caracalla, l'esclave l'acquerrait irrévocablement si le maître, en l'affranchissant de son vivant, ne le lui ôtait pas (Fr. vat., § 261 ; L. 53 *de pecul.*). Il en était différemment pour les affranchissements par testament (L. unique *de pecul. ejus qui*, Code), mais l'esclave à qui on léguait son pécule avec la liberté était mieux traité qu'un étranger : la *diei cessio*, au lieu d'être fixée à l'époque du décès, était reculée au jour de l'adition et les acquisitions réalisées *jacente hæreditate* étaient comprises dans le pécule. Nous trouvons dans la loi 17, § 1 *de legat.* 3°, une curieuse application de cette idée que le pécule appartient à l'esclave : nous savons que la validité des legs faits à l'esclave s'apprécie *ex persona servi*. Marcien en conclut qu'on peut léguer une servitude rurale à l'esclave s'il a un fonds de terre *servo prædium habenti*, c'est-à-dire, s'il a dans son pécule un fonds bon voisin du fond^s

servant. Les *servi publici* pouvaient disposer par testament de la moitié de leur pécule (Ulp. XX, § 16); plus tard l'empereur Léon, par sa constitution 38^e, rendit ses esclaves complètement propriétaires de leurs pécules et leur permit d'en disposer entre vifs ou par testament.

L'esclave pouvait avoir dans son pécule un autre esclave, on l'appelait alors *ordinarius* et on nommait *vicarius* l'esclave soumis à ses ordres. L'*ordinarius* pouvait concéder un pécule au *vicarius* et des obligations naturelles pouvaient naître entre eux, mais le *vicarius*, avec son pécule, faisait partie du pécule de l'*ordinarius*, de même que l'*ordinarius*, avec le sien, n'était qu'une fraction du patrimoine du père de famille.

Le patrimoine du maître s'estimait sans tenir compte des dettes naturelles envers le pécule de l'*ordinarius*, et de même, on ne déduisait pas du pécule de l'*ordinarius* les dettes naturelles de celui-ci envers le *vicarius* (Théophile IV, 7, § 4).

B. *Responsabilité du maître.* — Lorsqu'on poursuit le maître par l'action *de peculio* pour les obligations que l'esclave a contractées dans l'intérêt du pécule, le maître n'est tenu que jusqu'à concurrence du pécule, on déduisait même les dettes naturelles de l'esclave envers son maître et envers les personnes dont le maître administre les biens : pupilles, interdits, enfants, esclaves (L. 9, § 2; L. 34 *de peculio*). En effet on ne doit pas supposer que le maître laisse dans le pécule ce qui

lui est dû à lui-même ou ce dont il serait débiteur envers les personnes dont il gère la fortune.

Le maître prélève sur le pécule ce qui lui est dû en vertu de contrats ou pour toute autre cause; quant aux obligations *ex delicto*, les jurisconsultes se demandaient si en cas de vol, par exemple, le maître devait simplement prendre la valeur de l'objet volé, ou s'il pouvait prélever le double ou le quadruple de cette valeur comme si le vol eût été commis par un étranger. Ulpien (L. 9, § 6 *de peculio*) nous montre que la première opinion était préférée.

Si la valeur du pécule se trouvait diminuée par le dol du maître, on ne tenait pas compte de cette diminution et la responsabilité du maître s'étendait au delà de la valeur effective (L. 21 *eod.*). Le créancier qui avait contracté avec un *vicarius*, ne pouvait poursuivre le maître que *de peculio vicarii*, tandis que celui qui contractait avec l'ordinaire avait action sur le pécule de l'*ordinarius* lequel comprenait celui du *vicarius* et le *vicarius* lui-même (L. 17 *eod.*).

L'action *de peculio* ne survit que pendant un an à la mort ou à l'affranchissement de l'esclave (L. 4 *pr. quando de pecul.*); le créancier qui est payé par cette action n'est pas obligé de rapporter aux autres créanciers qui se feront connaître (L. 6 *de tribut. act.*; L. 10 *de pecul.*).

§ 2. *Action de in rem verso.* — Cette action complétait l'action *de peculio* et était fort utile aux

créanciers quand cette dernière action n'était plus possible ; par exemple, lorsque le maître avait repris le pécule ou lorsque l'esclave était mort depuis plus d'un an (L. 1, § 1, *de in rem verso*). L'action *de in rem verso* était perpétuelle et permettait de recourir contre le maître dans la limite du bénéfice résultant des opérations de l'esclave. On comprend que l'esclave, pouvant obliger son maître pour la totalité du capital du pécule, devait à plus forte raison l'obliger jusqu'à concurrence des profits qu'il avait réalisés par cette gestion. Cette action qui avait pour but d'empêcher le maître de s'enrichir aux dépens des créanciers de l'esclave, était seule possible lorsque l'esclave, n'ayant pas de pécule, avait agi comme gérant d'affaires et avait par exemple emprunté de l'argent pour se nourrir, se vêtir (L. 3, § 3 eod.) pour payer les dettes de son maître ou réparer sa maison (Théophile IV, 7, § 4). Quand il avait fait des réparations voluptuaires ou acheté un objet, le maître n'était tenu que jusqu'à concurrence de la plus value introduite dans son patrimoine (L. 3, § 4 et L. 12 eod.). Peu importe que le profit ait disparu à l'instant où l'action est intentée, pourvu que l'opération ait été utile lorsqu'on l'a entreprise (L. 3, § 7 ; L. 8, L. 10, eod.).

D'après Gaius (L. 12, eod.) le maître, par l'action *de in rem verso*, ne peut jamais devoir plus que la valeur de l'objet acheté et il n'est tenu que du prix réel lorsque ce prix est inférieur à la valeur vénale ;

Ulpien, au contraire (L. 5 pr.), prétend qu'il faut distinguer si la chose était nécessaire ou ne l'était pas; dans le premier cas le maître sera tenu *in solidum*. Nous repoussons cette théorie, car on ne peut obliger le maître à payer 100 ce qui ne vaut que 50 sous le prétexte que la chose lui était nécessaire. La doctrine de Gaius nous paraît préférable.

On voit que l'action *de in rem verso* ne faisait pas double emploi avec l'action *de peculio*. Théophile (loc. cit.) dit que, si les deux actions concouraient, le juge commençait par examiner ce qui avait tourné au profit du maître, et lorsque cette somme ne suffisait pas pour désintéresser le créancier, il passait alors à l'estimation du pécule: il n'avait donc recours à cette opération difficile et compliquée que s'il ne pouvait pas faire autrement.

§ 3. *Action tributoire*. — Lorsque le maître préposait son esclave à son commerce, il était tenu *in solidum*; s'il lui donnait un pécule à administrer, il n'était tenu que jusqu'à concurrence du pécule et avait un privilège pour toutes ses créances naturelles. Entre ces deux situations extrêmes, il y avait place pour une action intermédiaire: si le maître tolère que son esclave fasse le commerce avec tout ou partie du pécule, il n'est pas tenu *in solidum*, mais il n'est pas non plus préféré aux créanciers; il vient en concours avec eux sur la partie du pécule qui a servi aux opérations commerciales. Les créanciers, dit Théophile (IV, § 7,

3), s'adressent au prêteur, lequel ordonne au maître de faire une masse de tout l'actif commercial et de le distribuer entre les créanciers, au prorata de leurs créances, le maître lui même concourt avec eux pour ses créances naturelles commerciales ou autres (L. 5, § 7, *de tribut*). Tous les créanciers, comme dans la faillite, sont mis sur la même ligne, à moins qu'ils n'aient reçu un gage (L. 5, § 8, *eod.*), l'on n'accorde aucun avantage au premier poursuivant (L. 6), et ceux qui sont payés doivent donner caution de rapporter, en cas de besoin, aux autres créanciers qui surviendraient pour prendre part à la distribution (L. 5, § 19).

Si le maître n'a pas fait un partage équitable, s'il a omis de rapporter ses dettes ou n'a calculé l'actif que sur une portion du pécule inférieure à celle qui a servi aux opérations de commerce, les créanciers lésés s'adressent de nouveau au prêteur qui leur donne alors l'action tributoire pour forcer le maître à rapporter à la masse ses dettes envers le pécule ou les valeurs qu'il a détournées (Théophile, *ibid.*).

Nous avons dit que l'action tributoire s'exerce seulement sur la partie du pécule qui a servi à faire le commerce (L. 5, § 11, *eod.*); quand il y a plusieurs maisons de commerce appartenant au même esclave, on fait une répartition de dividende séparée pour les créanciers de chaque entreprise (L. 5, § 15). Si l'esclave *ordinarius* prend un vi-

carius comme *institor*, le pécule tout entier de l'*ordinarius* répond des dettes du *vicarius* (L. 5, § 3).

L'action tributoire est perpétuelle, elle peut être intentée contre l'héritier du maître, mais non contre l'acquéreur de l'esclave (L. 7, § 5; L. 10, eod.).

Ce que nous avons dit des différentes actions données contre le maître montre que l'action tributoire n'est jamais aussi avantageuse que les actions *quod jussu*, exercitoire et institoire qui s'exercent sur tout le patrimoine du maître; elle doit être préférée à l'action *de peculio* lorsque le maître a d'importants prélèvements à faire, et à l'action *de in rem verso* lorsque les bénéfices ont été peu considérables.

SECTION III.

DANS QUELS CAS LE MAÎTRE N'EST-IL OBLIGÉ QUE COMME DÉTENTEUR DE L'ESCLAVE? (*Actions noxales.*)

Le propriétaire est entièrement responsable du dommage causé par sa chose lorsque le fait dommageable peut lui être imputé à faute, mais même lorsqu'il est étranger à ce fait, le droit romain admet une certaine responsabilité. Ainsi quand le dommage était causé par le méfait d'un esclave, l'action résultant du délit pouvait être intentée contre le maître; mais celui-ci avait la faculté

d'éviter la condamnation (L. 1, *de nox. act.*), et même de prévenir toute poursuite en abandonnant l'esclave coupable (L. 33 et 21 *eod.*), s'il lui était impossible de prévenir le délit (L. 2, § 1).

On appelait *noxæ* l'auteur du délit, c'est-à-dire l'esclave, et *noxia* le délit lui-même (*Instit.*, IV, 8, § 1); quelquefois cependant *noxæ* est employé comme synonyme de *noxia*. Lorsqu'on intentait une action contre le maître à raison du délit commis par l'esclave (*noxæ*), l'action était dite noxale, *noxalis*. Ce n'était pas une action d'une nature particulière, c'était l'action ordinaire née du délit (*furti, injuriæ, ex lege Aquilia, etc.*); mais avec cette alternative ajoutée à la condamnation : *aut noxæ dedere*; de telle sorte que le maître pouvait éviter la condamnation en abandonnant l'auteur du délit. Il eût été inique, dit Gaius (IV, § 75), que la méchanceté d'un esclave entraînaît pour le maître une perte supérieure à la valeur de l'esclave lui-même. Aussi la *noxæ deditio* n'empêchait pas que le maître fût tenu de l'enrichissement que le délit de son esclave avait pu lui procurer (L. 4, *de cond. furt.*).

Le maître n'était obligé que tant qu'il possédait l'esclave, et les actions noxales passaient contre les nouveaux maîtres qui acquéraient l'esclave : *caput sequuntur* (Gaius, IV, § 77). L'action se donnait donc contre la personne qui avait l'esclave coupable en son pouvoir, au moment de la *litis contestatio* ou qui, par son dol, avait cessé

de l'avoir (L. L. 12, 16 et 24, *de nox. act.*), et elle s'éteignait par la mort de l'esclave (L. 39, § 4; L. 42, § 1, *eod.*). Pour s'assurer du fait qui rendait le défendeur passible de l'action on pouvait, avant le procès, l'interroger, *interrogare in jure* (L. 21, § 2 et 6; L. 22, § 3 et 4, *eod.*), et pour constater l'identité du coupable on pouvait user de l'action *ad exhibendum* (L. 3, § 7, *ad exhib.*).

Le maître n'était tenu que de l'obligation résultant du délit, mais il pouvait se libérer en abandonnant l'esclave; l'abandon noxal était *in facultate solutionis*. C'est ce qui résulte clairement de la loi, § 1, *de re judic.* : *decem aut noxæ dedere condemnatus judicati in decem tenetur : facultatem enim noxæ dedenda ex lege accipit... noxæ deditio in solutione est.* Cependant les *Institutés* (IV, 6, § 31) classent l'action noxale parmi les actions arbitraires dans lesquelles le défendeur est condamné s'il ne donne pas au demandeur la satisfaction perscrite. On sait que les actions arbitraires servaient à obtenir du défendeur une prestation en nature, en lui faisant craindre une condamnation pécuniaire supérieure à la valeur du fait qu'on exigeait de lui; ainsi dans les revendications, dans l'action *ad exhibendum*, l'objet de l'obligation était la restitution, l'exhibition de la chose et la condamnation pécuniaire intervenait dans l'intérêt du demandeur pour le cas où le défendeur refusait de restituer ou d'exhiber (Gaius, IV, § 163). L'action noxale est

toute différente, car l'obligation est pécuniaire, et la faculté d'abandonner l'auteur du délit n'a lieu que dans l'intérêt du défendeur; c'est donc à tort que les *Institutes* citent cette action comme exemple d'action arbitraire.

La faveur accordée au maître serait devenue illusoire quand le délit avait été commis par plusieurs esclaves, puisque, dans ce cas, il était exposé à autant d'actions qu'il y avait de coupables; c'est pourquoi le préteur lui permit d'éviter l'abandon de tous ses esclaves en offrant une somme égale à celle qu'aurait dû payer un homme libre coupable du délit (L. 1 *si familia furt.*).

L'abandon noxal a pour effet de transférer le domaine quiritaire si le défendeur était propriétaire, dans le cas contraire il donne la possession *ad usucapionem*. Quand le maître refusait de défendre l'esclave ou de l'abandonner, le préteur ordonnait une *ductio* à la suite de laquelle l'esclave se trouvait *in bonis* du défendeur (L. 26, § 6, *de nox. act.*; L. 2, § 1, *si ex noxal.*)

La règle *caput actio sequitur* n'est plus vraie lorsque le maître pouvait empêcher l'esclave de commettre le méfait; pour certains délits, quand l'esclave avait agi sur l'ordre de son maître, on pensait même que le maître était le seul coupable *nam servum nihil deliquisse qui domino obtemperavit*. (L. 2, § 1.) Cependant l'ordre du maître n'est pas toujours une excuse, et quand l'esclave a commis un crime sur l'ordre de son maître et a

été ensuite affranchi, on a une action contre le maître et une autre contre l'ancien esclave (L. 17, § 7, *de injuriis*).

Le maître n'acquiert aucune obligation contre son esclave pour les délits que celui-ci a commis à son préjudice. Gaius (IV, § 78) et les Institutes (IV, 8, § 6) donnent pour motif qu'aucune obligation ne peut naître entre le père de famille et celui qui est dans sa puissance. La vraie raison c'est que le maître peut se faire justice lui-même : *neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare* (L. 17, pr. *de furtis*). Il ne pourra donc agir contre l'esclave après l'affranchissement, ni contre un acquéreur de l'esclave, l'action ne peut pas revivre, elle n'est jamais née. (L. 17, § 1, *de furtis*; L. 6, *an servus pro suo facto*, Code.) Mais il existait, au dire de Gaius (IV, § 78), une controverse entre les jurisconsultes de son époque, sur le point de savoir si l'action noxale peut renaître lorsque celui qui a souffert du délit est devenu propriétaire de l'esclave et l'a ensuite aliéné : les proculéiens pensaient que l'action se réveillait ou revivait, les sabinien soutenaient qu'elle s'était éteinte dès que l'individu lésé était devenu maître de l'esclave, et ne pouvait plus renaître (L. 18, *de furtis*). Justinien s'est rangé à cette dernière opinion (Inst. IV, 8, § 6; L. 37, *de nox. act.*).

En terminant, remarquons que si l'esclave abandonné à titre de noxe trouvait le moyen, en se

procurant de l'argent, d'indemniser son nouveau maître, il avait le droit de se faire affranchir par le préteur. Nous ne trouvons cette décision que dans les Institutes de Justinien et de Théophile (IV, 8, § 3). Il est probable qu'on étendit aux esclaves cette faveur autrefois réservée aux fils de famille qui avaient été l'objet d'un abandon noxal. (Coll. leg. mos., III, 2.)

CHAPITRE III

CAPACITÉ PERSONNELLE DE L'ESCLAVE POUR
ACQUÉRIR OU S'OBLIGER.

SECTION I.

CAPACITÉ POUR ACQUÉRIR.

§ 1. *Acquisitions dont l'esclave profite pendant la servitude.* — Nous avons vu que les acquisitions faites par l'esclave profitent à son maître, cependant cette règle souffre une exception. Certains droits essentiellement personnels étaient acquis à l'esclave sans que le maître en profitât au moins directement; ce sont les dettes alimentaires, le droit d'habitation, les *operæ*. Ces droits *quæ naturalem præstationem habere intelliguntur*,

comme dit la loi 8, *de cap. dim.*, ou *quæ in facto potius quam in jure consistunt*, aux termes de la loi 10 eod., n'entrent point dans le patrimoine du maître, car ils tendent à fournir la subsistance du bénéficiaire et à assurer sa vie matérielle plutôt qu'à lui procurer une valeur appréciable. C'est donc l'esclave, et non le maître, qui recueillera le legs d'aliments, c'est lui qui profitera du droit d'habitation ou d'*operæ*, qui aura été concédé, et c'est d'après les besoins de l'esclave que se mesureront les aliments et le logement. L'esclave, pour acquérir ces droits, n'a pas besoin, comme pour les autres legs, d'emprunter la capacité de son maître et il peut les réclamer quand même il est *servus sine domino* ou *servus pœnæ* (L. 45, § 1; L. 17 *de aliment*; L. 3 pr. et § 1 *de his quæ pro non scriptis*; L. 10 *de cap. dim.*; L. 10 pr. *de usu et hab.*).

§ 2. *Acquisitions dont l'esclave profite après son affranchissement.* — A. *Hérités.* — L'esclave pouvait être institué héritier par son maître, mais trois conditions étaient exigées, à l'époque classique, pour la validité de cette institution : 1° un affranchissement immédiat devait être légalement possible, ce qui excluait l'institution par une femme adultère au profit de l'esclave qui a été son complice (Instit. II, 14 pr.); 2° l'esclave devait pouvoir devenir citoyen romain, car, Latin, il ne recueillerait pas et, déditice, il n'aurait pas même la *factio testamenti* (Ulp. reg. 22, § 8);

3° il faut enfin que le testateur lui lègue expressément la liberté (Gaius, II, § 186 et 187). Ces deux dernières conditions disparaissent sous Justinien, car, à cette époque, il n'y a plus ni Latins, ni déditices, tous les affranchis deviennent citoyens; d'un autre côté, Justinien décida que le maître, en instituant son esclave, n'avait pas besoin de léguer expressément la liberté, puisque, sans affranchissement, l'institution n'aurait aucune valeur (Instit. II, 14 pr. et § 2); dès lors l'affranchissement fut sous-entendu.

Si le testateur est demeuré propriétaire de l'esclave jusqu'à son décès, l'esclave, à cette époque, deviendra immédiatement libre et héritier nécessaire. Cette faveur avait été introduite en vue du maître bien plutôt que dans l'intérêt de l'esclave. Lorsqu'un citoyen mourait insolvable, les héritiers siens pouvaient s'abstenir (Inst. II, 19, § 2) et les héritiers externes restaient étrangers à la succession en ne faisant pas adition; les créanciers du *de cuius* se faisaient alors envoyer en possession des biens et procédaient à une *venditio bonorum* qui entraînait l'infamie pour le défunt; en outre le culte domestique était interrompu, les *sacra* de la famille disparaissaient. Les Romains avaient donc un grand intérêt à être assurés d'un héritier, la création des héritiers nécessaires est la satisfaction donnée par la loi à cette préoccupation. Lorsqu'un citoyen craignait que personne ne voulût accepter sa succession, il instituait

son esclave ; celui-ci devenait héritier même malgré lui, il perpétuait le culte domestique et les biens étaient vendus sous son nom ; c'est lui et non son maître qui encourait l'infamie. Si le produit de la vente des biens héréditaires ne suffisait pas pour désintéresser les créanciers, l'esclave devenu libre restait personnellement tenu pour l'excédant. Le prêteur vient à son secours en lui accordant la *bonorum separatio* qui est analogue à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Mais l'esclave encourait toujours l'infamie qui était une conséquence légale de la vente en masse des biens héréditaires ; suivant l'opinion de Sabinus, rapportée par Fufidius, l'héritier nécessaire ne devait pas encourir l'infamie puisque la vente des biens n'avait pas été amenée par sa faute ; mais cette opinion ne prévalut pas (Gaius, II, § 454).

Bien que les affranchissements faits en fraude des créanciers fussent nuls, l'institution d'un esclave, pour que le maître insolvable fût assuré d'avoir un héritier, était vue avec tant de faveur que la loi Aelia-Sentia permettait aux esclaves ainsi institués de devenir citoyens romains quand même le maître aurait été mineur de vingt ans, l'esclave âgé de moins de trente ans, ou marqué au fer chaud (Ulp. I, § 14).

Le désir d'épargner l'infamie au défunt donna encore lieu à l'*addictio bonorum libertatum conservandarum causa* qui protège en même temps es affranchissements testamentaires. Sous Marc-

Aurèle, un certain Virginius Valens était mort laissant un testament par lequel il affranchissait plusieurs esclaves, l'institué répudia la succession, ce qui faisait tomber les affranchissements, les héritiers *ab intestat* s'abstinrent également et dès lors les créanciers pouvaient procéder à une *venditio bonorum*. L'un des esclaves affranchi par le testament, *Popilius Rufus*, s'adressa alors à l'empereur et obtint que la succession ainsi délaissée lui fût attribuée sous la condition de payer intégralement les dettes et de maintenir les affranchissements. Cette décision de Marc-Aurèle fut appliquée par la suite dans tous les cas semblables et la jurisprudence lui donna une large application (Inst. III, 44, § 1 et suiv.).

Lorsque l'esclave institué héritier par son maître a été affranchi du vivant de celui-ci, il est héritier externe et non héritier nécessaire, il peut choisir librement entre l'adition et la répudiation; s'il a été aliéné, il ne peut faire adition que sur l'ordre et pour le compte de son nouveau maître (Inst. II, 44, § 2). Nous avons vu qu'on pouvait valablement instituer héritier l'esclave d'autrui quand on avait *factio testamenti* avec le maître (Ulp. 22, § 9). Si cet esclave devient libre du vivant du testateur, ou même après sa mort, mais avant l'adition, il profitera lui-même de l'institution.

B. *Legs*. — L'esclave recueillait, après son affranchissement, les legs qu'on lui avait faits du-

rant l'esclavage, pourvu qu'il fût libre au moment du *dies cedens* et qu'il y eût *testamenti factio* entre son ancien maître et le testateur lors de la confection du testament. Quand un maître affranchissait directement son esclave par testament et lui laissait un legs, si le *dies cedens* avait été conservé au jour du décès, le legs aurait été nul, car il se serait fixé sur la tête de l'héritier; pour que l'esclave pût profiter du legs, on recula le *dies cedens* au jour de l'adition, ce qui avait pour résultat de faire acquérir le legs à l'esclave et, lorsqu'il s'agissait d'un pécule, d'y faire comprendre toutes les acquisitions réalisées *jacente hereditate*. (Inst. II, 20, § 20.) Lorsque le testateur avait oublié d'affranchir son esclave par testament, le legs qu'il lui faisait était nul, mais souvent les héritiers, s'inspirant de la volonté du défunt, affranchissaient l'esclave et lui abandonnaient son legs (Pline le jeune, L. IV, ép. 10).

D'après les lois caducaires, le célibataire ne pouvait recueillir ni succession ni legs et l'*orbis* n'avait droit qu'à la moitié de la disposition faite en sa faveur; ces lois ne paraissent pas avoir été appliquées aux esclaves qui recueillaient, après leur affranchissement, des successions ou legs en vertu de testaments faits pendant leur servitude. (L. 82 de acq. vel omitt.)

C. Créances. — Régulièrement, l'esclave ne pouvait, durant la servitude, acquérir une créance dont il profiterait après son affranchissement,

car tout ce qu'il acquérait par contrats appartenait à son maître et il ne pouvait être lui-même créancier. Cependant si le maître consentait à devenir débiteur de son esclave, une *obligatio naturalis* prenait naissance, et comme en matière d'obligation naturelle l'esclave n'a pas besoin d'emprunter la capacité de son maître, le *servus derelictus* ou *sine domino* pouvait lui-même profiter d'une obligation naturelle.

La *naturalis obligatio* du maître envers l'esclave a pour effet, durant l'esclavage, de faire estimer le pécule, en y imputant les dettes naturelles du maître, de même qu'on en déduit les dettes naturelles de l'esclave envers son maître; et pour apprécier la validité de ces dettes réciproques, à l'égard des créanciers agissant *de peculio*, on suit les règles du droit civil (l. 49, § 2 *de peculio*). Après l'affranchissement, le maître ne peut réclamer comme *indebitum* la somme par lui payée en vertu d'une obligation naturelle, quand même il se serait trompé sur la nature de la dette (l. 64 *de cond. indeb.*; l. 14 *de O. et A.*). La vente seule, suivant M. de Savigny (II, p. 407), ne pourrait jamais avoir lieu entre maître et esclave; il s'appuie sur les textes suivants : L. 14 § 3 *de in diem add.*; L. 16 *pr. de contr. empt.*; L. 45 de R. J., qui sont étrangers à cette question, et donne pour motif que l'on ne peut se vendre à soi-même et acheter sa propre chose. La même cause devrait empêcher les autres contrats, car on ne peut être

à la fois créancier et débiteur ; cependant il est certain que des obligations naturelles peuvent exister entre le maître et l'esclave. M. de Savigny s'est trompé, la vente est possible, et il suffit, pour s'en convaincre, de lire la loi 11, § 8 de *instit. act.* : *cum dominus a servo emit, est emptio*....

Quant aux contrats faits par l'esclave avec d'autres personnes que son maître, durant la servitude, ils produisaient une obligation naturelle après l'affranchissement, pourvu que les intérêts du maître ne fussent pas lésés. Cette règle ne se trouve inscrite nulle part au Digeste, mais la loi 7, § 18 de *pactis* en fait une application remarquable. Un esclave avait été, sous condition, affranchi par testament et institué héritier ; avant l'accomplissement de la condition, il fait un pacte avec les créanciers du défunt : lorsque la condition s'accomplira et qu'il deviendra libre et héritier, pourra-t-il opposer l'*exceptio pacti* aux créanciers qui réclameraient la totalité de leurs créances ? Non, dit Marcellus, car en principe l'esclave devenu libre ne profite pas des actes qu'il a passés durant l'esclavage ; cependant comme cette règle est faite dans l'intérêt du maître, qui n'est pas en jeu dans l'espèce, on accorde à l'esclave l'exception de dol à cause du dol que le créancier commet après l'affranchissement en poursuivant une obligation dont il a fait remise.

SECTION II

CAPACITÉ POUR S'OBLIGER.

L'incapacité de l'esclave ayant été surtout établie dans l'intérêt du maître, on comprend qu'il était plus facile à l'esclave de s'obliger que d'acquiescer. Cependant presque toutes les dettes résultant de contrats passés durant l'esclavage n'étaient que des dettes naturelles et les créanciers n'avaient pas d'action pour en poursuivre l'exécution après l'affranchissement. M. de Savigny (II, page 409) explique cette décision en disant que l'esclave qui contracte n'est censé engager que la fortune de son maître et qu'il eût été fort dur pour lui de supporter, sur ses biens personnels après l'affranchissement, les obligations qu'il a pu contracter pendant la servitude. Une obligation naturelle a bien rarement des conséquences fâcheuses, et si l'affranchi paye, c'est qu'il l'a bien voulu ou qu'il a commis une erreur dont il ne peut pas se plaindre. Cette explication fait comprendre et justifie les cas exceptionnels où l'affranchi pouvait être actionné à raison des dettes contractées par lui comme esclave.

§ 1. *Obligations civiles.* — A. *Dépôt.* — L'action *depositi* était donnée contre l'affranchi qui détenait encore la chose reçue en dépôt pendant qu'il était esclave (L. 21, § 1, de-

positi), il s'agissait là d'une restitution de la possession, ce qui ne devait pas se confondre avec les obligations résultant de contrats faits sur le pécule, car ces dernières concernaient le père de famille. — D'ailleurs, il n'y a lieu à l'action *depositi* que si l'affranchi détient encore la chose; dans le cas contraire, il ne peut être poursuivi; telle est du moins l'explication qu'on peut donner de la loi 1, § 18, *depositi*.

B. *Mandat, gestion d'affaires*. — L'esclave, après l'affranchissement, peut être poursuivi par l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* pour les actes qu'il a accomplis durant l'esclavage, pourvu que, devenu libre, il ait continué le mandat ou la gestion d'affaires et qu'il y ait connexité entre les actes commis après l'affranchissement et ceux qui ont précédé (L. 17 *de neg. gest.*; L. 37, *pr. de fideicomm. libert.*; L. 1. *An servus pro suo*, Code).

C. *Dette contractée pour obtenir l'affranchissement*. — Lorsqu'un maître consentait à affranchir son esclave, mais voulait continuer cependant à exiger de lui des *operæ*, il lui était fort difficile, dans la rigueur du droit, de garantir cette convention : l'esclave, avant l'affranchissement, ne pouvait faire avec son maître aucun contrat civilement valable; aussitôt après l'affranchissement, il pouvait s'obliger, mais son maître n'avait plus le droit de l'y forcer et la liberté était irrévocable. Voici la solution que les juris-

consultes imaginèrent pour triompher de cette difficulté : le maître faisait jurer à son esclave, avant de l'affranchir, que devenu libre il fournirait telles ou telles *operæ*; ce serment n'avait pas de valeur en droit civil, mais, aussitôt après l'affranchissement, on faisait de nouveau jurer à l'esclave ce qu'il venait de jurer un instant auparavant, il ne pouvait guère refuser de prêter ce nouveau serment qui était un véritable contrat *verbis* garanti par une action (L. 7, pr. et § 2 de *op. lib.*; L. 13, de *acceptil.*).

Ce contrat *verbis* pouvait être valablement consenti par un impubère (L. 44, pr. et § 2 de *lib. causa*; L. 7, § 5 de *op. lib.*) et, d'après un rescrit d'Hadrien, il ne produisait aucun effet lorsque le maître, au lieu d'affranchir spontanément, exécutait une obligation antérieure, un fidéicommiss par exemple (L. 7, § 4 de *op. lib.*). Par le *jusjurandum*, l'affranchi promet ordinairement des *operæ*; mais il peut aussi s'engager à payer une somme d'argent : *aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse jurare*. (Ep. de Gaius, II, 9, § 5.)

Gaius (III, § 83) cite le droit acquis par *jusjurandum* parmi ceux qui s'éteignent à l'adrogation du créancier; mais Justinien supprime le mot *jusjurandum* en reproduisant ce paragraphe. Les textes du *Digeste*, que nous avons cités, montrent que ce contrat existait encore sous Justinien; mais il était sans doute un peu tombé en désué-

tude pour deux motifs : au lieu du second serment, on fit souvent faire une stipulation; puis il semble que, dans le cas où aucune nouvelle promesse n'était faite après l'affranchissement, on protégea les intérêts du maître par une action de dol. Il y avait dol, en effet, puisque l'on n'avait affranchi qu'à la condition de jouir des *operæ* ou de recevoir une somme d'argent, et le dol était postérieur à l'affranchissement; il datait d'une époque où le coupable pouvait s'obliger. Au temps d'Ulpien (L. 7, § 8 *de dolo*), il n'y avait là qu'une obligation naturelle dont le cautionnement était valable, l'action de dol était donnée au fidéjusseur contre l'affranchi qui refusait de prendre l'obligation à sa charge et le patron lui-même y avait droit si le fidéjusseur était insolvable. Un rescrit d'Alexandre Sévère, inséré au code (L. 3 *an servus pro suo*), accorde au patron une action *in factum* lorsqu'il a omis de stipuler, après l'affranchissement, les prestations promises auparavant. Le texte latin n'est pas conforme aux Basiliques, et on a pensé qu'il contenait peut-être une erreur; il nous semble, au contraire, que si ce texte contenait une négation, l'explication en deviendrait plus difficile. Au lieu d'une action *ex stipulatu* on donne au patron une action *in factum*, parce que l'on considère sans doute qu'il s'est formé un contrat innommé sous la forme *facio ut des*.

D. *Délits*. — Nous avons vu que les actions

résultant des délits des esclaves étaient données, sous forme d'actions noxales, contre les possesseurs des coupables; après l'affranchissement, ces actions sont dirigées sous forme d'actions directes contre le coupable lui-même qui est devenu son maître (L. 14 de *obl. et act.*; — *Inst.* IV, 8, § 5).

Il n'y avait, en effet, aucun motif pour protéger l'affranchi contre les obligations résultant de ses délits : on ne pouvait pas, comme pour les contrats, supposer qu'il avait voulu agir pour le compte du maître, il doit donc subir les poursuites dès qu'il est capable de comparaître en justice. On pourra intenter contre lui l'action *furti*, pour le vol commis durant l'esclavage, mais non la *condictio furtiva*, car la première action est la seule qui naisse véritablement du délit, la seconde dérive plutôt de la possession illicite de l'objet volé, et certains textes la considèrent presque comme servant à la poursuite d'une obligation *quasi ex contractu*. C'est contre le patron que la *condictio furtiva* sera dirigée (L. 5 et 15 de *condict. furti*).

Les délits commis par l'esclave envers son maître ne donnent naissance, disions-nous, à aucune obligation, parce que le maître pouvait se faire justice lui-même; cette règle subit une exception : l'esclave affranchi par testament devient libre *ipso jure* au moment de l'adition et ne pourrait être châtié par l'héritier pour les vols commis

au préjudice de l'hérédité depuis la mort du *de cuius* jusqu'à l'adition. Pour que ces délits ne restent pas impunis, le préteur donne contre l'affranchi une action utile *in duplum* dans l'année qui suit l'affranchissement (L. 1, pr. et §§ 1, 2, 14 *si is qui testamento*).

§ 2. *Obligations naturelles.* — Certains textes disent que l'esclave n'est pas obligé par ses contrats : *servus ex contractibus non obligatur* (I. 43 *de ob. et act.*); *in personam servi nulla cadit obligatio* (L. 22, pr. de R. J.). C'est parce que, durant l'esclavage, le maître peut seul avoir à souffrir de ces obligations; mais l'esclave devenu libre est obligé naturellement en vertu des contrats qu'il a passés avec son maître ou avec des étrangers pendant la servitude. Plusieurs textes le disent formellement (L. 14 *de obl. et act.*). Sans doute les créanciers naturels ne peuvent agir contre lui pour le recouvrement de leur créance (L. 2 *an servus pro suo*, Code); mais cette dette produit les effets ordinaires des obligations naturelles : elle peut être valablement garantie par une fidéjussion (Gaius, III, § 419), après l'affranchissement, l'esclave qui la paye ne peut répéter (L. 43, pr. *de cond. indeb.*); enfin, s'il confirme son obligation au moyen d'une *expromissio*, l'opération n'est pas réputée donation (L. 19, § 5 *de donat.*).

Toutefois, il semble que la dette contractée pendant l'esclavage ne peut être opposée à l'af-

franchi que s'il a gardé son pécule et seulement jusqu'à concurrence des valeurs que le pécule contenait lors de l'affranchissement (L. 18, L. 19, pr. et § 1 *de neg. gest.*).

DROIT FRANÇAIS

DES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE, DES NULLITÉS DE MARIAGE, DES DISPENSES

INTRODUCTION

Les rédacteurs du Code civil, dans le titre *de mariage*, se sont inspirés de notre ancien droit qui, dans cette matière, appliquait le droit canonique légèrement modifié par les ordonnances des rois et la jurisprudence des parlements. Quant au droit canonique, il dérive du droit romain, et pour bien comprendre les textes qui règlent aujourd'hui les empêchements et les nullités de mariage, il est souvent nécessaire d'étudier de quelle manière les mêmes questions étaient comprises et résolues dans les législations antérieures.

En examinant les empêchements au mariage, je comparerai le droit actuel avec le droit ancien, mais auparavant il convient de préciser la forme

et le caractère du mariage dans ces anciennes législations et d'énumérer rapidement les empêchements qui s'y rencontrent.

DROIT ROMAIN

A Rome, le mariage ne dépendait pas, comme chez nous, de l'accomplissement de formes solennelles. La *coemptio*, vente fictive et solennelle de la femme au mari, et la *confarreatio*, cérémonie religieuse réservée pour le mariage des patriciens, avaient pour résultat de mettre immédiatement la femme *in potestate mariti*, mais l'*usus*, la cohabitation non interrompue pendant une année, produisait le même effet.

L'élément essentiel du mariage, c'était la volonté des époux, leur consentement et le fait de mettre la femme à la disposition du mari. De là l'expression *ducere uxorem* pour dire : se marier ; de là les cérémonies symboliques et religieuses dont l'acte principal était de conduire la femme dans la maison du mari. Ces cérémonies n'étaient pas nécessaires pour la validité du mariage, elles avaient seulement pour but de le rendre public et d'appeler sur lui la protection des dieux. Aussi le mariage pouvait-il avoir lieu en l'absence du mari, mais non en l'absence de la femme.

Sous les empereurs chrétiens, le mariage conserva le même caractère purement civil et consensuel. Justinien est le premier qui ait exigé une

formalité; par sa Nouvelle 74, il décide : 1° que les personnes revêtues de grandes dignités, jusqu'au rang d'*illustres*, ne pourront contracter mariage sans dresser un contrat dotal; 2° que les autres personnes, à l'exception des pauvres, des agriculteurs et des soldats seront obligées au moins de se présenter devant le défenseur de quelque église, de lui déclarer leur mariage et de faire connaître l'année, le mois et le jour où elles l'avaient formé, déclaration dont on devait prendre acte en présence de trois ou quatre témoins. Cette disposition paraît avoir été abrogée plus tard par la Nouvelle 117, ch. 4.

On comprend qu'en droit romain il ne pouvait pas exister d'empêchement prohibitif au mariage, tous les empêchements étaient dirimants.

Les Romains ont toujours pratiqué la monogamie, aussi l'existence d'un premier mariage non dissous empêchait-elle d'en former un second. Les autres conditions requises pour contracter mariage étaient : la puberté, le consentement des époux et de leurs pères de famille et enfin le *conubium*.

Ce mot, employé quelquefois dans la langue littéraire pour désigner le mariage lui-même, signifie à proprement parler, l'aptitude à contracter les *justiæ nuptiæ*; car, à côté des *justæ nuptiæ*, mariage légal des citoyens romains, le seul dont nous ayons à nous occuper, la loi reconnaissait un mariage du droit des gens, pour les étrangers, et le

concubinat, union dans laquelle la femme avait une situation inférieure et n'encourait pas les peines de l'adultère. Le concubinat était d'abord une union de fait entre personnes auxquelles des dispositions de lois, inspirées par des motifs politiques, interdisaient le mariage; sous Auguste il fut organisé régulièrement à l'occasion sans doute des lois caducaires. On trouve pour le concubinat les mêmes eupêchements que dans les *justæ nuptiæ*, à l'exception de ceux qui prohibent le mariage à raison de la condition sociale d'un des époux.

Le mariage était interdit :

1° Entre les citoyens romains et les Latins ou les étrangers; sous Caracalla tous les sujets de Rome reçurent le droit de cité, mais le mariage demeura interdit avec les barbares.

2° Entre patriciens et plébéiens, d'après la loi des XII tables; la loi Canuleia abrogea cette disposition.

3° Entre ingénus et affranchis; la loi Papiæ Poppææ, sous Auguste, permit ces unions.

4° La loi Julia, sous Auguste, défendit aux sénateurs et à leurs enfants d'épouser des affranchies, elle le permettait aux autres ingénus, mais ni les uns ni les autres ne pouvaient épouser des comédiennes, des prostituées, des condamnées; cette loi fut encore étendue par Constantin qui défendit aux sénateurs d'épouser des filles d'affranchis, de gladiateurs, de filles d'auberge, etc., *humiles abjectæve personæ*. Mais Justinien, épris de la comé-

dienne Théodora, fille d'un cocher du cirque, obtint de son oncle Justin, qui régnait alors, une constitution pour permettre aux plus hauts personnages d'épouser une comédienne qui aurait abandonné sa profession. Devenu empereur, il alla plus loin et, dans une nouvelle, permit aux plus grands dignitaires d'épouser même les femmes que Constantin qualifiait d'abjectes.

5° Le mariage était encore interdit entre le tuteur, le curateur ou leur fils et la pupille adulte à moins qu'elle n'eût plus de vingt-cinq ans ou qu'elle ne leur eût été fiancée par son père.

6° Entre celui qui exerce une fonction politique *officium* dans une province, comme un préfet, un président, un préfet militaire, ou leur fils, et une femme de cette province ; on craignait qu'il n'abusât de son autorité.

7° Entre la femme adultère et son complice.

8° Entre le ravisseur et la personne ravie.

9° Entre un juif et une chrétienne et réciproquement. Ce dernier empêchement a été introduit par les empereurs Arcadius et Honorius, le précédent a été créé par Constantin.

A côté de ces empêchements, dictés au législateur par ses idées politiques ou religieuses et sur lesquels nous n'aurons pas à revenir, le droit romain, comme toutes les législations des pays civilisés, reconnaissait des empêchements fondés sur la parenté et l'alliance : nous les examinerons en

étudiant les empêchements de même nature qui existent en droit français.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

§ 1. *Mariage des catholiques.* — L'usage s'introduisit de bonne heure, parmi les chrétiens, de faire bénir leur union par un prêtre; cette cérémonie, qui remplaçait l'ancienne *deductio in domum* et les rites pieux de la religion païenne, n'était pas obligatoire, même sous Justinien, elle le devint par une nouvelle de l'empereur Léon.

A l'occident, la société était bouleversée par les invasions successives des barbares. Dans les temps troublés qui suivirent, l'Église, par sa science, son esprit de suite et sa forte constitution hiérarchique, acquit une influence considérable, elle présidait aux principaux actes de la vie et, quant au mariage, « Jésus-Christ, dit Pothier, l'a élevé à la dignité de sacrement pour être le type et l'image de son union avec l'Église. »

Cette influence de l'Église fut bienfaisante au moyen âge; mais plus tard, quand l'ordre fut rétabli et que le pouvoir royal, enfin constitué, voulut secouer le joug qui pesait sur lui, elle résista à ces tentatives. « Le mariage, disaient ses écrivains, est un sacrement, et, par conséquent, quelque chose de spirituel; or la puissance séculière ne s'étend pas sur les choses spirituelles,

elle ne doit donc pas s'étendre au mariage; c'est donc une entreprise de la puissance séculière sur la puissance spirituelle lorsque les princes font des lois sur le mariage. »

A cette théorie, que nous avons vue reparaître de nos jours, Pothier répondait que le mariage est tout à la fois un contrat civil et un sacrement. Étant un contrat, « il appartient, de même que tous les autres, à l'ordre politique, et il est, en conséquence, sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour régler ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de cette société; et comme c'est le contrat qui intéresse le plus le bon ordre de cette société, il est d'autant plus sujet aux lois de la puissance séculière.

« Les princes ont donc le droit de faire des lois pour le mariage de leurs sujets, soit pour l'interdire à certaines personnes, soit pour régler les formalités qu'ils jugent à propos de faire observer pour le contracter valablement.

« Les mariages que les sujets contractent contre leurs dispositions, quand elles portent la peine de la nullité, sont entièrement nuls suivant la règle commune à tous les contrats : que tout contrat est nul quand il est fait contre la disposition des lois » (Pothier, n^{os} 44 et 42).

Le concile de Trente, cependant, frappait d'anathème ceux qui contestaient à l'Église le droit de créer des empêchements dirimants : « *Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impe-*

dimenta matrimonium dirimentia, vel in his constituendis errasse, anathema sit » (Sess. 24, C. 4); mais Pothier distinguait toujours le contrat civil et le sacrement : « L'Église, disait-il, n'a pu s'occuper que du sacrement; quant au contrat civil, elle n'a aucun pouvoir sur lui, les empêchements que l'Église établit, seuls et par eux-mêmes ne peuvent concerner que le sacrement et ne peuvent donner atteinte au contrat civil. Or il n'y a pas en ce cas de sacrement de mariage; car il ne peut y avoir de sacrement sans la chose qui en est la matière, le contrat civil étant la matière du sacrement de mariage, il ne peut y avoir un sacrement de mariage lorsque le contrat civil est nul; de même qu'il ne peut y avoir un sacrement de baptême, sans l'eau qui en est la matière. » (Pothier, n^o 12.) Et Pothier, à l'appui de cette doctrine, cite l'exemple des empereurs chrétiens du bas empire qui, sans opposition de la part de l'Église, firent des lois sur le mariage.

Malheureusement, en France, le mariage ne pouvait résulter que du sacrement conféré par le prêtre; la religion catholique était la seule reconnue, et l'on sait avec quelle rigueur étaient poursuivis les hérétiques. Le clergé, en célébrant le mariage religieux, créait en même temps un contrat civil et, à cet égard, il agissait en vertu d'une sorte de délégation de la puissance temporelle.

« Lorsque le prince, dit Pothier, pour entretenir le concert qui doit être entre le sacerdoce et

l'empire, a adopté et fait recevoir dans ses États les canons qui établissent des empêchements, l'approbation que le prince y donne rend les empêchements établis par ces canons, empêchements dirimants de mariage, même contrat civil. »

Des ordonnances royales réglait la tenue des registres de l'état civil, elles étaient fort incomplètes et mal observées ; sur les plaintes des parlements, la Déclaration royale du 9 avril 1736 vint préciser les devoirs du clergé, en ce qui concerne la tenue des registres de baptêmes, mariages, sépultures, vêtures, noviciats, etc. Cette déclaration, rédigée par d'Aguesseau, est un Code complet de la tenue des registres de l'état civil.

Les ordonnances et les canons reçus en France devaient donc être les seules lois observées touchant le régime matrimonial. Pour faire respecter ces principes, il y avait l'appel comme d'abus. Mais la confusion entre le droit civil et le droit ecclésiastique, entre le contrat civil et le sacrement, n'en était pas moins regrettable.

L'on disait jadis :

Boire, manger, coucher ensemble,
C'est mariage ce me semble ;

car les mariages pouvaient se faire par paroles de présent et par paroles de futur. Il y avait mariage par paroles de présent quand les époux se disaient l'un à l'autre : « Je vous prends à épouse, je vous prends à époux. » Dans les mariages par

paroles de futur, les fiancés se promettaient l'un à l'autre « de se prendre à épouse et à époux ; » s'il y avait ensuite cohabitation, le mariage était parfait et accompli. Cet usage a été aboli par le concile de Trente qui, dans sa session 24, ouverte le 11 novembre 1563, prohibe les mariages clandestins et exige que les unions soient célébrées par le propre curé des contractants, après publications et en présence de témoins. Presque toutes les dispositions du concile de Trente, en ce qui concerne le mariage, ont été reçues en France et confirmées par l'Ordonnance de Blois, en mai 1579 (art. 40 et suiv.). Aussi, Loysel, dans ses *Institutes coutumières*, en rapportant le dicton que nous avons cité plus haut, ajoute : *mais il faut que l'Église y passe* (I, 2, § 6).

Les empêchements prohibitifs, très-nombreux jadis, dans le droit canonique, avaient été réduits à deux dans le dernier état du droit : le vœu simple de chasteté et le contrat de fiançailles (Pothier, 87 et 88). Le droit civil reconnaissait deux autres empêchements prohibitifs résultant : 1^o d'oppositions faites au mariage ; 2^o du défaut de consentement des parents, lorsque le fils ou la fille avait plus de vingt-cinq ans.

Les empêchements dirimants du droit canonique étaient résumés par ces vers :

« Error conditio votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas ;

Si sis affinis ; si forte coire nequibus ;
Si parochi et duplicis desit præsentia testis,
Raptave si mulier nec loco reddita tuto.
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant. »

Les empêchements dirimants résultaient donc :
1° de l'erreur ; 2° de la condition (lorsqu'on avait épousé un mort civil) ; 3° du vœu solennel de chasteté ; 4° de la parenté ; 5° du crime (ainsi, une veuve ne pouvait épouser celui qui l'avait aidée à tuer son mari ou celui qui entretenait avec elle des relations adultères) ; 6° de la différence de religion ; 7° de la violence ; 8° du sacrement de l'ordre ; 9° de l'existence d'un précédent mariage ; 10° de l'honnêteté publique ; 11° de l'alliance ; 12° de l'impuissance ; 13° de la clandestinité ; 14° du rapt.

En outre, d'après les ordonnances, le défaut de consentement des parents entraînait nullité du mariage pour les mineurs de vingt-cinq ans.

§ 2. *Mariage des non-catholiques.* — La confusion qui existait dans notre ancien droit entre le mariage considéré comme sacrement et le mariage contrat civil, avait surtout des conséquences déplorables pour les Français qui n'appartenaient pas à la religion catholique, notamment pour les protestants.

L'édit de Nantes du mois d'avril 1598, en permettant aux protestants l'exercice public de leur religion, donnait un caractère légal aux mariages qu'ils contractaient devant leurs pasteurs. Mais

l'art. 23 de l'édit dispose que les protestants doivent se conformer aux lois de l'Église catholique, reçues dans le royaume en ce qui concerne les empêchements de mariage résultant de la parenté et de l'alliance. Comme ces prohibitions étaient fort étendues, la déclaration du 30 avril 1598, qui suivit la publication de l'édit de Nantes, se montra moins rigoureuse et permit aux protestants le mariage entre personnes parentes au 3^e et 4^e degré. Quant aux mariages qui auraient été contractés entre parents au 2^e et 3^e degré, le roi promettait d'accorder telles provisions qui seraient nécessaires.

Sous Louis XIV, la persécution contre les protestants recommence : un édit de novembre 1680 porte défense aux catholiques de contracter mariage *avec ceux de la religion prétendue réformée*; un arrêt du Conseil du 15 septembre 1685 ne permet aux protestants de se marier entre eux qu'à la condition de faire célébrer leur union par leurs ministres, en présence du principal officier de justice de la résidence : les proches parents des futurs époux peuvent seuls assister au mariage. Enfin, au mois d'octobre de la même année, la révocation de l'édit de Nantes prive les protestants de tout état civil, et Louis XV, par la déclaration du 14 mai 1724, confirme les dispositions de son prédécesseur.

Les protestants, qui ne veulent pas abjurer leur foi et qui répugnent à aller devant le curé en se

faisant passer pour catholiques, se marient alors *au désert*, devant les ministres de leur religion ; mais ces mariages sont absolument nuls au point de vue civil. D'autres fois ils s'adressent à un notaire pour faire dresser acte de leur volonté de se prendre mutuellement pour mari et pour femme ; mais l'arrêt de règlement du 5 septembre 1680 et la déclaration du 15 juin 1697, ainsi que l'édit du mois de mars précédent, rappellent que ces mariages sont sans valeur depuis l'Ordonnance de Blois, que le propre curé des contractants a seul qualité pour procéder au mariage, et prononcent des peines contre les notaires qui recevraient de pareils actes. Quelquefois, enfin, les protestants vont se marier devant les pasteurs des ambassades de Suède, de Danemark et de Hollande.

C'est seulement à la veille de la Révolution, par l'édit de novembre 1787, que l'état civil fut rendu aux protestants. « Nous avons considéré, dit Louis XVI, dans le préambule de cet édit, que les protestants, ainsi dépouillés de toute existence légale, étaient placés dans l'alternative inévitable, ou de profaner les sacrements par des conversions simulées, ou de compromettre l'état de leurs enfants en contractant des mariages frappés d'avance de nullité par la législation de notre royaume. » L'édit décide que les parties pourront se marier avec l'assistance de quatre témoins, soit devant le curé de leur domicile, soit devant le premier officier de la justice royale ou seigneu-

riale, dans le ressort duquel elles ont leur domicile. Les publications doivent être faites à la porte de l'église, lors de la sortie de la messe, par le curé ou par le greffier de la justice principale du lieu (art. 10 et 12). Les empêchements au mariage sont les mêmes que pour les catholiques. Le premier officier du bailliage peut accorder dispense de publications et de parenté, au delà du troisième degré; les dispenses pour les degrés antérieurs sont expédiées en la grande chancellerie (art. 15).

Cet édit concerne tous ceux qui ne faisaient pas profession de la religion catholique, cependant il ne paraît pas s'être appliqué aux Juifs.

Jusqu'au quinzième siècle, les Juifs étaient considérés comme des ennemis au sein de la société; les idées de tolérance finirent peu à peu par prévaloir, mais même au dix-huitième siècle, on considérait à peine les juifs comme des Français. « Le juif, disait-on, n'a point de domicile dans le royaume, il n'est citoyen nulle part et, quoique né Français, il est étranger dans chaque ville » (Denisart, V° *Juif*). C'est qu'en effet, presque tous les Juifs qu'on rencontrait en France, avaient une origine étrangère. Dans le Midi, c'étaient des Juifs espagnols ou portugais, expulsés par l'édit de Ferdinand et d'Isabelle, ou qui avaient fui les bûchers de l'inquisition. Des lettres patentes de Henri II, vérifiées en la Cour, le 22 décembre 1550, leur permettaient de s'établir dans le

royaume et d'y *vivre suivant leurs usages*. Dans l'Est, c'étaient des Juifs allemands qu'on avait trouvés établis à Metz et en Alsace lors de la réunion de ces pays à la France, ou dont on avait toléré l'immigration. Pour le mariage, les Juifs suivaient leurs coutumes, ils pouvaient épouser leur nièce, se marier avant l'âge de puberté, sans le consentement de leurs parents, sans l'intervention d'un ministre de leur religion ; il suffisait, du moins dans le Sud-Ouest, que le mari mit un anneau au doigt de sa femme en lui disant : Je vous épouse selon la loi de Moïse. Il semble même que les tribunaux reconnaissent aux Juifs le droit de divorcer (*aff^{re} Peixotto; Choix de nouvelles causes célèbres, par des Essarts, Paris, 1786*); mais la jurisprudence n'était pas bien fixée sur ce point (Denisart et Merlin, v^o *Juifs*).

En Alsace, les Juifs étaient tolérés avec peine, et l'on craignait de les voir se multiplier : des lettres patentes du 10 juillet 1784 leur défendent de se marier, même à l'étranger, sans une permission expresse du roi.

C'est seulement par le décret du 27 septembre 1791, que tous les Israélites demeurant en France furent déclarés citoyens français.

DROIT INTERMÉDIAIRE.

Quand le décret des 12 juillet et 24 août 1790 sur la constitution civile du clergé eut jeté la per-

turbation dans l'Église de France, les catholiques demeurés fidèles aux prêtres réfractaires, se trouvèrent, au point de vue de l'état civil, dans une situation assez semblable à celle dont les protestants avaient tant souffert.

Le 15 mai 1791 une députation de la municipalité de Paris vint à l'Assemblée nationale dénoncer ce fait et signaler le danger ; Bailly portait la parole : il demanda, en présence des opinions religieuses qui semblaient séparer la nation en deux camps adverses, que dorénavant les officiers municipaux fussent seuls chargés de la rédaction des actes de l'état civil. Conformément à cette demande, la Constitution du 3 septembre 1791 déclara, dans l'art. 7 du titre II, que la loi ne doit considérer le mariage que comme contrat civil, et elle promit une loi qui devait établir, pour tous les habitants sans distinction, la manière de constater les actes de l'état civil et désigner les officiers publics qui seraient chargés de recevoir et conserver ces actes.

Mais la loi se fit longtemps attendre ; elle avait de nombreux adversaires, et l'on tentait d'obtenir l'ajournement indéfini de la question. « J'ose dire, s'écrie François de Neufchâteau à la séance du 17 mars 1792, que la France ne supportera pas en ce moment une innovation qui paraîtrait toucher aux dogmes religieux ; quoique nous soyons dans le siècle de la philosophie, le peuple n'est pas encore philosophe. » Cependant, la dis-

cussion fut poursuivie, et le 20 septembre 1792, une loi vint enfin réaliser les promesses de la Constitution de 1791.

Cette loi ne contient aucun empêchement de mariage résultant de la condition des futurs époux, et réduit dans des limites étroites les empêchements qui naissent de la parenté ou de l'alliance. Le soin de recevoir et de conserver les actes de l'état civil est confié aux municipalités.

CODE CIVIL.

Le titre *du mariage*, au Code civil, repose sur les mêmes principes que la loi de 1792. Portalis, dans l'exposé des motifs de ce titre, dit que le mariage est « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à supporter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée. » C'est un contrat purement civil; il se forme par une déclaration solennelle des époux, faite publiquement devant l'officier d'état civil, qui en dresse un double procès-verbal sur des registres.

Trois conditions sont nécessaires pour l'existence même du mariage :

- 1° La différence de sexe ;
- 2° Le consentement des époux ;
- 3° La célébration par un officier public.

En outre, les parties contractantes doivent jouir de la vie civile.

Nous examinerons, à propos des actions en nullité de mariage, quel intérêt il y a à distinguer entre un mariage *nul*, parce qu'une de ces conditions fait défaut, et un mariage *annulable*, parce qu'il a été contracté malgré l'existence d'un empêchement dirimant.

Les empêchements prohibitifs, c'est-à-dire ceux qui interdisent à l'officier de l'état civil de procéder au mariage, mais qui ne peuvent entraîner la nullité du mariage quand il est célébré, sont les suivants :

1° Le défaut d'actes respectueux pour requérir le conseil des ascendants, lorsque les futurs ont passé l'âge où le consentement des ascendants est nécessaire ;

2° Le défaut de publications ;

3° L'existence d'une opposition au mariage ;

4° L'inobservation, par la femme, du délai de dix mois de viduité ;

5° La parenté et l'alliance qui résultent de l'adoption ;

6° Le défaut d'autorisation des supérieurs militaires ;

7° L'absence d'une des pièces dont le Code exige la remise à l'officier d'état civil.

Les causes de nullité, et par ce mot on comprend les empêchements dirimants ainsi que les vices de forme qu'on ne peut, à proprement par-

ler, qualifier d'empêchements, les causes de nullité, disons-nous, sont instituées, les unes pour garantir l'ordre public et la société, les autres pour protéger un intérêt purement privé.

Pothier (n° 444) appelait les premières nullités *nullités absolues*, et les secondes *nullités relatives* ou *vices respectifs*. Au Conseil d'État, on avait pensé à faire passer dans le Code ces dénominations jadis usitées et dont se servent encore les jurisconsultes, mais on s'arrêta devant la difficulté d'en donner une explication satisfaisante.

Les causes de nullités relatives sont :

- 1° Les vices du consentement des époux ;
- 2° Le défaut de consentement de la famille.

Les causes de nullités absolues sont :

- 1° L'impuberté ;
 - 2° L'existence d'un précédent mariage ;
 - 3° La parenté au degré prohibé ;
 - 4° L'alliance au degré prohibé ;
 - 5° La clandestinité ou défaut de publicité ;
 - 6° L'incompétence de l'officier public qui a célébré le mariage.
-

...qualité d'empêchement, les causes de nul-
lité, disons-nous, sont insubstantielles, les unes pour
savoir l'ordre public et la société, les autres

PREMIÈRE PARTIE

DES EMPÊCHEMENTS PROHIBITIFS

I

ACTES RESPECTUEUX.

Dans le droit romain, la nécessité, pour les enfants, d'obtenir le consentement de leurs parents à leur mariage, était une conséquence de la puissance paternelle et ne cessait que lorsque l'enfant devenait *sui juris*; dans notre ancien droit, la nécessité du consentement n'est plus fondée sur l'intérêt exclusif de la puissance paternelle, car droit de puissance paternelle n'a lieu, dit Loysel (*Inst. cout.*, I, 1, § 37), elle est fondée sur l'intérêt des enfants et aussi « sur le premier commandement de la seconde Table, contenant l'honneur et la révérence qui est due aux parents » (*Préambule de la déclaration du 26 novembre 1639*); les mêmes motifs servent encore aujourd'hui de base à cette obligation.

Comme conséquence de ce principe, on décida dans l'ancien droit que l'enfant pourrait valablement contracter mariage, sans le consentement

de ses parents, lorsque son âge peut faire supposer qu'il a acquis la maturité d'esprit, nécessaire pour ne pas céder trop facilement aux entraînements de la passion; mais on considéra que le respect dû aux parents exigeait que l'enfant sollicitât leur conseil. Cette théorie a passé dans notre Code.

L'art. 2 *in fine* de la déclaration du 26 novembre 1639 est ainsi conçu : « Enjoignons aux fils qui excèdent l'âge de trente ans et aux filles qui excèdent celui de vingt-cinq, de requérir par écrit l'avis et consentement de leurs père et mère pour se marier, sous peine d'être exhérés par eux suivant l'édit de 1556. » La disposition n'atteignait que les filles célibataires, l'édit de mars 1697 l'étendit aux *filles veuves* majeures de vingt-cinq ans. Ainsi, après un certain âge, il n'était pas nécessaire d'obtenir le consentement des parents pour que le mariage fût valable, il suffisait de le demander, et si on omettait cette formalité, l'enfant était exhérédié, mais son mariage était valable. Nous verrons que le mariage contracté par un fils majeur de vingt-cinq ans, sans le consentement de ses parents, était valable, mais c'est seulement à partir de trente ans que le fils pouvait faire des *sommations respectueuses*. Un arrêt de la Cour du Parlement, du 27 août 1692, a réglé la forme des *sommations respectueuses*; les enfants obtenaient, sur requête, une permission des juges royaux du domicile des parents et

les sommations étaient faites par deux notaires royaux ou un notaire royal et deux témoins, qui signaient le procès-verbal avec le notaire.

Le droit intermédiaire décidait qu'à partir de vingt et un ans les enfants pouvaient se marier sans le consentement de leurs parents et n'étaient pas tenus de requérir leur conseil. Le Code civil est revenu au système de l'ancien droit.

Le fils majeur de vingt-cinq ans, la fille majeure de vingt et un ans, doivent justifier du consentement de leurs ascendants ou requérir leur conseil par des *actes respectueux*, à moins que ces ascendants ne soient dans l'impossibilité de donner un consentement valable. Il s'agit des ascendants dont le consentement serait nécessaire si les futurs époux étaient mineurs. L'absence de ces formalités ne rend pas le mariage annulable, mais l'officier d'état civil peut être condamné à une amende de 300 francs au plus et à un emprisonnement de un mois au moins, les époux sont exposés à une amende proportionnée à leur fortune (156, 157, 192 CC.).

L'acte respectueux est notifié aux ascendants par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, et, dans le procès-verbal qui en est dressé, il doit être fait mention de la réponse (art. 154); si les ascendants sont absents de leur domicile ou en défendent l'entrée, le procès-verbal peut être notifié aux voisins (58 C. pr. civ.).

Lorsque le fils est âgé de vingt-cinq à trente

ans, et la fille de vingt et un à vingt-cinq ans, il est nécessaire de faire trois actes respectueux de mois en mois; après trente ans pour le fils et vingt-cinq ans pour la fille, un seul acte respectueux est suffisant. L'officier d'état civil ne doit procéder au mariage qu'un mois après le dernier ou le seul acte respectueux (art. 152, 153).

II

PUBLICATIONS.

Pour faire connaître les projets de mariages et mettre ainsi les personnes intéressées et le public en demeure de faire valoir les empêchements qui peuvent exister, le Code a organisé une publicité dont il avait trouvé le modèle dans l'ancien droit.

Le concile de Latran, sous Innocent III, ordonnait que les mariages fussent précédés de trois bans faits par le curé au prône; cette prescription fut confirmée par l'article 40 de l'ordonnance de Blois (mai 1579): « Avons ordonné et ordonnons que nos sujets ne pourront valablement contracter mariages sans proclamations précédentes des bans faites par trois divers jours de festes avec intervalle competent. »

La loi du 20 septembre 1792, titre IV, sec-

tion 2, ordonne également de publier « les promesses réciproques des époux, » mais elle n'exige qu'une seule publication « faite le dimanche, à l'heure de midi, devant la porte extérieure et principale de la maison commune par l'officier public. » Le mariage ne peut être contracté que huit jours après la publication, et, pendant ce délai, un extrait de l'acte reste affiché à la porte de la mairie. Le décret du 25 vendémiaire an II permit de faire la publication tous les jours de la décade indistinctement; un arrêté des Consuls du 7 thermidor an VIII ordonna de faire la publication les jours de décadi; enfin, un arrêté du 13 floréal an X revint au système de la loi de 1792, en exigeant que la publication eût lieu le dimanche.

Le décret du 14 septembre 1793, art. 3, décide que lorsqu'il sera impossible de faire les publications au lieu du domicile des futurs époux, le défaut de ces publications ne pourra faire obstacle au mariage, et les publications faites au lieu de la résidence seront suffisantes; cette décision fort sage devrait être appliquée encore aujourd'hui.

Les rédacteurs du Code Civil ont pensé qu'une seule publication était insuffisante et ils en exigent deux, toutefois des dispenses peuvent être accordées pour la seconde publication.

Les articles 63 et suivants du Code Civil reproduisent, en les complétant, les dispositions de la loi du 20 septembre 1792. L'officier de l'état

civil fait les publications à huit jours d'intervalle, le dimanche, devant la porte de la maison commune ; ces publications, et l'acte qui en est dressé, doivent énoncer les noms, prénoms, professions et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Cet acte est inscrit sur un seul registre et un extrait en reste affiché à la porte de la maison commune pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication. Le mariage ne peut être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication, c'est-à-dire le mercredi qui la suit. Si le mariage n'est pas célébré dans l'année qui suit l'expiration du délai de publication, il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites. Telles sont les principales dispositions contenues dans les articles 63 et suivants, mais, dans la pratique, on ne fait pas de proclamation à haute voix, la publication consiste seulement dans l'affichage de l'extrait.

L'officier de l'état civil a seul qualité pour faire les publications, et il ne peut refuser d'y procéder lorsque les futurs époux le lui demandent. Si une seule des parties se présente pour requérir la publication, il doit s'assurer du consentement de l'autre partie pour éviter une mystification ou un scandale, et il doit demander les renseignements nécessaires pour rédiger l'acte de publication et

d'affiches avec les énonciations indiquées par l'art. 63. Mais il ne peut exiger la remise des actes de l'état civil tels que actes de naissance des futurs, actes de décès des parents, etc. L'avis du conseil d'État du 30 mars 1808 déclare en effet : « les formalités susdites (rectification d'actes erronés) ne sont exigibles que lors de l'acte de célébration et non pour les publications qui doivent toujours être faites conformément aux notes remises par les parties. » Les maires doivent simplement insister auprès des parties pour leur faire comprendre combien il importe que les notes, par elles remises, soient exactes, car si ces notes renfermaient des erreurs graves, les publications seraient sans effet et devraient être renouvelées. (Circul. du proc. de la Rép. de la Seine du 25 juin 1874.)

Quelques auteurs ont soutenu que le maire pouvait exiger la remise préalable du consentement des père, mère, tuteur ou curateur avant de publier les bans, mais le Code Civil ne contient rien de semblable ; l'avis du 30 mars 1808 semble indiquer que l'officier d'état civil doit, dans tous les cas, se contenter des notes qui lui ont été remises, et l'art. 168, en déclarant que les parties contractantes, si elles sont sous la puissance d'autrui, doivent faire faire des publications à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquelles elles se trouvent, paraît supposer que ces parents ont pu ignorer le projet de mariage, et que par

conséquent ils n'ont pas dû nécessairement y consentir.

Nous verrons que les parties peuvent se marier à la mairie de leur domicile ordinaire ou à la mairie du lieu où elles ont une résidence de six mois. Si elles se marient à leur domicile ordinaire, il suffit de faire les publications à la mairie de ce domicile (art. 166). Si le mariage doit avoir lieu dans une commune où l'une d'elles a le domicile spécial résultant d'une résidence de six mois, les publications doivent être faites à la mairie de cette commune et à la mairie de leur domicile ordinaire (art. 167). Enfin, d'après l'art. 168 que nous avons cité plus haut, lorsque les futurs époux sont mineurs quant au mariage, les publications doivent être faites en outre au domicile des personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent à cet égard, telles que les ascendants, le tuteur *ad hoc* ou le conseil de famille. Cette obligation n'existe pas lorsque l'enfant ne doit faire que des actes respectueux, car on ne peut plus dire alors qu'il soit *sous la puissance* d'autrui quant au mariage; telle était la doctrine de l'ancien droit, et rien n'indique que le Code ait eu l'intention d'innover.

Le Parquet du tribunal de la Seine a plusieurs fois conseillé aux maires, qui le consultaient, d'exiger que les publications fussent faites au précédent domicile lorsque le mariage doit être célébré dans une commune où l'un des futurs époux

a son domicile ordinaire depuis moins de six mois. Ce conseil est fort sage et nous paraît conforme à l'intention du législateur. On a soutenu que le mariage ne pouvait être célébré au domicile ordinaire que si le futur époux y résidait depuis plus de six mois, cette opinion est généralement abandonnée, nous l'étudierons à propos de la compétence de l'officier d'état civil; mais lorsqu'un homme vient à Paris, fait une déclaration de domicile conformément à l'article 104 et veut se marier douze jours plus tard à la mairie de ce nouveau domicile, les publications faites à cette seule mairie, dans un pays où personne ne le connaît, seraient absolument illusoires. Bien que l'art. 167 ne paraisse exiger les publications au précédent domicile que si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, il faut évidemment en étendre l'application au cas où le domicile actuel n'est établi que par le transport du principal établissement depuis moins de six mois. Les publications se faisaient ainsi sous la législation intermédiaire (décret du 22 germinal an II), et le Code n'a pas innové sur ce point. (Comparez loi fédérale allemande du 6 février 1875, art. 46, n° 3 : « La publication doit être affichée : ... également si l'un des futurs époux a changé son domicile depuis moins de six mois, dans la commune de son précédent domicile.) »

Proudhon pensait que le défaut absolu de pu

blications était une cause de nullité. Il se fondait sur cette phrase de Portalis dans son discours de présentation : « on place encore parmi les mariages clandestins, ceux qui n'ont point été précédés des publications requises, ou qui n'ont point été célébrés devant l'officier de l'état civil que la loi indiquait aux époux. La nullité des mariages clandestins est évidente. » Il s'appuyait en outre sur l'art. 170 qui déclare valables les mariages célébrés à l'étranger selon les formes du pays, *pourvu qu'ils aient été précédés* des publications prescrites par l'art. 63. Mais tout le monde aujourd'hui reconnaît que l'absence de publications est un simple empêchement prohibitif. L'art. 170 est étranger à notre matière et n'a trait qu'aux mariages célébrés en pays étranger ; quant à ce que dit Portalis, on trouve dans le même discours une autre phrase qui précise le sens de la première : « l'omission de ces publications et l'inobservation des délais dans lesquels elles doivent être faites, *peuvent* opérer la nullité du mariage *dans certains cas.* » (Fenet, IX, p. 164.)

Jamais le défaut de publications n'entraîne à lui seul la nullité des mariages : l'art. 191 ne donne le droit que d'attaquer le mariage *qui n'a pas été contracté publiquement* et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent. L'art. 192, qui prévoit le défaut de publication, inflige simplement une amende à l'officier public, aux parties et à ceux sous la puissance desquels elles

ont agi. Mais si le défaut de publications se complique d'un vice de la célébration, le juge appréciateur de la publicité admettra plus facilement que le mariage a été clandestin. C'était déjà la solution de l'ancien droit, et Pothier (n° 69) cite plusieurs arrêts qui ont déclaré valables des mariages contractés entre majeurs sans publication de bans.

III

OPPOSITION AU MARIAGE

Les actes d'opposition au mariage doivent être signés sur l'original et sur copie par les opposants ou par leurs fondés de procuration spéciale et authentique; ces actes sont signifiés, par ministère d'huissier, à la personne et au domicile des parties et à l'un quelconque des officiers d'état civil à la mairie desquels le mariage est publié. L'officier d'état civil met son visa sur l'original de l'opposition (art. 66) et fait une mention sommaire de cette opposition sur le registre des publications (art 67). L'officier d'état civil qui doit procéder au mariage se fait remettre auparavant des certificats de publications, et les extraits qui lui sont délivrés lui font connaître les oppositions qui ont pu être faites; en cas d'opposition, il ne peut cé-

lébrer le mariage avant qu'on lui ait remis la mainlevée, sous peine de 300 francs d'amende et de tous dommages-intérêts (art. 68).

Le Code Civil, afin d'empêcher les abus que le droit d'opposition pourrait entraîner, en a limité l'exercice à certaines personnes qui sont :

1° Les ascendans des futurs époux. — Leur droit d'opposition est absolu en ce sens que la loi ne détermine pas les causes en vertu desquelles il peut être exercé ; il est une sorte d'attribut de l'autorité paternelle, et par cela même il n'appartient pas à tous les ascendans collectivement, mais seulement à ceux qui, en supposant le futur époux mineur, auraient le droit de consentir à son mariage (art. 173). Tant que le futur époux est mineur, une opposition des parents n'est pas nécessaire, puisque l'officier de l'état civil est tenu de s'assurer de leur consentement ; mais s'il est majeur, les ascendans trouvent dans le droit d'opposition un moyen de retarder le mariage. Sans doute le tribunal ne pourra maintenir leur opposition que si elle est fondée sur un empêchement légal, mais en l'absence de tout empêchement l'opposition aura pour résultat de gagner du temps et de permettre à la famille d'user de son influence pour tenter de rompre le projet de mariage.

Delvincourt (I, p. 59, n. 4) soutenait que les ascendans pouvaient valablement former opposition et empêcher le mariage, même en l'absence

d'empêchement prévu par la loi. La jurisprudence adopta pendant quelque temps ce système et estima que les tribunaux pouvaient maintenir l'opposition ou en donner mainlevée, suivant que les motifs sur lesquels elle était fondée leur paraissent avoir ou n'avoir pas une gravité suffisante. L'art. 173, disait-on, ne restreint pas à certaines causes déterminées la faculté qu'il accorde aux ascendants de former opposition ; il leur accorde à cet égard un droit illimité ; d'un autre côté, l'art. 176 les dispense d'énoncer dans l'acte les motifs de leur opposition, il s'ensuit naturellement que les ascendants ont le droit de s'opposer alors même qu'il n'existe pas d'empêchement légal. Or la loi leur aurait donné là un droit tout à fait illusoire si, dans certains cas, les tribunaux étaient toujours obligés de donner mainlevée. On comprend d'ailleurs qu'en l'absence d'empêchement légal, l'opposition puisse être fondée sur les motifs les plus graves et les plus respectables. Ainsi l'un des arrêts qui adoptent ce système a été rendu à propos d'une fille majeure qui avait été séduite par un domestique de sa famille, ancien forçat, et voulait épouser ce misérable (Caen, 9 juin 1813, Dalloz, Rep., v^o mariage, n^o 264). Cette doctrine avait pour résultat de faire recouvrer à l'ascendant la plénitude de la puissance paternelle qui doit cesser lorsque l'enfant a atteint la majorité de 21 ou 25 ans ; elle a été rejetée par la Cour de cassation le 7 novembre 1814 et, depuis cette

époque, la jurisprudence n'a guère cessé de se conformer au système accepté par la Cour suprême et soutenu par tous les auteurs.

2° La personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes. — Il s'agit, bien entendu, d'un mariage valable et une union contractée seulement devant le prêtre ne donnerait pas à l'un des conjoints le droit de s'opposer au mariage de l'autre.

3° Les frères et sœurs, oncles et tantes, cousin et cousines germains des futurs époux. — Le droit d'opposition ne leur est accordé que s'ils sont majeurs et à défaut d'ascendant. Ces collatéraux ne peuvent même user de leur droit qu'en alléguant certains motifs déterminés qui sont l'absence de consentement du conseil de famille lorsque ce consentement est requis, et la démence du futur (art. 174).

4° Le tuteur ou curateur du futur époux peut, avec l'autorisation du conseil de famille, exercer les mêmes droits que les collatéraux que nous venons de désigner (art. 175).

Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux, le tribunal peut immédiatement en donner mainlevée si l'allégation ne lui paraît pas suffisamment établie et il ne peut la recevoir qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans un délai qui sera fixé par le jugement (art. 174). Le Code, dans les art. 177 et 178, veille à ce que le

jugement des demandes en mainlevée soit rendu aussi promptement que possible.

A ces quatre classes de personnes qui peuvent former opposition, il faut ajouter le ministère public. Quelques auteurs qui n'admettent pour le ministère public le droit d'agir d'office en matière civile que dans les cas spécifiés par la loi, refusent au procureur de la République le droit de former opposition, parce que, disent-ils, ce droit ne lui est pas accordé dans les art. 172 et suivants et que le droit de poursuivre l'annulation de certains mariages n'implique pas celui de former opposition. Il est vrai qu'après une demande en nullité de mariage repoussée par le tribunal tout est terminé et le mariage ne subit aucune attente, tandis qu'une opposition intempestive peut amener une rupture et causer un préjudice irréparable, aussi certaines personnes, qui ne peuvent former opposition au mariage, ont le droit d'en demander la nullité (comp. art. 173, 184, 186). D'autres auteurs ne permettent au ministère public de former opposition que dans les cas où il pourrait poursuivre la nullité et appliquent la maxime : *melius est causam intactam servare quam vulnerata causa remedium quærere.*

Nous pensons que l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 confère au ministère public le droit de poursuivre d'office l'exécution de la loi dans les cas où l'ordre public est intéressé et qu'ainsi le procureur de la République peut s'opposer au

mariage toutes les fois qu'il invoque un empêchement dirimant ou même prohibitif fondé sur une loi d'intérêt général ou d'ordre public (Bruxelles, 1^{er} août 1808; Sirey, 8, II, 273. — Cass., 2 décembre 1851; Sirey, 52, I, 54, et Dalloz, 52, I, 81).

Pothier déclarait que l'opposition, quelque mal fondée qu'elle paraisse, doit empêcher le curé de passer outre à la célébration du mariage jusqu'à ce qu'il ait été donné mainlevée par la partie opposante ou par le juge (n^o 82). La loi du 20 septembre 1792, titre IV, sect. 3, art. 9, disait au contraire : « Toutes oppositions formées hors les cas, les formes et par toutes personnes autres que celles ci-dessus désignées, seront regardées comme non avenues et l'officier d'état civil pourra passer outre à l'acte de mariage. » Le Code civil, en ne reproduisant pas ce texte si clair et si précis, a certainement eu l'intention d'adopter la doctrine de Pothier.

Lorsqu'une opposition est nulle parce qu'elle a été formée par une personne qui n'en avait pas le droit, ou parce qu'elle est fondée sur un motif que cette personne ne pouvait invoquer, l'officier d'état civil n'est juge de sa validité ni pour le fond, ni pour la forme, il n'a pas qualité pour trancher des questions souvent très-déliées et l'art. 68 ne distingue pas : il ne peut sous peine de 300 francs d'amende et de tous dommages-intérêts, procéder au mariage que lorsque la main-

levée a été régulièrement consentie ou judiciairement prononcée. Toutefois, si l'officier d'état civil avait passé outre à la célébration d'un mariage malgré une opposition dont le tribunal a reconnu ensuite la nullité, nous ne pensons pas qu'il soit alors passible de l'amende fixée par l'art. 68, car le jugement, en déclarant nulle l'opposition, anéantit tous les effets qu'elle aurait pu produire à l'époque où il était permis de douter de sa validité.

D'ailleurs, pour les empêchements les plus graves, la loi a établi une peine contre l'officier d'état civil qui procède au mariage bien qu'il ait eu connaissance de ces empêchements de quelque manière que se soit.

IV

DÉLAI DE VIDUITÉ

L'article 228 décide que « la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. »

Cet empêchement nous vient du droit romain ; déjà à cette époque il n'annulait pas le mariage, mais les époux étaient notés d'infamie et la femme était frappée de peines pécuniaires. Le délai de

viduité n'était imposé qu'à la femme, d'abord fixé à dix mois, il fut porté à douze mois par Gratien, Valentinien et Théodose. La défense de se marier était établie par un motif de convenance et dans le but de prévenir l'incertitude de la paternité ; on finit par ne s'attacher qu'à cette dernière considération et on décida que la femme qui accoucherait avant le terme fixé pourrait se remarier avant l'expiration du délai.

Dans l'ancien droit cet empêchement n'existait pas : « on suit, dit Pothier, la disposition du droit canonique, lequel permet aux veuves de se remarier... aussitôt qu'elles le jugent à propos. »

Le droit intermédiaire exigea, comme le droit romain, un délai de dix mois depuis la dissolution du mariage ; la femme pouvait se remarier auparavant si elle accouchait ou même si elle prouvait, par un acte de notoriété, qu'elle était séparée de fait de son mari depuis dix mois (art. 7 du décret du 4 floréal an II).

Aujourd'hui le délai de dix mois doit être observé dans tous les cas, il est exigé d'une façon absolue et il est établi par un motif de décence publique au moins autant que pour éviter une confusion de part. L'art. 494 du Code pénal prononce une peine de 46 fr. à 300 fr. « contre l'officier d'état civil qui a reçu avant le temps prescrit par l'art. 228 du Code civil l'acte de mariage d'une femme ayant déjà été mariée. »

V

ADOPTION

L'art. 348 dispose : « l'adopté restera dans sa famille naturelle et y conservera tous ses droits ; néanmoins le mariage est prohibé entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; entre les enfants adoptifs du même individu, entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant ; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté. »

Le droit romain attribuait à la parenté civile, résultant de l'adoption, les mêmes effets qu'à la parenté naturelle : le mariage était nul quand l'adopté épousait un de ses agnats au degré prohibé ; mais il faut remarquer que l'émancipation, en brisant le lien de parenté, faisait cesser l'empêchement. Dans notre ancien droit l'adoption n'existait pas (Pothier, n° 172), le Code civil l'a rétablie ; mais il en limite rigoureusement les effets, et les premiers mots de l'art. 348 font apparaître la différence qui sépare l'adoption organisée par le Code civil de l'adoption romaine.

Ainsi, le mariage n'est pas interdit entre l'adopté et les ascendants ou les frères et sœurs de

l'adoptant ; mais l'empêchement existe entre l'adopté et les enfants naturels de l'adoptant (Vallette, cours de C. C., p. 469; Duranton, II, 173 note; *contra* Aubry et Rau, § 463, note 2; Demolombe, III, n° 109). On objecte que l'art. 348 dit : « *les enfants* », sans ajouter, comme dans les art. 161 et 162, les mots *légitimes ou naturels*; cette addition était inutile, le mot enfant s'applique aussi bien aux enfants naturels qu'aux enfants légitimes, et lorsque le Code ne veut parler que des enfants légitimes, il le dit formellement (art. 343 et 345). D'ailleurs, il ne s'agit que des enfants naturels reconnus; ces enfants sont ordinairement élevés dans la famille de leurs parents et, l'empêchement étant fondé sur la nécessité de maintenir la pureté des relations entre ceux qui vivent sous le même toit, il n'y aurait pas de motifs sérieux pour en affranchir les enfants naturels.

Quelques auteurs ont soutenu que l'adoption forme aujourd'hui un empêchement dirimant; ils invoquent l'autorité du droit romain et s'appuient sur les expressions de l'art. 348 : *néanmoins le mariage est prohibé*, expressions dont le législateur s'est déjà servi dans les art. 161, 162 et 163 pour défendre les mariages entre parents; enfin, pour repousser l'argument qui résulte de l'omission de ces prohibitions au chapitre iv du titre *du mariage*, ils disent qu'une pareille mention était inutile dans ce titre, puisque tous les effets de l'adoption sont traités dans un chapitre spécial

(Proudhon, I, p. 403; Merlin, v^o empêch., § 4, art. 29; Vazeille, I, 228; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 159).

Nous pensons que les empêchements établis par l'art. 348 sont simplement prohibitifs, car il ne peut exister d'autres causes de nullités que celles qui sont inscrites au chapitre iv; l'art. 184, en donnant une action en nullité contre les mariages contractés entre parents au degré prohibé, contient même une exception expresse pour la parenté adoptive, car il renvoie aux art. 161, 162 et 163 et ne mentionne pas l'art. 348. Les différences qui existent entre notre adoption et celle du droit romain justifient parfaitement cette exception (Aubry et Rau, § 463, note 3; Demolombe, III, n^o 338; Marcadé, sur l'art. 348).

VI

AUTORISATION DES SUPÉRIEURS MILITAIRES.

Un règlement du 1^{er} juillet 1788 avait défendu aux militaires de contracter mariage sans en avoir obtenu la permission de leurs supérieurs, cette règle fut abolie par la Convention nationale. Le décret du 8 mars 1793 déclare « qu'il est libre à tous militaires indistinctement de se lier par les nœuds du mariage, sans le concours de leurs

chefs ou supérieurs ». Mais on revint à la règle de l'ancien droit par le décret du 16 juin 1808 dont voici le texte :

« Art. 1^{er}. Les officiers de tout genre, en activité de service, ne pourront, à l'avenir, se marier qu'après en avoir obtenu la permission par écrit du ministre de la guerre. — Ceux d'entre eux qui auront contracté mariage sans cette permission, encourront la destitution et la perte de leurs droits, tant pour eux que pour leurs veuves et leurs enfants, à toute pension ou récompense militaire.

« Art. 2. Les sous-officiers et soldats en activité de service ne pourront de même se marier qu'après en avoir obtenu la permission du conseil d'administration de leur corps.

« Art. 3. Tout officier de l'état civil qui, sciemment, aura célébré le mariage d'un officier, sous-officier ou soldat en activité de service, sans s'être fait remettre lesdites permissions, ou qui aura négligé de les joindre à l'acte de célébration du mariage, sera destitué de ses fonctions. »

Le décret du 28 août suivant étendit l'application de ce décret aux officiers de santé et autres personnes assimilées aux militaires (comp. décret du 23 mars 1852, art. 37 et 38). Puis, le conseil d'État, considérant : « 1^o que le motif du décret a été d'empêcher que les officiers ne pussent contracter des mariages inconvenants, susceptibles d'altérer la considération due à leur caractère ;

2° que les officiers réformés, pouvant être remis en activité de service d'un moment à l'autre, et jouissant du droit de porter l'uniforme, les mariages inconvenants qu'ils pourraient contracter auraient la même influence, » émit l'avis que les officiers réformés, jouissant d'un traitement de réforme, avaient également besoin de l'autorisation de leurs chefs (Avis du conseil d'État du 21 décembre 1808).

L'art. 4 de la loi du 27 juillet 1872 dispose que les hommes de la disponibilité de l'armée active et les hommes de la réserve peuvent se marier sans autorisation; cette faculté a été étendue, par une circulaire du ministre de la guerre du 3 décembre 1873, « aux hommes qui se trouvent dans leurs foyers comme dispensés, classés dans le service auxiliaire, ajournés, ayant obtenu des sursis d'appel ou de départ, » et aux « militaires de l'armée de mer envoyés en congé renouvelable, attendu qu'ils sont dans une position analogue à la disponibilité. Les jeunes soldats des classes appartenant à la première ou à la deuxième portion, et laissés dans leurs foyers en attendant leur appel à l'activité, sont par conséquent soumis à l'autorisation préalable. La faculté de se marier est suspendue par le fait de l'appel à l'activité ou de la mobilisation. »

Un décret du 3 août 1808 soumet tous les officiers, sous-officiers et soldats de la marine aux mêmes obligations que celles qui ont été impo-

sées, par le décret du 16 juin précédent, aux hommes de l'armée. Pour les officiers, l'autorisation est donnée par le ministre de la marine ou, en cas d'urgence, par les gouverneurs des colonies. Pour les sous-officiers et soldats la permission est accordée par le conseil d'administration de leur corps. Depuis la circulaire du ministre de la marine du 15 novembre 1871, les inscrits maritimes, pendant la durée de la période obligatoire, peuvent se marier sans autorisation; la circulaire du 30 juin 1873 a fait exception pour ceux de ces inscrits qui sont devenus officiers mariniens et qui font partie du cadre de maîtrise.

Les officiers de gendarmerie ne peuvent se marier sans l'autorisation du ministre de la guerre; pour les sous-officiers et gendarmes, l'autorisation est donnée par le commandant de la compagnie avec l'approbation du colonel de la légion, et, dans le cas où cet officier supérieur croirait devoir refuser son consentement, il est tenu d'en faire connaître les motifs au ministre de la guerre qui prononce définitivement (Ordonnance des 29 octobre-29 novembre 1820, art. 271, 272). Quant aux sous-officiers et soldats de la *garde républicaine* de Paris, la permission est donnée par le préfet de police sur l'avis du conseil d'administration de leur corps (Ordonnance des 27 décembre 1831-20 janvier 1832, art. 1 et 2).

VII

REMISE DES PIÈCES A L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL

L'officier de l'état civil doit se faire remettre toutes les pièces nécessaires pour établir l'identité des époux, leur capacité de contracter mariage et l'accomplissement des formalités ordonnées par la loi. Ces pièces sont un moyen de preuve : lorsque l'officier d'état civil a négligé de les exiger et s'en est rapporté aux déclarations des parties, ou n'a reçu que des pièces non authentiques, il commet une faute et devient responsable des inexatitudes contenues dans l'acte de mariage, mais le mariage que cet acte constate est valable ; on peut donc dire que l'absence des pièces que l'officier d'état civil peut exiger constitue un empêchement prohibitif.

Les futurs époux doivent remettre à l'officier d'état civil :

1° Une expédition authentique de leurs actes de naissance pour prouver leur âge et leur filiation. Celui des époux qui serait dans l'impossibilité de se la procurer peut la suppléer en rapportant un acte de notoriété dressé par le juge de paix, sur la déclaration de sept témoins, et homologué par le tribunal du lieu où doit se célébrer le mariage

(art. 70, 71 et 72); un bulletin de naissance, ou un certificat d'admission dans un hospice d'enfants assistés, serait par conséquent insuffisant.

2° L'acte authentique du consentement des ascendants ou des parents lorsqu'ils n'assistent pas en personne à la célébration, ou les procès-verbaux des actes respectueux. Le maire ne doit donc pas accepter un consentement sous seings privés, quand même les signatures seraient légalisées, à moins que le consentement ne soit envoyé d'un pays étranger où il n'y a pas d'officiers publics ni de consuls. Mais faut-il que le consentement donné par l'ascendant s'applique à un mariage déterminé avec une personne certaine et individuellement désignée? Plusieurs auteurs soutiennent que cette condition n'est pas nécessaire : l'article 73, disent-ils, ne l'exige pas, l'ascendant qui agit ainsi ne renonce pas à la puissance paternelle, car il pourra toujours révoquer son consentement et faire opposition au mariage; d'ailleurs, en supposant que cette condition existe, les notaires, pour l'éluder, n'ont qu'à laisser en blanc le nom du futur conjoint dans l'acte de consentement. Nous estimons au contraire que l'ascendant, qui déclare consentir au mariage de son enfant « avec telle personne qu'il lui plaira, » ne remplit pas le devoir de protection que la loi lui a confié et abdique la puissance paternelle. L'art. 73 ne demande pas que les parents consentent à un mariage quelconque, à un mariage *in abstracto*, il veut que ceux-ci

donnent, après réflexion, leur avis sur le mariage que l'enfant va contracter. Il n'est pas vrai de dire que le notaire peut laisser en blanc le nom du futur conjoint, car les actes notariés doivent être écrits *sans blanc, lacune ni intervalle* (art. 13, loi du 25 ventôse an XI), et c'est seulement pour les procurations que la pratique tolère l'usage des *blancs*. (*Sic* Demolombe, III, n° 53; Durantou, II, n° 31; Vazeille, I, n° 416. *contra* Coin, Delisle, art. 73, n° 4; Aubry et Rau, § 466, note 6.)

C'est au moment de la célébration que le consentement doit intervenir et l'acte de consentement, par conséquent, devient nul si celui qui l'a donné le révoque ou meurt; aussi les officiers de l'état civil peuvent-ils hésiter à accepter des actes qui remontent à une date ancienne. Il était d'usage, à Paris, de rejeter les actes qui avaient plus d'une ou deux années de date, une circulaire du procureur de la République de la Seine, en date du 25 juin 1874, conseille aux maires « de ne pas imposer cette dépense aux parties si elles représentent un certificat du maire de la commune qu'habitent les ascendants, certificat constatant que ceux-ci persistent dans leur consentement. »

Le consentement des parents ne peut être donné sous condition résolutoire, mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit donné sous condition suspensive. Quelquefois des parents autorisent le mariage à la condition que leur fils, qui va tirer au sort, n'aura pas un numéro qui le classe dans la première

portion du contingent; une semblable condition nous paraît parfaitement valable.

Nous verrons qu'en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit; le Code n'indique aucun moyen de constater le dissentiment entre les parents. « Il ne suffirait pas que l'acte de consentement du père énonçât le refus du consentement de la mère, si le père seul intervenait; il est nécessaire en effet que la mère soit consultée, mais le refus de consentement de celle-ci peut être constaté soit par un acte dressé par le juge de paix et établissant qu'elle a été directement interpellée, soit enfin par la déclaration verbale faite devant le maire au moment du mariage » (Circul. du pr. de la Rép. du 25 juin 1874).

La mort du père ou de la mère se prouve par la représentation de l'acte de décès, toutefois l'avis du Conseil d'État du 4 thermidor an XIII porte qu'il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des père et mère des futurs mariés lorsque les aïeux et aïeules attestent ce décès. Nous étudierons, à propos du consentement de la famille au mariage des mineurs, de quelle manière doit se prouver l'impossibilité pour les ascendants de manifester leur volonté.

3° Une expédition authentique des dispenses d'âge, de parenté ou d'alliance qui auraient été accordées.

4° Si les futurs époux, ou l'un d'eux, ont été déjà mariés, l'acte constatant la dissolution du

précédent mariage (Avis du Conseil d'État du 17 germinal au XIII)

5° S'il s'agit d'un militaire ou d'un marin, la permission qu'il doit obtenir de ses chefs. Lorsqu'un futur époux prétend qu'il n'est pas militaire, ou qu'il se trouve dans l'un des cas où il n'a pas besoin d'autorisation, le maire, pour garantir sa responsabilité, doit en exiger la preuve. Cette preuve résulte d'un certificat du préfet dans le département duquel le futur époux était inscrit sur les listes du recrutement, ou de la production du titre de sursis ou de congé (Circul. du ministre de la guerre du 3 décembre 1873).

6° Les certificats constatant que des publications ont été faites dans les diverses communes où elles ont dû avoir lieu et qu'il n'est pas survenu d'oppositions.

7° La mainlevée des oppositions s'il en a été formé.

Les expéditions des actes de l'état civil doivent être la reproduction complète de la minute, de simples bulletins ne suffiraient pas; ces expéditions doivent être sur papier timbré (art. 63, loi du 28 avril 1816), ou visé pour timbre gratis s'il s'agit d'indigents (art. 4, loi du 10 décembre 1850), et la signature du maire qui a délivré l'extrait doit être légalisée (art. 45 CC.).

Lorsque l'acte produit contient une grave erreur qui fausse le renseignement principal que l'acte doit fournir, par exemple, lorsque, dans l'acte de

naissance, le futur est désigné sous un sexe qui n'est pas le sien, lorsqu'une veuve présente un acte de décès dans lequel son mari est désigné comme célibataire ou marié avec une autre personne, il est nécessaire d'obtenir un jugement de rectification. M. Demolombe dit qu'on ne pourrait s'en dispenser dans le cas où les énonciations renfermées dans les actes sembleraient pouvoir soulever une question d'état. Si M. Demolombe a eu en vue les exemples que nous venons de citer, son observation est exacte, mais on n'entend ordinairement par *question d'état* (art. 326 et 327), les contestations dans lesquelles il s'agit de savoir si une personne est née de tel père ou de telle mère, si elle est enfant légitime ou naturel, etc. De telles contestations ne peuvent être tranchées par un jugement de rectification rendu en chambre du conseil, la rectification n'est et ne peut être que la conséquence de la déclaration du fait que cette personne a un état différent de celui qui lui a été assigné. Le tribunal ne peut donc apprécier la demande en rectification que postérieurement et accessoirement à l'examen de la demande en changement d'état qui doit être soumise à la juridiction ordinaire. La jurisprudence et la doctrine sont aujourd'hui d'accord sur ce point. (Bertin, chambre du conseil, n^{os} 157 et suiv.) Or les maires n'ont pas qualité pour contester l'état des personnes qui viennent devant eux pour se marier, ils doivent simplement s'assurer de leur identité

et de l'absence d'empêchements prohibitifs ou dirimants. Cette théorie est clairement exposée dans la circulaire, déjà citée, que M. Sallantin, alors procureur de la République près le tribunal de 1^{re} instance de la Seine, a envoyée, le 25 juin 1874, aux officiers d'état civil de Paris : « l'acte de naissance produit par l'un des époux, lui attribue la qualité d'enfant légitime, alors qu'il résulte des autres pièces qui vous sont représentées qu'il est enfant naturel. Je prends un exemple pour cette proposition plus claire : le futur est déclaré fils de Baptiste Lenoir et de Jeanne Moreau *son épouse*, Baptiste Lenoir et Jeanne Moreau sont décédés, mais l'acte de décès de Baptiste Lenoir le déclare célibataire et Jeanne Moreau, décédée avant lui, est désignée comme mariée à Reymond. Comment devez-vous procéder ? Devez-vous refuser de procéder au mariage jusqu'à ce que le futur époux ait fait rectifier son acte de naissance ? Je ne le pense pas. Il est de principe, en effet, qu'il n'appartient pas à l'officier de l'état civil de soulever une question d'état. Aux termes des art. 319 et 322 du Code civil, l'acte de naissance forme le titre apparent de l'enfant et établit sa filiation ; malgré la contradiction qui existe entre l'acte de naissance du futur et les actes de décès de ses parents, j'estime que vous devez passer outre à la célébration du mariage en faisant attester l'identité conformément aux prescriptions de l'avis du Conseil d'État du 30 mars 1808. »

L'avis du conseil du 30 mars 1808 dispense de faire rectifier les erreurs d'orthographe et les omissions de prénoms que contiennent les actes de naissance des époux ou les actes de décès de leurs ascendants, lorsque les époux majeurs avec leurs témoins ou les personnes dont le consentement est requis pour le mariage des mineurs, attestent l'identité qui existe entre la personne désignée dans l'acte et celle que l'acte aurait dû désigner.

La plupart des formalités que nous venons d'énumérer ont été supprimées ou simplifiées, à l'égard des individus qui résident dans les colonies françaises de l'Océanie, par le décret du 24 mars 1852. La valeur de ce décret pourrait être contestée, car les lois seules ont le pouvoir de modifier des lois antérieures, mais nous estimons que l'Assemblée nationale, en déclarant que « les dispositions du décret du 24 mars 1852, sur le mariage des Français résidant en Océanie, ont applicables aux déportés » (loi du 25 mars 1873, art. 18), a admis indirectement la validité de ce décret, lequel, en vertu de cette interprétation souveraine, est devenu inattaquable.

DEUXIÈME PARTIE

DES CAUSES DE NULLITÉ

I

VICES DU CONSENTEMENT DES ÉPOUX

Le mariage, comme tout autre contrat (art. 1198), exige un concours de volontés. Si le consentement d'un des contractants manque absolument, le mariage est radicalement nul ; si le concours de volontés se produit d'une façon irrégulière, si le consentement d'une des parties, sans faire complètement défaut, est affecté d'un certain vice, le contrat se forme, le mariage a lieu, mais son existence est précaire : il est annulable (art. 180).

Les vices du consentement, dans les contrats, sont la violence, l'erreur, le dol et la lésion ; mais nous n'avons à nous occuper que de la violence et de l'erreur, car le Code détermine limitativement les causes de nullité de mariage et il ne met ni le dol ni la lésion au nombre des vices qui peuvent faire annuler le consentement. D'ailleurs la lésion ne peut s'expliquer que si l'objet du contrat

est une valeur appréciable en argent ; dans le mariage chacune des parties, et non son patrimoine, forme l'objet du contrat. Quant au dol, il a toujours été permis.

« On dit communément qu'en mariage il trompe qui peut ; ce qui procède de ce que nos maîtres nous apprennent que *dolus dans causam contractui matrimonii, non reddit illum ipso jure nullum.* » (Loysel, *Inst. cout.*, I, 2, § 3.) Cette exception se justifie parce que le dol, dans les contrats ordinaires, n'entraîne la nullité que s'il a été commis par l'une des parties, et cette partie porte la peine de sa faute ; la rescision d'un mariage ne frapperait pas seulement l'époux de mauvaise foi, mais sa famille et la société.

La règle ne s'appliquait et ne s'applique encore aujourd'hui qu'au dol portant sur la valeur des biens, la profession ou les qualités des époux. Le dol peut quelquefois produire une erreur dans la personne, c'est alors l'erreur et non le dol qui est une cause de nullité.

§4. *Violence.* — L'article 180 désigne clairement la violence en parlant des mariages qui ont été contractés *sans le consentement libre des époux* ou de l'un d'eux. La violence laisse en effet subsister le consentement, mais elle l'altère (l. 24, § 5, *quod metus causa*). La contrainte peut être plus ou moins forte, et l'article 180 ne dit pas quel caractère elle doit avoir pour que le vice du consentement puisse motiver une demande en nullité ;

Pothier disait qu'il fallait « une violence considérable, capable de faire impression sur une personne qui a quelque fermeté d'esprit. Ce devait être une *vis atrox*, c'est-à-dire la menace d'un grand mal qu'on doit encourir sur-le-champ et, en outre, *adversus bonos mores*, une violence injuste, illégitime. Il n'importe par qui elle ait été commise. » La seule crainte révérentielle ne lui semblait pas suffisante pour rendre nul le mariage; il en était de même en droit romain (ll. 21, 22, 28, *de ritu nup.*; — l. 42, *de nupt.* Code).

Le Code civil a reproduit la doctrine de Pothier dans les articles 1111 et suivants, au titre des Contrats : ces articles, bien qu'on en ait douté, doivent servir de guides aux tribunaux pour apprécier le caractère de la violence, même en matière de mariage, car c'est elle que paraît surtout avoir en vue l'article 1114; le mariage est certainement le contrat où la crainte révérentielle doit être le plus redoutée.

Le rapt, depuis Constantin, était en droit romain un empêchement perpétuel au mariage entre le ravisseur et la personne ravie (Code *de rapt. virg.*); la même défense se retrouve dans l'ancien droit canonique jusqu'à Innocent III, qui abrogea cette prohibition et permit le mariage pourvu que la personne ravie eût recouvré la liberté au moment de la célébration et eût donné alors un consentement libre. Le Concile de Trente, adoptant

une solution intermédiaire, exige que la personne ravie ait été préalablement *a raptore separata et in loco tuto constituta*. Cette distinction est reproduite dans l'article 3 de l'ordonnance du 26 novembre 1639. Aujourd'hui le rapt n'est plus par lui-même un empêchement et le mariage est valable si la personne ravie donne un libre consentement, bien qu'elle ne soit pas *in loco tuto constituta*.

« La séduction, dit Pothier, n'est pas moins contraire que la violence à la liberté du consentement. » On désignait sous le nom de *rapt de séduction*, un attentat contre l'autorité des parents, qui a pour objet de contracter, avec un enfant de famille, un mariage avantageux contre le gré ou à l'insu de sa famille, d'où il résulte que le rapt de séduction est le crime de l'ambition et de la cupidité plutôt que celui de la passion ou du tempérament (Fournel, *Traité de la séduction*, p. 304). La peine de mort était prononcée contre séducteur (ord. de Blois, art. 42), le mariage était nul comme ayant été contracté malgré le défaut de consentement des parents et à cause d'un vice présumé du consentement de l'époux séduit; pour les majeurs, le vice du consentement était présumé quand la séduction avait commencé pendant la minorité.

La séduction est-elle aujourd'hui encore un vice du consentement? Marcadé (t. II, art. 180, n^{os} 1, 2) a soutenu l'affirmative à cause des

termes larges dans lesquels est conçu l'art. 180, mais cette opinion est généralement abandonnée. Les peines sévères, infligées jadis aux séducteurs, n'existent plus; nulle part, dans les Codes, il n'est question de la séduction, tandis que la plupart des anciennes ordonnances, qui traitent du mariage, se sont efforcées de la réprimer parce qu'on y voyait un crime contre la constitution de la société. En punissant de mort les séducteurs, homme ou femme, on voulait empêcher les mésalliances, on voulait « empêcher qu'à l'avenir plusieurs familles de qualité ne soient alliées avec personnes indignes ou de mœurs dissemblables » (Préambule de l'ordonnance de 1629); on voulait éviter « le désordre qui a troublé le repos de tant de familles et flétri leur honneur par des alliances inégales et souvent honteuses ou infâmes... et empêcher que les crimes de rapt ne servent plus à l'avenir de moyens et de degrés pour parvenir à des mariages avantageux. » (Préambule de la déclaration du 16 novembre 1639.) Le Code civil, qui tendait à rapprocher les différentes classes de la société, et non à les séparer, n'avait pas les mêmes motifs que l'ancien droit pour annuler les mariages entachés de séduction, et les travaux préparatoires montrent que le législateur, en exigeant la liberté du consentement, a simplement voulu exclure la violence.

§ 2. *Erreur dans la personne.* — L'art. 180 permet l'annulation du mariage pour cause d'er-

reur dans la personne. Ces derniers mots ont donné lieu à bien des discussions.

Un premier système, généralement abandonné aujourd'hui, ne considère comme une cause de nullité que l'erreur qui porte sur la personnalité physique. Lorsqu'on a vu la personne que l'on veut épouser, l'erreur ne peut porter, dit-on, que sur les qualités physiques ou morales de cette personne; or l'erreur sur les qualités n'a jamais été une cause de nullité, et les travaux préparatoires n'indiquent pas qu'on ait voulu innover. Ce système s'appuie en outre sur le passage suivant de l'exposé des motifs présenté par Portalis. « L'erreur en matière de mariage ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet *la personne même*. Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne; on me trompe ou je suis trompé par un concours de circonstances et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré; le mariage est nul. » (Maleville, sur l'article 146; Delvincourt, I, p. 73, n. 3; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, p. 204.)

Il est impossible d'admettre que le Code ait prévu seulement l'erreur résultant d'une substitution de personne. Une semblable supercherie serait presque invraisemblable au théâtre, et les auteurs qui ont discuté cette question n'en peuvent citer qu'un seul exemple, celui de Jacob qui

épouse Lia croyant prendre Rachel. La substitution de personne était encore possible dans l'ancien droit quand le mariage se célébrait à l'église, car la femme avait la tête couverte d'un voile et le mariage était souvent célébré la nuit ; mais aujourd'hui qu'on se marie, à visage découvert, devant l'officier de l'état civil, une erreur sur l'identité physique de l'individu est si peu probable que cette hypothèse n'est certainement pas la seule dont le Code ait voulu s'occuper. Portalis, dans le passage rapporté plus haut, citait seulement un exemple, et il ne faut pas tirer de ses paroles un argument qui serait démenti par les travaux préparatoires.

En effet, les rédacteurs du Code ont maintenu les mots *erreur dans la personne*, bien que le tribunal de cassation eût demandé qu'on les remplaçât par les mots *erreur sur l'individu*. On peut aussi tirer argument de l'article 181 qui donne à l'époux trompé, pour faire tomber le mariage, six mois depuis que l'erreur a été par lui reconnue. S'il s'agissait seulement d'erreur sur l'individu, on aurait fait partir le délai du jour du mariage et non de la découverte de l'erreur, et le délai eût été moins long. C'est ce qui ressort de la discussion au Conseil d'État : « M. Fourcroy pense qu'il ne faut pas trois mois (le projet portait trois mois au lieu de six) pour reconnaître physiquement la supposition de personne, et que, s'il s'agit d'une erreur morale, il est difficile de fixer un terme à

sa reconnaissance. » Le Premier Consul réplique aussitôt : « L'identité dont il s'agit n'est pas seulement l'identité physique, mais encore l'identité morale du nom, de l'état et des autres circonstances qui ont déterminé le choix de la personne : à défaut de consentement, il n'y a pas de mariage. » (Séance du 4 vendémiaire an X.)

Il faut donc admettre que l'article 180 ne s'occupe pas seulement de l'erreur sur la personne physique. Quelle est cette autre erreur qui peut annuler le mariage ? Ce n'est pas l'erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit : les travaux préparatoires du Code ne laissent aucun doute à cet égard. Ce ne peut être que l'erreur sur la personnalité civile. Il faut rapprocher des paroles du Premier Consul, que nous venons de citer, plusieurs autres passages des travaux préparatoires. Ainsi Cambacérès, à la séance du 24 frimaire an X, fit observer que, en déclarant nul le mariage « lorsqu'il y a erreur sur la famille de l'un des époux », la section de législation ne faisait que proposer une règle « consacrée par une jurisprudence de quinze cents ans. » En effet, Pothier, qui ne tenait pas compte de l'erreur sur les qualités, admettait au contraire l'erreur sur la personne civile (nos 308-310). Par exemple, un individu s'introduit dans une famille en se faisant passer pour Paul fils de Pierre, il dissimule son véritable état civil et présente des actes contrefaits ou qui ne s'appliquent pas à lui, et par-

vient ainsi à se faire épouser. La femme, lorsqu'elle consent au mariage devant l'officier de l'état civil, ne commet pas d'erreur sur la personne physique, car l'homme qui est assis près d'elle est bien le même que celui qu'elle a déjà vu et qu'elle a consenti à épouser ; mais elle n'a consenti que parce que cet homme s'est présenté comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne ; il y a erreur dans la personne.

MM. Demolombe (III, n° 253) et Marcadé (II, art. 180, n° 3) reprochent à ce système de manquer de conséquence, parce que, disent-ils, l'erreur sur la personne civile ne constitue elle-même qu'une erreur sur les qualités civiles, et ils accordent aux tribunaux le droit de prononcer l'annulation du mariage toutes les fois que l'erreur leur paraîtra avoir altéré le consentement d'une manière profonde et essentielle. Cette doctrine s'appuie sur quelques passages des travaux préparatoires et sur des considérations d'utilité. Elle permet d'annuler les mariages contractés par erreur avec un forçat libéré, avec un moine, un prêtre, un impuissant, etc. Elle est la plus équitable, mais elle n'est conforme ni au texte du Code ni aux travaux préparatoires. Les passages sur lesquels elle s'appuie ne sont pas concluants, et il a été déclaré formellement que l'erreur sur les qualités n'était pas une cause d'annulation. M. Valette (Explic. somm. du livre 1^{er} du C. Nap., p. 107) pensait que les tribunaux pouvaient

prononcer la nullité pour erreur portant sur *les qualités civiles qui constituent l'état*, sauf à apprécier la gravité de l'erreur alléguée et l'influence qu'elle a pu avoir sur le consentement. Aujourd'hui (Cours de C. C., p. 232 et suiv.) il donne une formule moins large et n'admet que l'erreur qui soulève une question d'*identité*, mais il estime que l'erreur de l'époux qui a épousé un enfant naturel croyant se marier à un enfant légitime est une cause de nullité.

La jurisprudence, après plusieurs hésitations, semble aujourd'hui fixée. La nullité pour erreur dans la personne a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation, chambres réunies, dans une affaire qui a passionné les jurisconsultes et le public.

Zoé Herbin avait contracté mariage avec Berthon, forçat libéré dont elle ignorait les antécédents. Le tribunal repoussa sa demande en nullité, et la Cour de Paris, par arrêt du 4 février 1860, confirma la décision des premiers juges : « Considérant que ces motifs : *erreur dans la personne*, ont un sens plus étendu que ceux : *erreur sur l'individu*, qui ont été repoussés par les rédacteurs de l'art. 180 du Code Nap.; que cette dernière expression, si elle eût été admise, n'eût compris que la substitution d'une individualité physique à un autre; que le mot *personne* entraîne la pensée d'une individualité civile; mais que, dans ce cas comme dans l'autre, il faut que

l'erreur porte sur une personnalité complète et soulève une question d'identité; — Considérant que, dans la cause, l'individualité de Berthon n'est pas mise en question; qu'il s'est présenté au contrat sous son véritable nom et assisté de sa famille, etc. »

« Par ces motifs, confirme, etc. » (Dalloz, 60, II, 87.)

La chambre civile de la Cour de cassation cassa cet arrêt par les motifs suivants : « Considérant qu'il est du droit et du devoir des tribunaux d'examiner, d'après les faits et circonstances de la cause, jusqu'à quel point l'erreur a porté sur des qualités substantielles, constitutives de la personne civile, a pu opérer erreur dans la personne et par suite vicier le consentement de l'époux trompé. »... (Civ. Cass., 11 février 1861. Dalloz, 61, I, 49.) C'est le système de MM. Demolombe et Marcadé.

La Cour d'Orléans, devant laquelle l'affaire avait été renvoyée, ayant jugé dans le même sens que la Cour de Paris et, comme cette dernière, repoussé la demande en nullité (Orléans, 6 juillet 1861, Dalloz, 61, II, 132), la Cour de cassation fut appelée, par suite d'un nouveau pourvoi, à prononcer définitivement en chambres réunies. La question fut soumise alors à un débat approfondi. M. le procureur général Dupin la discuta dans de remarquables conclusions tendant au rejet du pourvoi, et enfin la Cour, revenant sur

l'interprétation que la chambre civile avait donnée à l'art. 180, adopta la doctrine des Cours de Paris et d'Orléans : « Attendu, dit-elle, que l'erreur dans la personne, dont les art. 146 et 180 ont fait une cause de nullité de mariage, ne s'entend, sous la nouvelle comme sous l'ancienne législation, que d'une erreur portant sur la personne elle-même; — Attendu que, si la nullité ainsi établie ne doit pas être restreinte au cas unique de l'erreur provenant d'une substitution frauduleuse de personne au moment de la célébration; si elle peut également recevoir son application quand l'erreur procède de ce que l'un des époux s'est fait agréer comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation qui appartiennent à un autre, le texte et l'esprit de l'art. 180 écartent virtuellement de sa disposition les erreurs d'une autre nature et n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir; qu'ainsi la nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur les conditions ou les qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies, etc. » (24 avril 1862, Dalloz, 62, I, 153.) Conformément à cette doctrine, la Cour de Bordeaux, par arrêt du 21 mars 1866 (Sirey, 1866, II, 209), a décidé que l'erreur sur la personne

civile, pour être une cause de nullité, doit être radicale et absolue en ce sens que l'un des époux se soit mépris sur l'*identité civile* de son conjoint, qu'il ait cru épouser une personne civile tout autre et entièrement différente de celle qu'il a réellement épousée. Ainsi celui qui a épousé une fille naturelle qu'il croyait par erreur être légitime, n'est pas fondé à demander, à raison de cette erreur, la nullité du mariage. (*Sic* Aubry et Rau, § 462, texte et note 9.)

Nous approuvons absolument le principe formulé par la Cour de cassation, et la Cour de Bordeaux nous paraît en avoir fait une juste application.

II

DÉFAUT DE CONSENTEMENT DE LA FAMILLE.

Le consentement du père de famille était exigé, à Rome, pour la validité du mariage des enfants, non pas dans un but de protection, mais seulement dans l'intérêt de la puissance paternelle. Aussi tant que le fils ou la fille était en puissance, ce consentement était nécessaire, tandis que quand un fils âgé de quatorze ans, ou une fille âgée de douze ans, était *sui juris*, le mariage était valable sans le consentement des parents. L'adopté avait

besoin du consentement de son père adoptif, car c'est lui qui avait la puissance. Quant au futur époux qui se trouvait, avec son père, sous la puissance de son aïeul, il devait obtenir, outre le consentement de son grand-père, celui de son père, parce qu'il tombera sous la puissance de ce dernier après la mort de son grand-père.

Dans le droit canonique, le consentement des parents n'est plus exigé à peine de nullité, et le concile de Trente frappe d'anathème ceux qui déclarent nuls les mariages des fils de famille contractés sans le consentement de leurs parents. « Le concile, dit Pothier, entend seulement condamner le sentiment de quelques protestants qui prétendaient que, par le droit naturel, les parents avaient par eux-mêmes le pouvoir de valider ou d'annuler les mariages de leurs enfants, contractés sans leur consentement, sans qu'il fût besoin pour cela qu'il y eût une loi positive qui les déclarât nuls. Mais le concile n'a pas décidé ni pu décider que, dans le cas d'une loi civile, qui exigerait dans les mariages des enfants de famille le consentement de leurs parents, à peine de nullité, leurs mariages contractés sans le consentement de leurs parents ne laisseraient pas d'être valables. » Et Pothier montre, dans l'ancien droit canonique, plusieurs décisions qui condamnent les mariages contractés sans le consentement des parents.

Quelle qu'ait été l'intention du concile de Trente, les édits et ordonnances des rois de France

exigeaient le consentement des parents : « enfans de famille ne se peuvent marier sans le congé de leurs père et mère, s'ils ne sont majeurs, les fils de trente ans et les filles de vingt-cinq, sur peine de pouvoir être déshérités » (Loysel, *Inst. cout.* I, 2, § 5; comp. édit de Henri II, février 1556). Le mariage contracté par une fille mineure de vingt-cinq ans sans le consentement de ses parents, était nul ; après vingt-cinq ans la fille pouvait faire à ses parents des sommations respectueuses. Le fils ne pouvait faire de sommations respectueuses qu'à partir de trente ans ; s'il se mariait après vingt-cinq ans, il encourait l'exhérédation, mais son mariage était valable (Denisart, v° *Mariage* n° 90 ; Le Ridant, *Code matrimonial*, 2^e partie, page 26).

Le défaut de consentement n'entraînait pas seulement exhérédation, il était, disons-nous, une cause de nullité de mariage, bien que les ordonnances ne le déclarent pas formellement. Pothier, pour le démontrer, invoque l'art. 40 de l'ordonnance de Blois (mai 1579) qui atteint les curés comme fauteurs du crime de rapt, s'ils ne se sont pas assurés du consentement des parents, « elle suppose donc qu'un mariage de mineur doit passer pour entaché du vice de séduction, par cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses père et mère, n'y ayant qu'une grande séduction qui puisse porter un mineur à manquer à ses devoirs. Et c'est une de ces présomptions qu'on

appelle en droit *præsumptiones juris*, qui sont équipollentes à une preuve parfaite, et qui dispensent d'en apporter d'autres. Si ce mariage est réputé entaché du vice de séduction, il en résulte nécessairement qu'il est réputé nul et non valablement contracté, la séduction étant contraire à la liberté du consentement, qui est de l'essence du mariage et étant un empêchement dirimant de mariage. »

Une exception, qui visait les protestants, avait été introduite par la déclaration des 6 août et 24 mai 1742 (art. 161), les enfants mineurs furent dispensés, pour se marier, du consentement de leurs père et mère qui se seraient retirés dans les pays étrangers pour cause de religion ou pour tout autre motif (Merlin, Rép., v^o *Empêchement*, § 5).

Le droit intermédiaire n'exigea le consentement des parents que pour les mineurs, c'est-à-dire pour les personnes âgées de moins de vingt et un ans accomplis ; à défaut des père et mère, on prenait l'avis des cinq plus proches parents ou de cinq voisins (loi du 20 septembre 1792, titre IV, sect. 1, art. 2 et suiv.). Un décret du 7 septembre 1793 modifia ces dispositions et décida que les mineurs dont les père et mère seraient morts, interdits ou absents, seraient autorisés à se marier sur l'avis d'un conseil de famille composé des deux plus proches parents du mineur, de deux autres parents qui ne seraient

pas ses héritiers présomptifs et de l'officier public. Lorsque le conseil de famille ne donnait pas son consentement, il s'ajournait à un mois et, à l'expiration de ce délai, si le mineur persistait dans son projet de mariage, le refus du conseil de famille ne pouvait être fondé que sur le désordre notoire des mœurs du futur conjoint ou la non-réhabilitation après un jugement portant peine d'infamie.

Il faut distinguer dans le Code entre le mariage des enfants légitimes et le mariage des enfants naturels.

§ 1. *Enfants légitimes.* — « Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère; en cas de dissentiment, le consentement du père suffit. » (Art. 148.)

Le mariage est un acte si important que la majorité nécessaire pour le contracter valablement sans l'autorisation des parents a été reculée jusqu'à vingt-cinq ans pour les hommes. On a maintenu, pour les femmes, l'âge de vingt et un ans, parce qu'un refus de consentement, peut-être mal fondé, aurait pu leur faire manquer un établissement avantageux, et que, si elles avaient dû attendre jusqu'après vingt-cinq ans, il leur eût été beaucoup plus difficile de trouver à se marier.

Dans l'ancien droit, lorsque des parents refusaient leur consentement à un mariage avanta-

geux, on permettait à l'enfant de se pourvoir contre leur refus. Quoique un fils doive avoir trente ans, dit Pothier, pour qu'il puisse se marier sans le consentement de ses père et mère..., un arrêt du 16 septembre 1684 permit à un jeune homme de vingt-sept ans de contracter un mariage agréé de sa mère et de ses parents contre la volonté de son père; et Pothier cite encore dans le même sens un arrêt du 17 juillet 1722 (n° 332). Le Code civil n'accorde aucune voie de recours contre le refus de consentement des père et mère ou autres ascendants; cette omission est regrettable : on voit fort souvent, dans les classes ouvrières, des mariages arrêtés parce que les parents mettent comme condition à leur consentement le versement d'une somme d'argent trop élevée. Des pays voisins, dans leurs nouvelles lois sur l'état civil, ont comblé cette lacune; ainsi la loi allemande du 6 février 1875 dispose, art. 32 : « En cas de refus du consentement de la part des parents ou tuteur, les enfants, s'ils sont majeurs, peuvent demander l'autorisation des tribunaux. »

Le Code prévoit différentes hypothèses qu'il faut examiner séparément.

1^{re} hypothèse. L'enfant a son père et sa mère. — C'est à eux qu'il s'adresse, s'il a en même temps des parents adoptifs et des parents naturels, le consentement des derniers est seul demandé.

En cas de dissentiment entre le père et la mère,

le consentement du père suffit. Si le futur époux produit à l'officier de l'état civil le consentement de son père seul, l'officier de l'état civil devra s'abstenir de procéder au mariage jusqu'à ce qu'il lui ait été justifié du consentement ou du refus de la mère; car le consentement du père ne suffit qu'en cas de dissentiment. Il est utile de constater que la mère a eu connaissance du projet de mariage, a été consultée et refuse son consentement, en effet, il peut arriver que le père, d'abord favorable au mariage de son enfant, change d'avis sur les conseils de sa femme.

2^e *hypothèse*. Si l'un des deux est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

M. Delvincourt (I, n^o 2 de la page 59) enseignait que la mère remariée ne peut pas consentir au mariage de ses enfants du premier lit, surtout si elle n'a pas été maintenue dans la tutelle. La mère non tutrice, disait-il, ne peut autoriser ses enfants à disposer de la valeur la plus minime; or, d'après l'article 1398, le mineur habile à contracter mariage devient en même temps habile à faire son contrat de mariage, avec la seule assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage; donc on ne peut admettre, sans une contradiction manifeste, que le consentement de la mère remariée soit valable, puisqu'il habiliterait le mineur à disposer de tous ses biens. De plus la mère, subissant l'influence

de son nouvel époux, se trouve dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté libre et indépendante; et cela est si vrai que, M. Defermon ayant proposé au Conseil d'État d'ajouter aux mots : qu'en cas de mort du père ou de la mère le consentement de l'autre survivant suffirait, les mots suivants : *quand même il aurait contracté un second mariage*, le rejet de cet amendement prouve bien qu'on a effectivement reconnu qu'un second mariage pourrait exercer dans ce cas une certaine influence.

Cette doctrine doit être rejetée; on peut répondre aux arguments sur lesquels elle s'appuie, que l'article 1398 expose une théorie qui se rattache aux effets de la puissance paternelle et s'écarte complètement des règles de la tutelle; d'ailleurs la mère tutrice non remariée ou le père tuteur ne peuvent autoriser leur enfant mineur à faire des donations, et cependant on ne peut douter qu'ils puissent, en consentant à son mariage, l'habiliter à donner par contrat de mariage. Enfin la loi a pris soin, dans les articles 380, 381 et 386, d'indiquer les effets produits à l'égard des enfants du premier lit par le second mariage de leurs parents, effets relatifs aux droits de correction et de jouissance légale; elle précise, dans les articles 394 à 396, 399 et 400, l'influence qu'un second mariage exercera sur la tutelle de la mère : les rédacteurs du Code n'auraient pas manqué de s'expliquer sur le cas particulier qui nous occupe,

s'ils y avaient vu une exception à l'article 149. Quant à l'addition que proposait M. Defermon, elle a été rejetée, suivant les paroles de M. Réal, « parce qu'elle répétait inutilement une disposition que la règle générale énonce formellement. » Le texte des articles 149 et 173 paraissait trop clair pour qu'une pareille addition présentât quelque utilité.

L'impossibilité, pour l'un des époux, de manifester sa volonté, est placée, par notre article, sur la même ligne que la mort. Les circonstances dans lesquelles il y a impossibilité sont : l'absence, l'interdiction et l'aliénation mentale.

L'absence de l'ascendant se prouve en représentant le jugement qui a déclaré l'absence ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou s'il n'y a point encore eu de jugement, un acte de notoriété dressé par le juge de paix sur la déclaration de quatre témoins (art. 155). L'ascendant, qui est présumé absent, est dans l'impossibilité de manifester sa volonté ; c'est même en vue de la présomption d'absence que l'acte de notoriété paraît avoir été institué. L'article 155 parle de « l'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait un acte respectueux » ; mais il s'applique certainement à l'absence de l'ascendant dont le consentement est nécessaire.

L'interdiction judiciaire de l'ascendant se prouve par le jugement d'interdiction, et l'interdiction légale par une pièce quelconque indiquant que le condamné subit une peine qui entraîne cette inca-

pacité (extrait de l'arrêt, bulletin n° 2 du casier judiciaire, certificat du directeur de la maison centrale, du directeur des prisons au ministère de l'intérieur, ou du directeur des colonies au ministère de la marine). Si l'ascendant est placé dans un établissement d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838, un certificat d'admission délivré par le directeur de cet établissement constate suffisamment l'impossibilité de donner un consentement valable.

Il peut arriver que l'ascendant, atteint d'aliénation mentale, ne soit ni interdit, ni placé dans un établissement d'aliénés. Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire, comme quelques auteurs l'ont soutenu, de recourir alors à un jugement d'interdiction ou au placement dans un asile d'aliénés, car ces procédures ont surtout pour but de protéger la personne qui en est l'objet, tandis que le consentement des père et mère est exigé, non dans l'intérêt de ceux-ci, mais dans l'intérêt des enfants. Il suffit donc de prouver l'état mental de l'ascendant pour que son incapacité de consentir soit établie, et l'interdiction ou l'admission dans un asile d'aliénés ne sont pas les seuls moyens par lesquels on puisse prouver cette incapacité. La preuve peut résulter d'un certificat de médecin choisi ou agréé par l'officier d'état civil. A l'appui de cette décision, il convient de remarquer que la loi du 20 septembre 1792 (titre IV, section 4, art. 5 et 6) exigeait que le père fût *mort ou*

interdit pour que le consentement de la mère fût suffisant, tandis que l'article 149 parle seulement de l'impossibilité de manifester un consentement. Il faut conclure de la généralité de ces termes que le législateur a voulu laisser aux magistrats un large pouvoir d'appréciation : ainsi l'on pourrait décider qu'il y a impossibilité lorsque le père est prisonnier de guerre ou enfermé dans une ville assiégée. (*Sic* Demolombe, III, n° 43; *contra* Delvincourt, I, p. 59; Toullier, I, n° 543; Duranton, II, n° 85.)

3^e *hypothèse*. Si le père et la mère sont morts ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent (art. 150), et leur attestation, mentionnée dans l'acte de mariage, est suffisante pour faire preuve du décès des père et mère, si l'on ignore la date et le lieu de ce décès (Avis du Conseil d'État du 4 thermidor an XIII).

Dans l'ancien droit, le pouvoir de consentir au mariage, à défaut des père et mère, passait, non pas aux autres ascendants, mais à un tuteur ou curateur qui devait prendre l'avis des plus proches parents (ord. de Blois, art. 43); et s'il refusait son consentement, le futur époux pouvait s'adresser au tribunal (Pothier, n° 336). La loi du 20 novembre 1792 n'appelait pas non plus les aïeuls ou aïeules à défaut des père et mère; le droit de consentir était conféré à une assemblée de cinq parents ou voisins.

Le Code civil, par les mots aïeuls et aïeules, ne désigne pas seulement le grand-père et la grand-mère, mais aussi les bisaïeuls et trisaïeuls (art. 173, 174, 278). S'il n'y a d'ascendants que dans une seule ligne, l'ascendant le plus proche est appelé à consentir; si, dans cette même ligne, se trouvent deux ascendants au même degré, un aïeul et une aïeule par exemple, ils doivent être tous deux consultés; mais en cas de dissentiment, le consentement de l'aïeul suffit, à l'exemple de celui du père.

« S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement. » Peu importe que le consentement émane d'un bisaïeul, tandis qu'un aïeul de l'autre ligne serait opposé au mariage; car un ascendant plus proche dans une ligne ne peut pas exclure l'ascendant plus éloigné de l'autre ligne. On a soutenu le contraire en s'appuyant sur l'article 402, qui défère la tutelle aux aïeuls avant de passer aux bisaïeuls; mais les règles de la tutelle sont bien différentes de celles du consentement: on y préfère toujours la ligne paternelle à la ligne maternelle, tandis que l'article 150 ne donne à la ligne paternelle aucune prééminence sur l'autre ligne.

4^e hypothèse. « S'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du con-

seil de famille. » (Art. 160.) Ainsi, quand il n'existe aucun ascendant capable de manifester sa volonté, c'est à vingt et un ans et non à vingt-cinq ans que le fils devient habile à se marier sans autorisation; la majorité pour le mariage ne diffère plus de la majorité ordinaire.

Lorsque les futurs époux sont majeurs et ignorent le lieu du décès et du dernier domicile de leurs ascendants, on peut appliquer l'avis du Conseil d'État du 4 thermidor an XIII, qui autorise à passer outre au mariage « sur leur déclaration à serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus. Cette déclaration doit être certifiée aussi par serment des quatre témoins.... » Quand les futurs époux sont mineurs, ils ont besoin du consentement de leur conseil de famille, mais il est inutile de produire à l'officier de l'état civil les actes de décès des ascendants, ou la preuve de leur incapacité; la délibération du conseil de famille constate suffisamment ces faits. C'est ce qui résulte implicitement du préambule de l'avis du Conseil d'État du 4 thermidor an XIII : « Considérant que rien n'est à craindre relativement au mariage des mineurs, puisque en force de l'article 160 du C. C., toutes les fois qu'il n'y a ni père ni mère, ni aïeux ni aïeules, ou qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter

mariage sans le consentement du conseil de famille. »

Le conseil de famille a-t-il, comme les ascendants, un pouvoir souverain pour donner ou refuser son consentement au mariage?

La plupart des auteurs lui attribuent ce pouvoir. L'article 160 exige le *consentement* du conseil de famille, comme l'article 148 le consentement des père et mère, comme l'article 150 le consentement des aïeuls; c'est le même texte, la même expression; or on reconnaît que la décision des ascendants est souveraine; donc il doit en être nécessairement ainsi de la décision du conseil de famille. C'est son consentement que le Code exige et non le consentement de tout autre; l'intervention du tribunal serait une violation de la loi. L'article 883 du Code de procédure permet, il est vrai, au tribunal de réformer les décisions des conseils de famille, mais cet article appartient à un titre intitulé *Des avis de parents*, ce qui ne comprend que les nominations de tuteurs et les décisions sujettes à homologation. Sans doute, le conseil de famille peut se tromper, mais n'en est-il pas de même des ascendants? Le consentement à mariage est un acte de puissance paternelle et il est à l'abri de tout contrôle, soit qu'il émane des ascendants, soit qu'il provienne d'un conseil de famille. (Merlin, *Rép.*, v° *Empêch.*, § 5, art. 2, n° 14; Demol., III, n° 86; Aubry et Rau, § 462; Marcadé, art. 160.)

Cette doctrine nous paraît contraire aux textes et aux principes du Code, ainsi qu'à l'intérêt des mineurs. L'article 168 s'est servi du mot *consentement* parce qu'il était difficile d'employer une autre expression, mais il ne s'ensuit pas que la décision d'un conseil de famille soit souveraine comme celle d'un ascendant. L'article 883 du Code de procédure est formel : « *Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal. Les tuteur, subrogé tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée, pourront se pourvoir contre la délibération ; ils formeront leur demande contre les membres qui auraient été d'avis de la délibération sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation.* » Cet article autorise le tribunal à substituer sa décision à celle du conseil de famille. Le titre *Avis de parents* indique que les articles qui suivent concernent tout ce qui peut faire l'objet d'une délibération de conseil de famille, et il n'y a pas d'argument à tirer de ce titre. L'art. 882 s'occupe des nominations de tuteurs, l'article 885 traite des délibérations sujettes à homologation ; mais cela n'empêche pas l'article 883 de concerner toutes les délibérations non sujettes à homologation ; la généralité de ses termes ne permet pas d'en douter. Voudrait-on excepter le consentement à mariage parce qu'au lieu de se rattacher à un intérêt pécuniaire il est un attribut de la

puissance paternelle? Mais le conseil de famille, quand le tuteur n'est ni le père ni la mère, détermine le lieu où le pupille doit être élevé et l'éducation qu'il convient de lui donner; c'est là un attribut de la puissance paternelle, et néanmoins personne ne doute que le tribunal puisse réformer une décision de ce genre. Le Code n'établit aucun recours contre le refus de consentement des ascendants, parce qu'il pense sans doute que leur affection est une garantie suffisante; le même motif de confiance n'existe pas pour les décisions d'une assemblée composée souvent de parents indifférents, de voisins ou de prétendus amis de la famille. C'est cette distinction entre les ascendants et les autres personnes qui a inspiré l'article 27 de la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874 : « Les intéressés peuvent interjeter recours à l'autorité tutélaire supérieure contre le refus du tuteur de donner son consentement. »

La doctrine que nous soutenons se trouve fortifiée par l'ancien droit et le droit intermédiaire; elle a été consacrée par un arrêt de la Cour de Liège du 30 avril 1811 (Dalloz, v° *Mariage*, n° 120) et par un jugement du Tribunal de la Seine du 6 août 1869 (Sirey, 70, II, 489, *sic* Toullier, I, n° 547; Valette, sur Proudhon, I, p. 399; Coffinières, *Encycl. du dr.*, v° *Acte respectueux*, n° 25).

§ 2. *Enfants naturels*. — Dans l'ancien droit, les bâtards, n'étant pas soumis à la puissance paternelle de leurs père et mère, n'avaient pas be-

soin d'obtenir ni même de requérir leur consentement. S'ils étaient mineurs, ils avaient besoin, comme les autres, du consentement de leur tuteur ou curateur, et s'ils n'en avaient pas, on devait leur en donner un (Pothier, n° 342).

Aujourd'hui il faut distinguer deux hypothèses :
1° L'enfant naturel a été reconnu, et ceux qui l'ont reconnu sont vivants ou l'un d'eux survit : on applique les mêmes règles que pour l'enfant légitime. Quant aux enfants adultérins ou incestueux, dans le cas même où leur filiation se trouve légalement établie, l'article 158 ne leur est pas applicable, car le seul lien légal qui unisse ces enfants à leurs parents est le droit à des aliments.

2° L'enfant naturel n'a pas été reconnu, ou bien les auteurs de la reconnaissance sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Il se trouve dans une situation analogue à celle de l'enfant légitime qui a perdu tous ses ascendants; cependant la loi ne lui commande pas, comme à l'enfant légitime, de demander le consentement du conseil de famille. Il est vrai que ce conseil ne pourrait être composé que de voisins ou d'amis. L'article 159 prescrit la nomination d'un tuteur *ad hoc*, et c'est ce tuteur qui est investi du droit de consentir au mariage. Le législateur a sans doute pensé que la responsabilité d'une seule personne serait plus favorable aux intérêts du mineur qu'une responsabilité collective.

III

IMPUBERTÉ.

En droit romain, la femme était déclarée nubile (*viripotens*) à douze ans; quant à l'homme, Justinien décida qu'il était pubère à quatorze ans. Auparavant cette opinion était défendue par les Proculéiens, mais les Sabinien soutenaient qu'on n'était pubère que quand on pouvait réellement engendrer. Il fallait donc résoudre la question *ex habitu et inspectione corporis* (Gaius, I, § 196).

Notre ancien droit suivit le droit romain; mais cette détermination de l'âge de la puberté, si elle était bonne pour le climat de l'Italie, n'était pas, en France, conforme à la réalité. Aussi la loi du 20 septembre 1792 éleva d'une année l'âge nécessaire pour se marier, et le fixa à treize ans pour les femmes et quinze ans pour les hommes.

Les rédacteurs du Code civil ont pensé que cette réforme était encore insuffisante : l'art. 144 dispose que « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ». Cependant nous verrons que des dispenses d'âge peuvent être accordées.

IV

EXISTENCE D'UN PRÉCÉDENT MARIAGE.

L'existence d'un précédent mariage fut toujours, à Rome, un obstacle absolu à ce qu'on pût en contracter un second (Gaius, I, § 63); les bigames étaient notés d'infamie; sous Justinien ils furent punis de mort (Théophile, I, 40, §§ 2 et 7). Le mariage était dissous par la mort, le divorce et la *maxima capitis diminutio*.

Dans notre ancien droit, le divorce n'existait pas; et la mort civile, bien qu'elle fit cesser les effets civils du mariage, laissait subsister le lien. La mort était donc la seule cause de dissolution du mariage. Pothier (n° 403) voit le motif de la prohibition de la polygamie dans la loi évangélique qui fait du sacrement de mariage le symbole de l'union de Jésus-Christ avec son Église. « L'Église étant l'unique épouse de Jésus-Christ, le mariage des chrétiens, qui en est la figure, doit être l'union d'un seul homme avec une seule femme. »

La loi 6 *de divortis* permettait, en droit romain, aux femmes des captifs, sans nouvelles de leurs époux, de se remarier au bout de cinq ans, et Constantin étendit cette décision aux femmes

des militaires (l. 7, *de repud.* Code). Dans notre ancien droit, au contraire, l'absence, si longtemps qu'elle ait duré, n'autorisait pas le conjoint à se remarier; la preuve du décès était nécessaire (Pothier, n° 106).

Dans le droit intermédiaire, le divorce a été établi par la loi du 20 septembre 1792, et l'époux d'un absent put se remarier, car l'article 4 du § 1^{er} permet de prononcer le divorce sur l'absence d'un des époux, sans nouvelles, au moins depuis cinq ans, et l'article 2 du décret du 4 floréal an II réduisit même ce délai à six mois.

L'article 147 du Code civil est ainsi conçu : « On ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du précédent ; » et l'article 340 du Code pénal prononce la peine des travaux forcés à temps contre quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en contracte un autre avant la dissolution du précédent.

Sous l'empire du Code, tel qu'il fut promulgué, il existait trois causes de dissolution du mariage (art. 227) : 1° la mort; 2° le divorce légalement prononcé; mais l'absence n'était plus une cause de divorce; 3° la condamnation définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile. La mort est la seule cause de dissolution qui subsiste aujourd'hui : le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816 et la mort civile est supprimée depuis la loi du 31 mai 1854. Mais le divorce est admis dans la plupart des législations étrangères, et nous

verrons qu'un étranger, valablement divorcé dans son pays, peut se remarier en France. Quant au Français qui s'est fait naturaliser à l'étranger et a fait ensuite prononcer son divorce, on considère qu'il a voulu frauder la loi française et on ne lui permet pas de se remarier.

Si le premier mariage est annulé, un nouveau mariage est possible, car alors on peut dire qu'il n'y a pas eu mariage; mais tant que la nullité n'est pas prononcée, le premier mariage existe et forme au moins un empêchement prohibitif (189).

L'absence, quelle que soit sa durée, ne dissout pas le mariage; des doutes s'étaient élevés pour l'absence des militaires, mais l'avis du Conseil d'État du 17 germinal an XIII déclare que « les effets de l'absence sont réglés par le Code Napoléon en tout ce qui concerne les biens, mais qu'on ne peut aller au delà ni déclarer le mariage de l'absent dissous après un certain nombre d'années; qu'à la vérité plusieurs femmes de militaires peuvent, à ce sujet, se trouver dans une situation fâcheuse, mais que cette considération n'a point paru, lors de la discussion du Code, assez puissante pour les relever de l'obligation de rapporter une preuve légale, sans laquelle on exposerait la société à de déplorables erreurs et à des inconvénients beaucoup plus graves que les maux particuliers auxquels on voudrait obvier. » En conséquence, le Conseil d'État a estimé « qu'il n'y avait pas lieu de déroger au droit commun ni d'y intro-

duire une exception que la législation n'a jamais admise. » Cet avis déclare en outre qu'on ne doit pas admettre comme preuve du décès « de simples actes de notoriété fournis après coup et résultant le plus souvent de quelques témoignages achetés ou arrachés à la faiblesse. »

Toutefois, nous verrons que si l'époux d'un absent se remarie, l'incertitude qui plane sur l'état de l'absent, et qui fait qu'on ne sait s'il est vivant ou mort, ne permet pas d'annuler le second mariage.

La loi du 13 janvier 1817, remise en vigueur par la loi du 9 août 1871 concernant les militaires disparus pendant la dernière guerre, ne modifie pas le Code civil quant aux effets de l'absence ; elle simplifie seulement la procédure tendant à la déclaration d'absence et elle abrège les délais.

V

PARENTÉ.

La parenté est la liaison que la nature a mise entre deux personnes qui descendent l'une de l'autre ou d'un auteur commun. Les termes de cette définition : qui descendent l'une de l'autre, désignent la parenté en ligne directe ; ceux-ci :

ou d'une souche commune, désignent la parente collatérale.

Dans le droit romain, la parenté en ligne directe est, comme dans toutes les législations, un obstacle absolu au mariage. En ligne collatérale, le mariage est prohibé lorsque l'un des époux est à un seul degré de l'auteur commun. Cette règle n'est formellement exprimée nulle part, mais elle résulte des exemples donnés par les textes (Inst. I, 10, §§ 3 et 5; Gaius, I, § 62). On ne distingue pas entre oncle ou tante, et grand-oncle ou grand-tante, car la prohibition est motivée sur ce que les oncles ou tantes sont *loco parentum*, c'est-à-dire doivent avoir pour leurs neveux une affection de même nature que celle des père et mère, et qu'ils exercent sur eux une autorité semblable. Cette législation fut modifiée par Claude, qui, voulant épouser Agrippine, fille de son frère Germanicus, fit décider d'une manière générale, par le Sénat, que désormais un oncle paternel pourrait épouser la fille de son frère. Ce sénatus-consulte fut abrogé par une constitution des empereurs Constance et Constant fils de Constantin (l. 1 de incest. nupt. C. Théod., III, 12). Les mariages entre cousins germains étaient très-rares chez les Romains, ils furent interdits par une constitution de Théodose le Grand; puis on trouve des constitutions contradictoires de ses fils Arcadius et Honorius. L'une, insérée au Code de Justinien (19 de nupt.), permet les mariages entre

cousins germains; l'autre, qui se trouve au Code Théodosien (l. uniq. *si nupt. ex rescript petant.*), suppose ces mariages défendus, mais elle permet à ceux qui voudraient les contracter de s'adresser à l'empereur, qui se réserve le droit de les autoriser par rescrit.

La parenté résultant du concubinat ou d'un *matrimonium non justum* et même la *cognatio servilis* étaient, comme la parenté légitime, un empêchement au mariage. L'adoption créait un lien de parenté légale d'où résultaient les mêmes prohibitions que celles qui naissent de la parenté naturelle. L'émancipation détruisait cette parenté fictive et en faisait cesser les effets; toutefois le mariage demeurait interdit en ligne directe.

La proximité de la parenté, aujourd'hui comme en droit romain et dans notre ancienne législation, se calcule à l'aide de degrés. En ligne directe il y a autant de degrés que de générations séparant les deux parents : ainsi le fils est, à l'égard du père, au premier degré; le petit-fils est au second degré avec son grand-père (art. 737). En ligne collatérale, le droit romain, ainsi que notre droit actuel, compte toutes les générations en remontant de l'un des collatéraux à l'auteur commun et en redescendant ensuite jusqu'à l'autre parent. Suivant ce procédé, les frères se trouvent au second degré, l'oncle et la nièce au troisième, les cousins germains au quatrième, etc.

Dans l'ancien droit français on comptait de

cette manière pour déterminer l'ordre des successions; mais dans les autres matières, pour les degrés de parenté qui forment un empêchement au mariage ou une cause de récusation de juges ou de témoins, on avait adopté la computation canonique (Pothier, *Successions*, ch. 1, sect. 2, n° 552). D'après le droit canonique, pour déterminer les degrés en ligne collatérale, on ne compte les générations que de l'un des parents à la souche commune, sans redescendre de l'autre côté; et si l'un des parents est plus éloigné que l'autre de la souche commune, on compte les générations depuis celui des parents qui est le plus éloigné de cet auteur commun. Ainsi les deux frères sont au premier degré, les cousins germains au deuxième, les cousins issus de germains au troisième; l'oncle et la nièce sont au second degré, le grand-oncle et la petite-nièce au troisième, etc. On voit apparaître cette méthode de compter les degrés dans une lettre par laquelle le pape saint Grégoire, à la fin du sixième siècle, déclare à saint Augustin de Cantorbéry qu'il faut s'abstenir de marier des cousins germains et qu'on ne doit permettre le mariage qu'à partir du troisième degré de parenté.

Le 1^{er} canon du Concile de Compiègne, tenu en 757, permet le mariage entre parents au quatrième degré, c'est-à-dire entre enfants de deux cousins issus de germains, mais le défend si, l'un des parents étant au quatrième degré, l'autre n'est qu'au troisième degré de l'auteur commun. La

manière de compter les degrés selon le droit civil n'avait pas complètement disparu, et la prohibition des mariages ayant été étendue jusqu'au septième degré de parenté, les uns, comptant selon le droit civil, bornaient cette défense au degré de cousin issu de germain; les autres, qui avaient adopté la nouvelle méthode, interdisaient le mariage entre personnes qui descendaient d'un sixième aïeul commun. Alexandre II, élu pape en 1061, décide, par une décrétale adressée au clergé de Naples, qu'on doit se conformer à la nouvelle manière de compter les degrés, et il déclare assis dans la chaire de pestilence, *sedentes in cathedra pestilentiae*, les personnes restées fidèles à l'ancien système. Le même pape assembla deux conciles à Rome pour vaincre les résistances, et par la suite on regarda comme hérétiques ceux qui, persistant à compter les degrés à la manière du droit civil, permettaient le mariage entre les enfants de deux cousins issus de germains, car ces parents étaient au huitième degré selon le droit civil et au quatrième selon le droit canonique. On appelait leur opinion l'hérésie des incestueux.

On alla jusqu'à interdire d'une façon absolue tout mariage entre parents, à quelque degré que ce soit, par suite de la fausse interprétation du verset 6, ch. 18, au Lévitique. Ces prohibitions exagérées eurent un résultat heureux; elles parvinrent à hâter la fusion des différentes races qui,

depuis les invasions, vivaient en France côte à côte; mais d'un autre côté, les demandes en cassation de mariage devinrent trop fréquentes, car les époux fatigués de vivre ensemble découvraient presque toujours une parenté éloignée suffisante pour justifier une action en nullité.

En vue de diminuer ces inconvénients, le concile de Latran, sous Innocent III, en 1215, borna la défense aux parents du quatrième degré (septième et huitième degré du droit civil). Le motif allégué est fort curieux : *Quia quatuor sunt humores in corpore, qui constant ex quatuor elementis !* En outre, si l'une des parties était au cinquième degré de l'auteur commun, elle pouvait épouser un parent au deuxième degré. Mais quand l'un des parents n'est qu'au premier degré, le mariage lui est interdit comme en droit romain, *quia parentum loco habetur*.

Ces règles du droit canonique s'appliquaient à toute parenté, qu'elle fût légitime ou naturelle. La doctrine du Concile de Latran fut observée constamment en France jusqu'à la Révolution. La loi du 20 septembre 1792, titre IV, sect. 1, art. 11, par une réaction bien naturelle contre l'ancien droit, limite autant que possible les empêchements et permet le mariage entre tous collatéraux, à l'exception des frères et sœurs.

§ 1. *Parenté légitime*. — D'après le Code, en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels

(161); en ligne collatérale, il est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels (162), et entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (163); mais pour les mariages entre oncle et nièce, tante et neveu, des dispenses peuvent être accordées (164).

Les défenses, ainsi limitées, tiennent compte des considérations signalées par Portalis au Conseil d'État (séance du 26 fructidor an IX) : « Les prohibitions civiles des mariages entre collatéraux et entre alliés sont fondées : 1° sur l'intérêt de multiplier les alliances; 2° sur la nécessité de prévenir la corruption des mœurs qui se glisse facilement à la suite des communications familiales, lorsque le mariage peut en effacer la honte; 3° sur l'intérêt de ne pas laisser dégénérer les races, car l'expérience a prouvé que cet effet suit ordinairement les mariages entre individus de la même famille. »

L'art. 163 prohibe le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu; doit-on étendre cette prohibition au mariage du grand-oncle avec sa petite-nièce, et de la grand'tante avec son petit-neveu ?

Un avis du Conseil d'État du 23 avril 1808 se prononçait pour la négative et était conçu en ces termes :

« Le Code ne prohibe que les mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu; le législateur n'a pas cru devoir étendre ces défenses aux

degrés plus éloignés ; il est vrai qu'il existe souvent une grande disproportion d'âge entre le grand-oncle et la petite-nièce ; mais encore que les mariages disproportionnés par l'âge ne soient pas favorables, la loi ne les a pas interdits, et des circonstances particulières les rendent quelquefois convenables ; d'ailleurs cette disproportion d'âge n'est pas toujours réelle ; mais, dans tous les cas, il suffit pour autoriser les mariages entre le grand-oncle et la petite-nièce, d'établir que ces mariages ne sont défendus par aucune loi » (Loché, IV, p. 620). Napoléon refusa d'approuver cet avis et fit insérer au *Bulletin des lois*, sous la date du 7 mai 1808, la décision suivante :

« Le mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce ne peut avoir lieu qu'en conséquence des dispenses accordées conformément à ce qui est prescrit par l'article 164 du Code. »

Il ne s'agit donc pas, ainsi que l'ont écrit Proudhon (I, p. 404), Toullier (I, p. 538 et note) et Duranton (II, p. 168) d'un avis du Conseil d'État approuvé par l'Empereur, mais d'une simple décision impériale rendu, contre l'avis du Conseil d'État. Cette décision est même dépourvue de toute autorité législative, car elle n'a pas été rendue dans la forme ordinaire des décrets, ni revêtue de la signature de l'empereur ou d'un de ses ministres (Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 55 : Règlement du 5 nivôse an VIII, art 11). Cependant la circulaire du garde des sceaux en date du 11

mai 1821 et celle du 29 avril 1832 qualifient cette décision impériale de décret et ne paraissent pas mettre en doute qu'elle ait force de loi. (*Sic* Proudhon, I, p. 402 et 481 ; Toullier, I, p. 538, note 1 ; Duranton, II, 168.) D'autres auteurs ne commettent pas la même erreur, mais acceptent la décision du 7 mai 1808 comme une bonne interprétation de l'article 163 du Code ; ils pensent que le mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce, ou entre une grand'tante et son petit-neveu, doit être condamné comme rentrant dans l'esprit évident et même dans les termes de l'article 163. Un grand-oncle, disent-ils, est toujours un oncle exerçant une sorte d'autorité paternelle sur toute la descendance de ses frères et sœurs. Ces mariages étaient prohibés, en droit romain et en droit canonique. Si la décision du 7 mai 1808 n'a pas d'autorité législative, elle présente une bonne interprétation de l'article 163 ; il faut même en étendre la portée et dire que le mariage est interdit entre la grand'tante et le petit-neveu, et que l'article 184 est applicable à ces mariages, bien que la décision du 7 mai 1808 ne prononce aucune nullité. (Demolombe, III, n° 105 ; Zachariæ § 466, note 5 ; Valette, cours de C.C., p. 186 ; Marcadé sur l'article 163, n° 3.)

Nous préférons l'opinion contraire, et l'avis du Conseil d'État nous paraît plus juridique. Il n'est pas vrai que par les mots d'oncle et tante on puisse désigner le grand-oncle et la grand'tante ; cette

théorie, qu'on ne pourrait appuyer sur aucun dictionnaire français, n'a été présentée que pour notre article. Ainsi l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI défend aux notaires de recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe, à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou neveu, inclusivement, seraient parties, personne n'a soutenu que cette disposition dût s'étendre au grand-oncle ou au petit-neveu. C'est qu'en effet le législateur n'hésite pas à les nommer lorsqu'il le juge convenable (voir art. 10, loi du 13 décembre 1848, et art. 15, loi du 22 juillet 1866 sur la contrainte par corps). Qu'importe que cet empêchement ait existé en droit romain et en droit canonique. On admettait autrefois des empêchements tirés de l'honnêteté publique, tous ces empêchements ont été abolis par la loi du 20 septembre 1792. Le droit intermédiaire n'interdisait le mariage en ligne collatérale qu'au second degré (frères et sœurs), le Code a étendu l'empêchement jusqu'au troisième degré et des dispenses peuvent même être accordées. Si l'on admettait que la décision du 7 mai 1848 a une autorité législative, il faudrait dire qu'elle constitue un simple empêchement prohibitif, puisqu'elle ne prononce pas la nullité du mariage une fois célébré et ne donne à personne le droit de l'attaquer. Mais on reconnaît aujourd'hui que cette décision n'a pas de valeur et l'on crée une nullité de mariage par interprétation, comme si notre lé-

gislation actuelle admettait encore les empêchements d'honnêteté publique. Les motifs qui font annuler le mariage entre l'oncle et la nièce ne se retrouvent pas identiques quand il s'agit du grand-oncle et de la petite-nièce. La parenté est au quatrième degré et la dégénérescence de la race n'est plus à craindre que dans les mariages entre cousins germains. Montesquieu (*Esprit des lois*, XXVI, 14) pense que l'on doit interdire le mariage, à des degrés plus ou moins éloignés selon le nombre des membres de la famille qui, d'après les habitudes du pays, habitent sous le même toit, afin d'élever entre eux une barrière pour l'honneur et le repos du foyer domestique. On voit souvent encore les oncles et nièces demeurer ensemble, mais il est bien rare que les grands-oncles vivent en commun avec des frères et sœurs qui ont des petits-enfants, car chaque ménage fonde un établissement séparé. (*Sic* Aubry et Rau, § 464, n° 5).

La doctrine que nous soutenons a été consacrée par un arrêt fortement motivé de la Cour de Nîmes, en date du 13 août 1872 (aff. Testud, Dalloz, 1872, II, 169; Sirey, 72, II, 145). On peut encore citer un jugement du Tribunal fédéral suisse du 10 mars 1876, qui interprète l'article 28 de la loi fédérale du 24 décembre 1874 comme nous interprétons nous-mêmes la loi française (*Journ. de droit international privé*, 1876, p. 514). Le système contraire a été adopté par la Cour de Caen le 16 août 1876 (*Journ. de dr. int.*

privé, 1876, p. 418), et, tout récemment, par un arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1877 (*Gazette des Tribunaux* du 5 décembre 1877).

§ 2. *Parenté naturelle*. — La parenté naturelle crée un empêchement de mariage en ligne directe entre tous les ascendants et descendants, et en ligne collatérale entre les frères et sœurs. Là s'arrête la prohibition, et presque tous les jurisconsultes reconnaissent que cette doctrine ressort clairement du rapprochement des articles 161 et 162 avec l'article 163 qui se borne à défendre le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, sans ajouter, comme les articles 161 et 162 : *légitimes ou naturels* (Circulaire ministérielle du 11 novembre 1875). Il n'est pas douteux que le mot *naturel*, dans ces deux articles, est synonyme d'illégitime et comprend la parenté adultérine ou incestueuse.

Ici se présente une question fort délicate et dont la solution offre de sérieuses difficultés. Le Code civil a soumis la preuve de la paternité naturelle à des règles sévères et précises dans le titre *De la paternité et de la filiation*. La reconnaissance doit être faite par acte authentique (334). La recherche de la paternité est interdite, sauf en cas d'enlèvement (340). La recherche de la maternité n'est permise qu'avec un commencement de preuve par écrit (341). Dans toutes ces hypothèses, la parenté naturelle sera légalement prouvée; mais n'empêche-t-elle le mariage que si elle peut être

prouvée conformément à ces articles 334 et suivants?

Pour l'affirmative, on dit que la parenté naturelle n'existe aux yeux de la loi que si elle est légalement établie; or il n'y a de preuves légales à cet égard que celles qui sont déterminées par les articles 334 et suivants, et en dehors de ces preuves la parenté est légalement réputée ne pas exister. Admettra-t-on d'autres preuves, des actes sous seings privés, des preuves testimoniales? Mais on viole alors l'article 340, qui interdit la recherche de la paternité pour protéger le repos des familles contre de scandaleuses investigations (Delvincourt, I, p. 63, n° 8; Duranton, II, n° 166; Valette sur Proudhon, II, p. 178, 180; et Cours de C. C., p. 185; Mersier, Actes de l'état civil, p. 212).

Ce système est d'une logique rigoureuse; mais comment admettre que le législateur a pu permettre à un père d'épouser sa fille, à un frère d'épouser sa sœur? Aussi plusieurs auteurs se sont-ils efforcés de justifier la défense de tels mariages. M. Rolland de Villargues (Des enfants naturels, n° 306) admet que la parenté naturelle, non légalement prouvée, produira un empêchement, mais un simple empêchement prohibitif. Cette restriction est arbitraire, et s'il y a un empêchement, il ne peut être que dirimant. D'autres auteurs considèrent qu'il y a un empêchement d'honnêteté publique. Mais l'honnêteté publique

n'est plus aujourd'hui, comme dans l'ancien droit, un empêchement au mariage.

Reste un dernier système qui soutient que la parenté naturelle est un empêchement au mariage, quand même elle ne pourrait être prouvée que par des moyens autres que ceux qui ont été déterminés dans le titre De la paternité et de la filiation. Cette doctrine, moins logique que la première, a pour elle l'autorité de l'ancien droit, le texte du Code et l'intention présumée du législateur. Les articles 161 et 162 prohibent le mariage entre tous les ascendants ou descendants légitimes ou *naturels*, entre le frère et la sœur légitimes ou *naturels*, sans indiquer de quelle manière la parenté pourra être établie. Ce silence est d'autant plus significatif que dans la plupart des autres articles, relatifs aux enfants naturels, les rédacteurs du Code ont ajouté : *légalement reconnus* (334, 383, 756). Si l'article 908 ne contient pas ces mots, c'est parce qu'il se réfère à l'article 756. Dans les articles 161 et 162 cette omission n'est pas le résultat d'un oubli, elle est intentionnelle, car le tribunal d'appel de Lyon avait demandé que « la prohibition fût limitée aux enfants légalement reconnus, afin de prévenir les recherches souvent calomnieuses et toujours scandaleuses, que la haine ou l'avidité pourrait faire, d'une paternité ou d'une maternité ignorée ou supposée. » Le législateur ne s'est pas laissé toucher par ces motifs, et il a pensé sans doute

qu'il y avait beaucoup plus de scandale dans un commerce monstrueux, sanctionné par la loi, que dans n'importe quelles recherches, fussent-elles mal fondées.

Souvent, en effet, les rapports de parenté, bien qu'ils ne soient pas légalement prouvés, sont certains et notoires. Ainsi la loi déclare absolument nulle la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux, et cependant qui donc voudrait permettre le mariage d'un homme avec sa fille adultérine qu'il aurait reconnue par acte notarié? La certitude de la parenté peut aussi résulter d'une possession d'état bien établie. Comment tolérer un tel mariage? Disons donc qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier, d'après les preuves qu'ils jugeront convenables, si la parenté naturelle existe; de quelque façon quelle soit prouvée, elle sera un empêchement dirimant au mariage (Merlin, v^o Empêch., § 4, art. 4; Proudhon, II, 178; Vazeille, I, n^o 107; Demolombe, III, n^o 107; Cass., 25 mars 1843, Sirey, 43, I, 530).

Si nous supposons qu'après le mariage contracté, l'un des conjoints est l'objet d'une reconnaissance, d'où il résulte qu'il est parent naturel de son époux au degré prohibé, le mariage sera considéré comme ayant toujours été nul, car la reconnaissance déclare la parenté et ne la crée pas; mais cette reconnaissance pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt.

VI

ALLIANCE

L'alliance (*affinitas*), en droit romain, ne résulte, à proprement parler, que du mariage ; c'est le lien qui s'établit entre l'un des époux et les parents de l'autre époux (l. 4, § 3 et 8 *de grad. et aff.*). Elle produit un empêchement à tous les degrés en ligne directe ; mais, en ligne collatérale, elle ne formait jamais obstacle au mariage, à l'époque classique du droit romain. L'empereur Constance défendit le mariage entre le beau-frère et la belle-sœur ; cette prohibition, renouvelée par d'autres empereurs chrétiens, fut maintenue par Justinien.

En vertu de la règle : *Semper in conjunctionibus non solum quod liceat considerandum est, sed et quid honestum sit* (l. 197 de R. J.), le *contubernium* des esclaves, le concubinat et le *matrimonium non justum* produisaient une sorte d'*affinitas* d'où résultaient les mêmes empêchements qu'à la suite d'un mariage légitime, et même il y avait des empêchements fondés simplement sur l'honnêteté.

Dans l'ancien droit, l'affinité est le lien qui s'établit entre l'un des conjoints et les parents de son conjoint ; elle peut résulter d'une union légi-

time ou illégitime ; elle n'est produite que par la consommation du commerce charnel : aussi le mariage non consommé n'entraîne-t-il qu'un empêchement d'honnêteté publique et non d'affinité. Suivant le droit canon, pour qu'il y ait affinité, *requiritur quod vir seminet intra vas naturale mulieris, nonnulli doctores requiruntur quod etiam fœmina seminet, eo quod hoc modo fiat proprie seminum commixtio de qua nascitur affinitas, uti de qua fœtus formatur*. Mais l'opinion contraire est généralement adoptée aujourd'hui : *quia semen mulieris non æstimatur necessarium simpliciter ad generandum* (l'abbé André, Cours de dr. canon, v^o Affinité).

En ligne directe l'affinité est un empêchement à tous les degrés, en ligne collatérale on avait d'abord établi les mêmes empêchements que pour la parenté, et le Concile de Latran limita la défense des mariages au quatrième degré canonique pour l'affinité comme pour la parenté. Le Concile de Trente distingua entre l'affinité qui procède d'une union légitime et illégitime ; l'empêchement, dans ce dernier cas, ne s'étendit pas au delà du second degré. Bien que le Concile de Trente n'eût pas été reçu en France, notre ancien droit cependant adopta cette disposition.

Les parents de la femme sont véritablement les alliés du mari, mais ne sont pas les alliés des parents du mari ; de même les parents du mari sont les alliés de la femme, mais il n'y a aucune af-

finité entre eux et les parents de la femme; de là l'axiome : *Affinitas non parit affinitatem*. En second lieu, d'après le Concile de Latran, le mari contracte affinité avec les parents et non pas avec les alliés de sa femme; de même, pour celle-ci, il n'y a aucune affinité entre elle et les alliés de son mari.

Lorsque l'affinité survenait, durant le mariage, par le commerce criminel de l'un des conjoints avec un parent de l'autre conjoint, le mariage n'était pas rompu, car l'époux innocent, étant étranger à la faute qui avait formé cette affinité, ne pouvait être privé des droits que lui donnait le mariage. « Mais on exhortait les conjoints entre lesquels cette affinité est contractée, à vivre dans la continence et à s'abstenir de l'usage du mariage; toutefois, si la partie innocente déclare qu'il lui est trop difficile de garder la continence, on doit lui permettre d'exiger de l'autre partie le devoir conjugal. » (Pothier, n° 169.) C'est ce que décident Innocent III et Grégoire IX.

Le droit canonique reconnaît en outre une *affinité spirituelle* qui crée aussi des empêchements au mariage, elle résulte du baptême et est fondée sur la comparaison que fit le pape Nicolas, l'an 866, écrivant aux Bulgares, de l'affinité spirituelle avec la parenté que produisait, chez les Romains, l'adoption. Ces empêchements, très-nombreux dans l'ancien droit canonique, ont été réduits à trois par le Concile de Trente : 1° entre

la personne baptisée et celle qui lui a conféré le baptême, le parrain ou la marraine qui l'ont tenue sur les fonts baptismaux ; 2° entre la personne qui a conféré le baptême, le parrain et la marraine d'une part, et le père et la mère de la personne baptisée ; 3° entre la personne baptisée et les enfants de son parrain ou de sa marraine qui lui tenaient lieu de frères et sœurs.

La loi du 20 septembre 1792 (tit. IV, sect. 4, art. 11) n'admit de prohibition que pour les alliés en ligne directe.

Dans le droit actuel, l'article 161 interdit le mariage entre tous les alliés en ligne directe, l'article 163 étend la prohibition aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs ; mais ce dernier empêchement peut être levé par des dispenses. Le mariage est permis aux autres degrés d'alliance collatérale ; ainsi on peut épouser la veuve de son oncle ou de son neveu (Circulaire ministérielle du 22 juillet 1809 ; lettre ministérielle du 12 septembre 1844 ; décision du 21 décembre 1844 ; Cass., 10 novembre 1858, Dalloz, 1858, I, 466).

Le Code ne définit pas l'alliance et les interprètes discutent la question de savoir si un empêchement de mariage naît de l'alliance naturelle résultant d'un commerce illicite.

Un premier système s'appuie sur le droit canonique, qui donnait le nom d'affinité au lien naturel créé par un commerce illégitime et qui attribuait à cette alliance le pouvoir d'empêcher le mariage.

(Zachariæ, § 466, texte et note 8 ; Aubry et Rau, § 461, note 13.) Les partisans de ce système soutiennent qu'il y a empêchement toutes les fois que le commerce illicite est légalement prouvé, par exemple, par une condamnation pour adultère, par reconnaissance d'enfant naturel, ou par mariage annulé plus tard. MM. Toullier (I, p. 277, 280) et Marcadé (art. 161, n° 3) admettent que l'affinité naturelle crée un empêchement, mais seulement en ligne directe ; cette doctrine intermédiaire manque de conséquence ; il en est de même du système de M. Duranton (II, 457), d'après lequel, à la suite d'un mariage annulé, l'empêchement est dirimant si les époux étaient de bonne foi, et n'est que prohibitif dans le cas de mauvaise foi. Cette distinction est tout à fait arbitraire.

Quant à nous, nous estimons que le mariage seul produit l'alliance ; c'était déjà l'opinion du droit romain : *conjungendæ ad finitatis causa fit ex nuptiis* (l. 4, § 3 et 8 de grad. et affn.) ; et de même, Pothier définit ainsi l'affinité : « L'affinité proprement dite est le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage et les parents de l'autre. » (N° 459.) Quant aux canonistes, bien qu'ils désignassent par le même mot l'affinité légitime ou naturelle, ils ne confondaient pas ces deux genres d'alliance, et nous avons dit que le Concile de Trente limita au deuxième degré l'empêchement résultant de l'affinité naturelle, tandis que l'empêchement d'affinité légitime s'étendait jusqu'au

quatrième degré en ligne collatérale. Bien plus, la Cour de Rome n'a jamais dispensé de l'empêchement qui résulte en ligne directe d'un mariage légitime et consommé, tandis qu'elle a plusieurs fois dispensé de l'affinité au premier degré, en ligne directe, qui naît d'un commerce illicite. (Abbé André, v^o *Affinité*.) C'est que l'empêchement, dans ce dernier cas, résulte plutôt de l'honnêteté publique que d'une espèce d'alliance imparfaite. Il existait dans notre ancien droit et en droit romain des empêchements d'honnêteté publique, il n'en existe plus dans notre droit actuel.

Le Code n'a pas défini l'alliance, mais il lui fait produire diverses conséquences; si l'on prétend que les art. 161 et 162 embrassent aussi bien les alliés naturels que les alliés légitimes, il faut décider de même dans toutes les hypothèses, et dire que pour faire déclarer nul un testament, pour reprocher un témoin ou récuser un juge, on pourra établir l'existence d'un commerce illicite d'où découlerait une alliance naturelle (art. 975 C. C.; 268, 283, 378 Pr. civ.). Personne n'est allé jusque-là, et cependant il n'y a dans le texte aucun motif de distinguer. Les articles 161 et 162, qui prohibent le mariage entre certains alliés, n'ajoutent pas, comme pour les parents, les mots : *légitimes ou naturels*; c'est parce qu'il n'y a qu'une seule espèce d'alliance, et elle résulte du mariage. « La loi civile, dit Merlin (v^o *Empêchement*, § 4, art. 3, n^o 3), ne reconnaît plus d'autre affinité que celle

qui a sa source dans le mariage et l'adoption. »
(Demolombe, III, 112.)

Plusieurs auteurs, tout en soutenant cette théorie, admettent une exception. Dans le cas d'un mariage déclaré nul, disent-ils, si les époux (ou l'un d'eux) sont de bonne foi, l'alliance sera au nombre des effets civils que produit alors le mariage, et il y aura lieu d'appliquer les empêchements qui en résultent. (Demolombe, III, 112.)

Cette exception nous paraît inacceptable. Les articles 201 et 202, par les mots *effets civils du mariage*, semblent indiquer seulement les droits pécuniaires, la puissance paternelle, la légitimité des enfants, etc. C'est dans l'intérêt des époux de bonne foi que cette disposition a été établie, et l'intention évidente du législateur ne permet pas de retourner contre les époux de bonne foi le bénéfice introduit en leur faveur et de rendre leur position inférieure à celle des époux de mauvaise foi. Enfin n'est-ce pas un principe bien établi qu'une incapacité ne peut survivre à l'anéantissement de la cause qui l'avait, en apparence, produite? Pour mieux montrer l'iniquité du système contraire, il suffit de prendre un exemple. J'épouse une jeune fille, mais il y a eu erreur sur la personne, c'est sa sœur que je croyais épouser; la loi, en me permettant de faire prononcer la nullité de mon mariage, n'a-t-elle pas précisément pour but de me permettre d'épouser la femme avec laquelle j'avais cru me marier? Dans

le système de nos adversaires, le mariage serait impossible sans dispenses et il n'y aurait même pas lieu de rechercher, comme autrefois, si le premier mariage a été consommé.

Et pourtant, nous dit-on, permettez-vous à un homme d'épouser la fille ou la mère de la femme avec laquelle il avait contracté mariage? Une telle union blesserait l'honnêteté publique! — Nous répondrons que les magistrats et les jurisconsultes doivent interpréter la loi et ne peuvent la modifier; nous répétons que le Code n'admet pas les empêchements résultant de l'honnêteté publique; le scandale ne serait pas moins grand si, au lieu d'un premier mariage annulé, il s'agissait d'un concubinage public et connu, mais non légalement prouvé. Or, dans ce dernier cas, presque tout le monde est d'accord aujourd'hui pour décider qu'il n'y aurait pas empêchement.

La jurisprudence a eu rarement l'occasion de traiter cette question; cependant nous avons trouvé dans Sirey (1808, II, p. 273) la mention d'un jugement du 11 août 1807 qui décide qu'un mariage annulé ne produit pas d'alliance. Si j'ai un frère naturel et qu'il se marie, sa femme sera mon alliée naturelle; de même, la fille naturelle que ma femme aurait eue, avant son mariage avec moi, est mon alliée naturelle. Dans ces cas et autres semblables, et dans ceux-là seulement, il y aura alliance naturelle créant un empêchement au mariage.

L'alliance, n'existant que par le mariage, ne peut naître après la dissolution du mariage; ainsi la fille née de mon beau-père et de ma belle-mère, après la mort de ma femme, n'est pas ma belle-sœur. L'alliance ne produit pas l'alliance; il n'y a donc pas d'empêchement entre les parents de l'un des époux et les parents de l'autre, ni entre l'un des conjoints et les alliés de son conjoint. Par conséquent : deux sœurs peuvent se marier, l'une au père, l'autre au fils; le père peut épouser la belle-mère de son fils et le fils la belle-fille de son père; si un gendre veuf se remarie et décède lui-même avant sa seconde femme, son premier beau-père pourra épouser cette seconde femme; un homme peut épouser la belle-mère de sa femme décédée; quand un homme, resté veuf avec une fille de son premier mariage, meurt après avoir convolé en secondes noces; que sa femme, remariée à un autre, décède elle-même, ce second mari peut épouser la fille du premier (Lettre ministérielle, 12 thermidor an XIII). Le mariage n'est pas prohibé entre un individu et la femme de son beau-père (Circulaire du 18 février 1808); les enfants du premier lit d'un veuf et d'une veuve, qui se sont mariés, peuvent contracter mariage (Circulaire du 12 janvier 1821). Un frère et sa sœur, tous deux mariés, venant à mourir, le mari de la sœur pourra épouser la veuve du frère; car, bien que dans le langage du monde cette femme soit appelée sa belle-sœur, elle était seulement

l'épouse de son beau-frère (Lettres ministérielles des 27 avril 1819 et 23 mars 1849; Décisions des 14 mars 1817 et 8 juillet 1851).

Tous les auteurs et la jurisprudence reconnaissent aujourd'hui que l'alliance continue d'exister après le décès, sans enfants, de l'époux qui l'avait produite. Pour combattre cette solution, on invoquait la maxime de Loysel : *Morte ma fille, mort mon gendre* (Inst. cout., I, 2, § 32), et on s'appuyait sur l'article 206 qui fait cesser l'obligation alimentaire quand la belle-mère a convolé en secondes noces ou quand celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec l'autre époux, sont décédés. Mais l'article 206 ne s'occupe que de l'extinction d'une obligation, et l'on ne peut étendre son effet, par voie d'analogie, à la matière toute différente des empêchements de mariage. Conformément à ce principe, une lettre ministérielle du 19 juillet 1843 a décidé que le mariage est prohibé entre le beau-père (parâtre) et la fille d'un premier mariage de sa femme, quoique celle-ci soit décédée sans laisser d'enfants de son mariage avec lui.

VII

DÉFAUT DE PUBLICITÉ.

A Rome, la cérémonie religieuse qui accompagnait ordinairement le mariage n'était pas exigée à peine de nullité et on ne trouve aucune disposition imposant une publicité quelconque.

Après le triomphe du christianisme, on prit l'habitude de faire bénir les unions par le prêtre; mais cette bénédiction nuptiale n'était pas nécessaire pour la validité du mariage. Quelques capitulaires de Charlemagne et de ses successeurs exigèrent cette formalité, mais ils cessèrent bientôt d'être appliqués, et jusqu'au Concile de Trente on n'hésita pas à admettre la validité des mariages par paroles de présent ou par paroles de futur.

Le Concile de Latran défendit les mariages clandestins, c'est-à-dire non célébrés en face de l'Église, et ordonna la publication de bans. Ces formalités n'étaient pas encore exigées à peine de nullité; leur omission rendait les époux passibles seulement d'une pénitence. Le Concile de Trente alla plus loin; dans sa session 24^e (11 novembre 1563), il ordonna que les mariages, pour être valables, fussent célébrés par le propre curé des contractants, en présence de deux ou trois témoins

Tout autre curé pouvait aussi procéder au mariage lorsqu'il était muni d'une permission du propre curé.

Le Concile de Trente ne fut pas reçu en France, mais Henri III, pour remédier aux abus des mariages clandestins, mit en vigueur, par l'ordonnance de Blois, de mai 1579, les principales dispositions du Concile en ce qui concerne le mariage. L'article 40 de cette ordonnance prescrit trois publications de bans, une célébration publique du mariage, en présence des quatre personnes dignes de foi, et l'inscription de l'acte sur un registre. L'article 44 défend aux notaires de recevoir de promesses de mariage par paroles de présent. De même, l'ordonnance de Henri IV, en décembre 1606, art. 12, attribue aux juges d'église les causes concernant les mariages, « à la charge qu'ils seront tenus de garder les ordonnances, même celle de Blois en l'article 40, et, suivant icelles, déclarer les mariages qui n'auront été faits et célébrés en l'église et avec la forme et solennité requise par ledit article, nuls et non valablement contractés. » Ces dispositions sont confirmées par l'article 39 de l'ordonnance de janvier 1629 (Code Michau), par la déclaration de Saint-Germain du 26 novembre 1639, et par l'édit du mois de mars 1697.

Dans le droit intermédiaire, les mariages devaient être célébrés dans la salle publique de la maison commune, en présence de quatre témoins majeurs, parents ou non parents, sachant signer, s'il peut

s'en trouver aisément dans le lieu qui sachent signer. Après la lecture, faite par l'officier public, des pièces relatives à l'état des parties et aux formalités du mariage, le mariage était contracté par la déclaration que chacune des parties devait faire à haute voix en ces termes : *Je déclare prendre (le nom) en mariage*. Aussitôt après cette déclaration, l'officier public prononçait que les parties étaient unies en mariage et il dressait l'acte. (Loi du 20 septembre 1792, section iv, art. 3 et suiv.)

Le Code civil a apporté peu de changements aux règles créées par la loi de 1792 pour la célébration des mariages. La publicité de la célébration se compose de plusieurs éléments qu'il convient d'examiner séparément.

1° *Les publications*. Nous avons étudié en quels lieux et dans quelle forme elles doivent être faites.

2° *La célébration dans la maison commune*. L'article 75 indique que les mariages doivent être célébrés dans la maison commune ; la section de législation avait ajouté au projet du Code un article ainsi conçu : « En cas d'empêchement, le sous préfet-pourra autoriser l'officier de l'état civil à se transporter au domicile des parties pour recevoir leurs déclarations et célébrer le mariage. » Le Conseil d'État (séance du 14 fructidor an XI) n'a pas maintenu cet article, mais il n'en faut pas conclure que le mariage doit nécessairement être célébré dans la maison commune. Le maire, sous sa responsabilité, peut, lorsqu'il est impossible

aux époux de se transporter à la mairie, célébrer le mariage à leur domicile particulier, et il n'a besoin d'aucune autorisation. S'il consent à faire cette infraction à la règle sans un motif sérieux, il peut être passible de l'amende établie par l'article 193 du C. C. (Langres, 5 février 1868, Sirey, 68, II, 191).

3° *La présence de quatre témoins.* Ils peuvent être parents ou non parents (art. 75), mais ils doivent être du sexe masculin et âgés de 21 ans au moins (art. 37). Sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792, il n'était pas nécessaire que les témoins fussent du sexe masculin (Cass., 24 floréal an XI, Sirey, 3, II, 528). Le Code civil ne dit pas, comme la loi de 1792, qu'on doive prendre de préférence des témoins sachant signer; l'officier de l'état civil doit accepter ceux qui lui sont présentés par les parties.

4° *Admission du public à la célébration.* Pour que le mariage soit célébré *publiquement* (165), il ne suffit pas que les quatre témoins soient présents, il faut que le public puisse assister à la célébration, les portes de la maison commune doivent rester ouvertes. Lorsque l'officier d'état civil célèbre le mariage au domicile d'une des parties qui est malade ou infirme, les portes de ce domicile doivent rester ouvertes et le public doit y être admis. (Décision du garde des sceaux du 3 juillet 1811.)

A Rome et dans notre ancien droit, on pouva

se marier par procureur. Aujourd'hui la question est controversée, mais nous pensons qu'il résulte du texte et de l'esprit de la loi que la présence des parties est indispensable. L'article 75 indique bien que les parties doivent en effet comparaître en personne : l'officier de l'état civil, après avoir donné lecture des pièces exigées et du chapitre IV, « recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ». La comparution personnelle offre seule des garanties sérieuses pour s'assurer que le consentement des époux est libre et qu'il a persisté jusqu'au moment de la célébration. (Bastia, 2 avril 1849, Dalloz, 49, II, 80.) Les discussions du conseil d'État viennent encore à l'appui de notre opinion. Dans le débat qui s'éleva relativement à l'erreur, le premier Consul dit que les principes qu'on invoquait avaient été imaginés dans le temps où les mariages pouvaient être contractés par procuration. Ils sont devenus, ajouta-t-il, sans objet *depuis que le mariage n'a lieu qu'entre personnes présentes*. Cette proposition n'a été contestée par personne dans la discussion. (Locré, Législ. civ., t. 4. p. 446.)

Quand toutes les formalités sont remplies et que les parties ont déclaré leur consentement, l'officier de l'état civil prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies en mariage et il en dresse acte sur-le-champ (75). Cet acte est simplement une preuve de la célébration. Si les parties, ou

l'officier d'état civil, refusaient de le signer ou mouraient avant d'avoir pu apposer leur signature, ou même s'il n'était pas dressé d'acte, le mariage serait néanmoins valable et pourrait se prouver conformément à l'article 46. Pothier était déjà de cet avis (n° 378) : « Le mariage étant parfait par le consentement que les parties se donnent en présence de leur curé, avant que l'acte ait été rédigé, il s'ensuit qu'il n'est pas de l'essence du mariage et qu'il n'est acquis que pour la preuve. »

Le défaut de publications ne peut jamais, à lui seul, faire annuler le mariage. Cette proposition résulte de la combinaison des art. 191 et suivants avec l'article 165. L'article 191 ne donne le droit d'attaquer que le mariage qui n'a pas été contracté *publiquement* et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent; les publications, ainsi que nous l'avons dit, sont un des éléments de publicité, mais c'est une publicité préalable qu'il ne faut pas confondre avec la publicité de la célébration. L'article 191 n'atteint que le mariage non célébré publiquement, aux termes de l'article 165, et l'article 193 punit la clandestinité de la célébration, tandis que l'article 192 punit le défaut de publications. Le défaut de publicité, lors de la célébration, peut être plus ou moins complet, plus ou moins grave; l'absence d'un des éléments qui contribuent à la publicité du mariage peut être jugée insuffisante pour prononcer la nullité, et d'un autre côté, le défaut de publications, lors-

qu'il se compliquera d'un vice de célébration, fera admettre plus facilement que la clandestinité est suffisante pour prononcer la nullité. Les tribunaux ont un large pouvoir d'appréciation qui résulte de l'article 193 *in fine*; cet article prononce une amende contre l'officier public, les parties et ceux sous la puissance desquels elles ont agi, « pour toute contravention aux règles prescrites par l'article 165, *lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.* »

VIII

INCOMPÉTENCE DE L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL

Nous avons dit que le Concile de Trente ordonnait que les mariages fussent célébrés par le propre curé des contractants ou par un prêtre délégué soit par lui, soit par l'ordinaire; l'ordonnance de Blois, confirmée et complétée par l'ordonnance de 1629, la déclaration de 1639, l'édit de mars 1697 et la déclaration du 15 juin de la même année, transformèrent cette règle canonique en loi de l'État. « Faisons très expresses défenses à tous prêtres, tant séculiers que réguliers, de célébrer aucun mariage qu'entre leurs vrais et ordinaires paroissiens, sans la permission par écrit des curés des parties ou de l'évêque diocésain, nonobstant les

coutumes immémoriales et privilèges que l'on pourrait alléguer au contraire. » (Déclaration du 26 novembre 1639, art. .1) L'édit de mars 1697 précise ce que l'on doit entendre par vrais et ordinaires paroissiens : ce sont les individus... « demeurans actuellement et publiquement dans leurs paroisses, au moins depuis six mois à l'égard de ceux qui demeureraient auparavant dans une autre paroisse de la ville, ou dans le même diocèse ; et depuis un an pour ceux qui demeureraient dans un autre diocèse... » Cet édit prononce contre les prêtres qui auraient célébré un mariage pour lequel ils savaient être incompetents, la privation pendant trois ans de tous les revenus de leurs cures ou bénéfices, et, en cas de récidive, le bannissement pendant neuf ans. Lorsque les futurs époux avaient des domiciles différents, le mariage devait être célébré par le curé de l'un d'eux avec le concours et le consentement de l'autre curé.

La loi du 20 septembre 1792 désigna les municipalités pour dresser les actes de l'état civil. Le Conseil général de chaque commune nommait, parmi ses membres, une ou plusieurs personnes chargées de les recevoir (Titre 4, art. 2). La loi du 28 pluviôse an VIII confia plus tard ce soin aux maires et adjoints. L'article 4, du titre IV, section IV, de la loi du 20 septembre 1792 porte : « L'acte de mariage sera reçu dans la maison commune du lieu du domicile de l'une des parties », et l'article 2, de la section II : « Le domicile, rela-

tivement au mariage, est fixé par une habitation de six mois dans le même lieu. » Ce domicile n'était pas le seul où l'on pût se marier car la Convention nationale, appelée à décider « si l'acte de mariage peut être reçu dans la maison commune du lieu du domicile actuel de l'une des parties, lorsqu'il n'y a pas six mois qu'elle y réside », rendit, le 22 germinal an II, le décret suivant : « Considérant que l'esprit de la loi ne saurait être d'empêcher que l'acte de mariage soit reçu dans le lieu du domicile actuel de l'une des parties qui veulent se marier, pourvu qu'elles aient rempli les formalités de la publication des promesses dans le dernier domicile où les parties contractantes ont demeuré au moins six mois, passe à l'ordre du jour. Le présent décret ne sera point imprimé; il sera inséré au Bulletin de correspondance, et cette insertion tiendra lieu de promulgation. »

La question, que la Convention nationale a tranchée ainsi par un simple ordre du jour, se représente encore aujourd'hui; car les textes du Code, qui déterminent le lieu où doit être célébré le mariage, ne sont pas très-clairs. Nous pensons que l'interprétation donnée par la Convention nationale est conforme à l'esprit du Code civil, car l'article 74 reproduit presque textuellement les articles de la loi de 1792 que nous venons de citer et l'article 167 confirme la justesse de cette interprétation. « Art. 165 : Le mariage sera célébré

publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties. »

D'après l'article 74 : « Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des époux aura son domicile ; ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune. »

L'article 166 porte : « Les deux publications ordonnées par l'article 63, au titre des *Actes de l'État civil*, seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile. » Et l'art. 167 ajoute : « Néanmoins, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile. »

Nous allons examiner rapidement les différents systèmes qui ont été proposés.

Une première opinion soutient que l'article 74 empêche toute controverse, en disant nettement que le mariage *sera célébré*, c'est-à-dire *doit être célébré* dans la commune où l'on a, non pas le domicile ordinaire, mais le domicile spécial au mariage, celui qui résulte de six mois de résidence. Dans l'ancien droit, en effet, on ne tenait compte que de la résidence ; la loi de 1792 adopte cette théorie que le Code reproduit et qui est confirmée par un avis du Conseil d'État du 4^e jour complémentaire, an XIII. Cet avis décide que « les militaires, lorsqu'ils se trouvent sur le territoire de l'empire, ne peuvent contracter ma-

riage que devant les officiers de l'état civil des communes où ils ont résidé sans interruption pendant six mois, ou devant l'officier de l'état civil de la commune où leurs futures épouses ont acquis le domicile fixé par l'art. 74 du Code civil, et après avoir rempli les formalités prescrites par les articles 166, 167 et 168. » (Duranton, II, n^{os} 220, 224; Marcadé, II, art. 74, n^o 4.)

Une seconde opinion soutient qu'on peut, à son choix, se marier dans la commune où l'on a actuellement une résidence de six mois ou dans la commune du domicile ordinaire, pourvu qu'on y ait eu, à une époque quelconque, une résidence de six mois. (Demante, *Cours analytique*, I, n^o 228 *bis*.)

La troisième opinion diffère de la précédente en ce que, bien qu'elle admette qu'on puisse se marier, soit au lieu où l'on a six mois de résidence, soit au domicile ordinaire, elle pense que si ce domicile ordinaire n'est qu'un domicile d'origine, dans lequel le futur n'a conservé ni résidence ni relations, il lui faut une habitation continue de six mois pour avoir le droit de s'y marier, parce que son absence l'a fait oublier, bien qu'il y ait résidé anciennement. (Coin-Delisle, I, art. 74, n^o 6; Duranton, II, n^o 226.)

Enfin un quatrième système enseigne qu'on peut se marier soit au domicile de l'article 74, soit au domicile ordinaire, sans exiger, pour ce dernier domicile, d'autres conditions que celles

qui résultent des articles 102 et suivants. Ce dernier système est le seul qui nous paraisse conforme au texte et surtout à l'esprit de la loi. (Aubry et Rau, § 466; Demolombe, III, n° 200; Valette, *Cours de C. C.*, p. 192; etc., etc.)

Le premier système, en n'admettant que le domicile fixé par l'article 74, est le plus logique; mais chacun des arguments qu'il invoque peut se retourner contre lui. Le mariage, dans l'ancien droit, ne devait pas nécessairement être célébré dans la paroisse où les futurs demeuraient depuis six mois; il pouvait être célébré n'importe en quel pays, pourvu que le curé de la paroisse ou l'évêque eût donné son autorisation. Une pareille faculté ne se trouve pas dans notre Code; elle existe dans la plupart des autres pays, et elle est consacrée dans les lois sur l'état civil qui ont été récemment promulguées en Allemagne et en Suisse (loi fédérale suisse du 24 décembre 1874, art. 37; — loi allemande du 6 février 1875, art. 43). Il est également inexact de dire que dans le droit intermédiaire le mariage ne pouvait être célébré qu'au domicile établi par six mois de résidence : nous avons rapporté l'ordre du jour de la Convention, qui constate qu'on pouvait se marier au domicile ordinaire. L'argument tiré de l'avis du Conseil d'État est plus sérieux; mais pour bien comprendre l'intention du Conseil d'État, il est nécessaire de lire les *considérants* qui précèdent la décision. On y voit que le Conseil d'État

n'était pas appelé à décider si les militaires pouvaient se marier à leur domicile ordinaire; on lui demandait s'ils pouvaient se marier au lieu de leur garnison lorsqu'ils n'y avaient pas six mois de résidence, et le Conseil d'État répond : « Considérant.... que les articles 94 et 95 du Code civil ne concernent que les militaires hors du territoire de l'empire; qu'il n'y a aucune exception en faveur des militaires en activité de service à l'intérieur... » Cette décision est donc étrangère à la question qui nous occupe; elle signifie peut-être que les militaires n'ont pas leur domicile ordinaire au lieu de leur garnison, mais on n'en peut certainement pas conclure que les militaires ne peuvent pas se marier à leur domicile d'origine.

Les rédacteurs du Code ont reproduit presque textuellement les articles de la loi de 1792 relatifs au domicile quant au mariage; ils connaissaient l'interprétation donnée à ces articles par la Convention, et s'ils ne l'avaient pas approuvée, ils auraient exprimé clairement leur intention d'innover. D'ailleurs la discussion au Conseil d'État montre que les rédacteurs du Code, en disant que le domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune, ont voulu donner aux futurs époux la faculté de se marier dans le lieu de leur résidence, et non leur enlever le droit de contracter mariage dans le lieu de leur domicile général. L'article 47 ne crée pas une limitation à

la faculté de se marier; il établit au contraire un domicile de faveur pour encourager et faciliter le mariage. A la séance du Conseil d'État du 4 vendémiaire an X, le Premier Consul ayant demandé si une personne pourra célébrer son mariage dans le lieu de son domicile quoique depuis six mois elle ait résidé ailleurs, « M. Tronchet répond qu'elle le pourra, parce qu'on ne perd pas le droit de célébrer son mariage dans le lieu de son domicile pour avoir acquis le droit de le célébrer ailleurs. » (Locré, IV, p. 342.) Le premier système ne peut donner une explication satisfaisante de l'article 167. Le mot *néanmoins*, dans cet article, indique une exception; la nécessité de faire des publications au dernier domicile n'existe donc pas dans tous les cas. Dans l'opinion de ceux qui ne connaissent de domicile que celui de l'article 74, c'est-à-dire la résidence de six mois, cette obligation existe toujours. Pour trouver un sens raisonnable à l'article 167, il faut admettre forcément que le mariage peut être célébré ailleurs qu'au lieu où l'on a une résidence de six mois, c'est-à-dire au domicile ordinaire; et voici la portée de cet article : l'article 166 exige des publications dans le lieu où chacune des parties a son domicile, évidemment le domicile ordinaire; *néanmoins*, si le mariage, au lieu d'être célébré là, est célébré dans la commune de la résidence, on devra faire des publications dans cette commune et en outre à la municipalité du dernier domicile.

Les deuxième et troisième systèmes reconnaissent qu'on peut se marier au domicile ordinaire, mais ils exigent des conditions de résidence qui sortent du droit commun ; ces systèmes manquent de logique. Si l'on admet que l'article 102, en formulant la règle générale : « Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement, » s'applique au mariage, il faut admettre aussi que ce domicile s'établit et se conserve conformément aux articles 103 et suivants. L'article 165 a été rédigé après la promulgation de l'article 102 ; s'il avait dérogé à ce dernier article, on n'aurait pas manqué de l'expliquer clairement.

La doctrine que nous soutenons a été accueillie par un arrêt de la Cour de Grenoble du 27 février 1817 (aff. Blache, Sirey, 1818, II, 403) et consacrée par la discussion qui a eu lieu le 11 décembre 1871 à l'Assemblée nationale. Un certain nombre de représentants, se plaçant dans l'opinion que la résidence de six mois était, en vertu de l'article 74, obligatoire pour constituer le domicile matrimonial, avaient proposé de réduire le délai de la résidence à un mois pour les Alsaciens et les Lorrains qui auraient choisi la nationalité française. Mais il a été répondu aux signataires du projet de loi, notamment par le garde des sceaux, que l'article 74 n'était pas le seul qui réglât le domicile en matière de mariage, qu'on pouvait toujours se marier dans le lieu de son domicile

réel, lequel n'est assujetti, pour la résidence, à aucune condition de temps, que cette interprétation de la loi était celle qui prévalait aujourd'hui, et que les municipalités s'y conformeraient après l'adhésion qui résulterait de l'assentiment exprès ou tacite de l'Assemblée. Sur cette assurance, et aucune observation n'ayant été faite par les membres de l'Assemblée, les auteurs du projet retirèrent leur proposition (séance du 11 décembre 1871, *Journal officiel* du 12), et une circulaire ministérielle en date du 21 décembre 1871 (*Journal officiel* du 23) recommanda aux officiers de l'état civil de suivre l'interprétation accueillie par l'Assemblée nationale.

Tout ce que nous venons de dire s'applique aux majeurs et aux mineurs émancipés. Quant aux mineurs non émancipés, leur domicile ordinaire est certainement celui de leurs père et mère ou tuteur (108); ils peuvent également se marier au lieu où leur père ou tuteur demeure depuis six mois; mais si eux-mêmes résident depuis six mois dans une autre commune, peuvent-ils s'y marier? L'ancien droit décidait que le domicile, quant au mariage, était à la résidence du père ou tuteur, et que, si le mineur avait une résidence de fait, les bans devaient y être publiés (édit de mars 1697; — Pothier, n° 357). Mais n'oublions pas que le mariage pouvait se célébrer partout lorsqu'on avait une permission du curé du domicile. Aujourd'hui on peut soutenir que le Code

a adopté la même théorie; cependant la nécessité, pour les mineurs, de revenir au domicile paternel pour se marier peut présenter de graves inconvénients et quelquefois, dans la pratique, les parquets ont conseillé aux maires de procéder au mariage de mineurs qui vivaient loin de leurs familles, lorsque, en fait, ils pouvaient être considérés comme émancipés, ou lorsqu'ils demeuraient chez une personne exerçant sur eux une sorte de tutelle officieuse. On pourrait même considérer l'article 74 comme établissant, pour le mariage, une règle spéciale indépendante du principe posé dans l'article 108; un pareil système serait sans inconvénients, puisque les mineurs ont besoin du consentement de leurs parents et que les publications doivent être faites au domicile de ces derniers (168).

Nous avons dit que le Code, à la différence de l'ancien droit, ne défendait pas les mariages *in extremis*, et que de tels mariages ne pouvant presque jamais se célébrer à la mairie, le maire avait la faculté de se transporter au domicile des futurs époux. A propos des mariages *in extremis*, une autre difficulté se présente lorsque l'un des futurs est depuis moins de six mois dans un hôpital situé sur une commune autre que celle de son domicile, ou dans un autre arrondissement de Paris.

Plusieurs auteurs soutiennent que le mariage doit être célébré par le maire du lieu où se trouve le

malade; ils s'appuient sur l'article 74 : « Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des époux aura son domicile », et ils ajoutent qu'en dehors de sa commune l'officier d'état civil perd son caractère d'officier public. Nous estimons au contraire que le maire du domicile d'un des futurs époux est seul compétent pour procéder au mariage. L'article 74 n'est pas applicable, puisque nous nous occupons du cas où l'une des parties est dans l'impossibilité matérielle de se rendre à la mairie d'un des domiciles exigés par la loi; d'ailleurs l'article 74 n'est garanti par aucune sanction, car les articles 191 et 193 renvoient à l'article 165 et non à l'article 74. Il est regrettable que la loi ne permette pas à n'importe quel officier de l'état civil de procéder au mariage lorsque l'absence d'empêchement est prouvée; mais il faut prendre la loi telle qu'elle est, et l'article 165 règle d'une manière formelle la compétence de l'officier d'état civil : « Le mariage sera célébré publiquement *devant l'officier civil du domicile de l'une des parties.* » Ce fonctionnaire sera donc compétent même en dehors de sa circonscription, et il conservera son caractère public s'il procède au mariage d'un de ses administrés. Cela peut s'expliquer en remarquant que la célébration d'un mariage est un acte de juridiction gracieuse et non un acte de juridiction contentieuse; mais il faut convenir que les rédacteurs du Code, en rédigeant l'article 165, n'ont sans doute pas prévu

la question qui nous occupe ; toutefois cet article est si formel que notre doctrine est la seule conforme au texte du Code ; elle a été consacrée par plusieurs arrêts et par la circulaire du procureur de la République de la Seine du 25 juin 1874.

L'incompétence de l'officier d'état civil n'est pas nécessairement une cause de nullité ; un passage de l'exposé des motifs par Portalis pourrait faire croire le contraire, mais Portalis pensait sans doute au mariage célébré par un notaire ou par un autre fonctionnaire auquel la loi n'a pas confié le soin de dresser les actes de l'état civil. Si un maire procède au mariage d'une personne qui n'a pas de domicile dans sa commune, ou, dans l'opinion que nous avons combattue plus haut, s'il célèbre un mariage en dehors de sa commune, les tribunaux auront, comme pour le défaut de publicité, le droit d'apprécier, en fait, si l'incompétence a présenté un caractère assez grave pour que la nullité doive être prononcée, et leur décision sur ce point ne sera pas soumise à la censure de la Cour de cassation (Cass., 31 août 1824, Sirey, 24, I, 360; Dalloz, 24, I, 336). Ces propositions résultent de l'article 193 *in fine* qui prononce les mêmes peines que l'article 192 « pour toute contravention *aux règles prescrites* par l'article 165, lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour entraîner la nullité du mariage. » Ces règles sont : 1° la célébration publique, 2° la célébration par l'officier civil du domicile. L'incompétence de

l'officier de l'état civil est par conséquent une cause de nullité distincte de la clandestinité. Pour soutenir le contraire, on a remarqué que la première rédaction de l'article 191 renfermait la conjonction *ou* (Locré, IV, p. 418), et on en a conclu que la substitution de la conjonction *et*, qui l'avait ensuite remplacée, attestait l'intention de confondre les deux causes de nullité en une seule. L'incompétence ne serait alors une cause de nullité qu'en raison de la clandestinité qu'elle imprimerait au mariage. D'autres auteurs ont tiré de ce changement de rédaction un argument tout différent, et ont prétendu que l'action en nullité était subordonnée au concours simultané des deux vices d'incompétence et de clandestinité.

Les travaux préparatoires du Code ne justifient pas les conséquences qu'on a voulu tirer du changement de rédaction de l'article 191; ils n'expliquent pas ce changement, mais ils ne détruisent pas l'argument tiré de la combinaison des articles 193 et 165.

IX

EXAMEN DE CERTAINS CAS DANS LESQUELS PLUSIEURS AUTEURS ADMETTENT QU'IL EXISTE UN EMPÊCHE- MENT AU MARIAGE.

§ 1. *Interdiction judiciaire.* — Pour soutenir que l'interdit judiciaire ne peut pas se marier, on dit que la loi fait peser sur lui une présomption invincible d'incapacité permanente (art. 489), à tel point que les actes passés par lui sont nuls de droit (art. 502). Le mot *acte*, dit-on, ne s'applique pas seulement aux contrats pécuniaires, mais aussi au mariage, le plus sérieux de tous les actes. L'article 174, en décidant que l'opposition au mariage, fondée sur l'état de folie, n'est recevable qu'à la charge, par les opposants, de faire prononcer l'interdiction, indique bien que si l'interdiction est prononcée, l'opposition triomphera nécessairement et le mariage sera impossible. Enfin les partisans de cette opinion invoquent les travaux préparatoires du Code; on avait proposé au Conseil d'État de déclarer incapable de contracter mariage l'interdit pour cause de démence, Cambacerès fit rejeter cette addition, la considérant comme superflue; même observation eut lieu au Tribunat. (Fenet, IX, p. 8 et 12.)

Malgré la force de ces arguments, nous pensons que l'interdiction n'est pas, par elle-même, un empêchement au mariage. L'article 502 ne s'applique qu'aux actes pécuniaires, car il met sur la même ligne l'interdit et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, et ce dernier peut certainement se marier. Si l'article 502 s'appliquait au mariage, il faudrait dire que l'interdit aura dix ans, à partir de la mainlevée de l'interdiction, pour demander la nullité du mariage qu'il a contracté pendant un intervalle lucide; un seul auteur, à notre connaissance, a osé aller jusque-là. La présomption d'incapacité, qui frappe l'interdit, n'existe pas pour tous les actes; sans parler des testaments, donations et reconnaissances d'enfant naturel, pour lesquels il y a controverse, tout le monde reconnaît que cette présomption souffre la preuve contraire en matière de crimes et délits (64 Code pénal). La présomption légale d'incapacité a été introduite pour protéger l'interdit en lui retirant l'exercice de certains droits, mais cette protection se retournerait contre lui si on l'empêchait de se marier. L'article 174 doit être mis hors du débat, il ne présente pas l'interdiction comme un empêchement au mariage, il se borne à exiger que les collatéraux, qui voudront s'opposer au mariage de leur parent en se fondant sur son insanité d'esprit, soient obligés de provoquer son interdiction. Cette prescription a simplement pour but de prouver que l'opposition est sérieuse, et le tribunal,

tout en prononçant l'interdiction, aurait le droit de donner main levée de l'opposition, s'il avait la conviction que l'interdit peut donner un consentement suffisant.

L'argument tiré des travaux préparatoires peut facilement se retourner contre ceux qui le produisent. Les discussions auxquelles a donné lieu l'élaboration du Code sont toujours un peu confuses et des opinions contradictoires y sont presque toujours soutenues. Nous devons donc surtout nous attacher au résultat, c'est-à-dire à la rédaction définitive. Or le Conseil d'État a rejeté l'article 3 du projet, qui déclarait incapable de contracter mariage « l'interdit pour cause de démence ou de fureur » ; il a également rejeté la proposition du Tribunat qui demandait « qu'on établît comme règle certaine que l'interdit, pour cause de démence, est, en fait de mariage, hors d'état de donner un consentement valable, lors même qu'il aurait un intervalle lucide », et il l'a rejetée parce qu'il a pensé que la disposition qui exigeait le consentement était suffisante. (Fenet, IX, p. 118.)

Il faut donc admettre que les règles sur l'interdiction ne s'appliquent pas au mariage, et l'on ne peut, en vertu de l'article 509, exiger de l'interdit majeur, qui se marie, le consentement des ascendants ou du conseil de famille. La seule règle se trouve dans l'article 146 : Si le mariage est contracté pendant un intervalle lucide, il sera

valable; sinon, il sera nul. La doctrine que nous soutenons est généralement adoptée aujourd'hui par les auteurs et la jurisprudence. (Cass., 12 novembre 1844, Sirey, 45, I, 246; Dalloz, 41, I, 98.) Elle est conforme au droit romain et à l'ancien droit. (Aubry et Rau, § 464, n° 1; Demolombe, III, n° 127; Valette, Cours de C. C., p. 610; — *contra* Delvincourt, I, 55; Toullier, I, n° 502; Duranton, II, n° 27; Pont, Revue de lég., 1845, p. 239.)

§ 2. *Interdiction légale.* — L'interdiction légale n'étant pas fondée sur les mêmes motifs que l'interdiction judiciaire, plusieurs auteurs dont l'opinion est conforme à la nôtre, en ce qui concerne l'interdiction judiciaire, enseignent qu'un empêchement prohibitif résulte de l'interdiction légale.

L'incapacité dont l'interdit légal se trouve frappé par l'article 29 du Code pénal s'étend, disent-ils, aussi bien au mariage qu'aux autres actes de la vie civile; toutefois, si, par une erreur innocente ou une connivence coupable, l'officier d'état civil avait prêté son ministère à la célébration du mariage d'un individu en état d'interdiction légale, ce mariage serait inattaquable, parce que la loi n'en prononce pas la nullité et qu'elle ne donne à personne le droit de l'attaquer.

Il est certain que l'interdiction judiciaire est instituée dans un but de protection et parce qu'on présume le défaut d'intelligence chez l'interdit; tandis que l'interdiction légale, qui est l'accessoire de certaines peines, ne détruit pas la

liberté du consentement ; elle a pour but de créer une incapacité et de retirer au condamné l'administration de ses biens, afin que, selon les paroles souvent citées de l'orateur du Gouvernement, « par de scandaleuses profusions, il ne fasse pas d'un séjour d'humiliation un théâtre de joie et de débauche ». La loi n'a pas voulu retirer au condamné le droit de se marier, qui n'est pas un droit purement civil, mais aussi un droit naturel, régi par des règles spéciales.

Dans la pratique, l'interdiction légale n'est pas considérée comme obstacle au mariage, et aucun abus ne peut se produire, puisque, l'interdiction existant seulement pendant la durée de la peine, le mariage ne peut avoir lieu que si l'Administration y consent et en facilite la célébration.

Le décret du 27 mars 1852 (art. 4, § 2) prescrit d'accorder aux transportés, qui se font remarquer par leur bonne conduite, l'autorisation de se marier, et cette autorisation est indépendante du droit que l'article 42 du décret du 30 mai 1854 attribue au Gouvernement « d'accorder aux condamnés aux travaux forcés à temps l'exercice, dans la colonie, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits dont ils sont privés par l'interdiction légale. » Le décret du 24 mars 1852, celui du 24 mai 1866, et l'article 18 de la loi du 25 mars 1873, tendent à faciliter le mariage des condamnés aux travaux forcés ou à la déportation, qui se trouvent aux colonies, en les dispensant de

produire plusieurs des pièces qui seraient exigées en France. Tous ces documents montrent qu'il y a l'intention du législateur n'est pas de défendre le mariage des condamnés.

§ 3. *Engagement dans les ordres sacrés.* — Saint Pierre était marié, et les autres apôtres, à l'exception toutefois de saint Paul et de saint Jean, l'étaient peut-être aussi. Les préceptes de l'Évangile semblaient devoir interdire le mariage aux prêtres en leur ordonnant de renoncer complètement au monde (S. Luc, XIV, 26 ; — S. Paul, 1^{re} aux Corinth., VII, 32 à 35). Pendant les premiers siècles il y eut des prêtres et des évêques mariés ; la règle ecclésiastique était qu'un prêtre célibataire peut se marier valablement, mais doit être déposé. Cette règle est exposée dans le canon 33 du Concile d'Elvire en 305. On défendit ensuite aux prêtres mariés avant leur ordination d'habiter avec leur femme ; plusieurs Pères de l'Église voulaient sanctionner cette défense par une loi expresse, mais le Concile de Nicée, en 325, ne paraît pas avoir accueilli cette innovation. Par la suite, on s'abstint de conférer les ordres aux personnes mariées.

Le Concile d'Augsbourg, en 952, et le Concile de Troyes, en 1107, renouvelèrent la condamnation prononcée contre le mariage des prêtres, mais sans le déclarer nul. La nullité de ces mariages date du douzième siècle. Le premier Concile de Latran, en 1123, canon 21, défend aux prêtres,

diacres, sous-diacres et moines d'avoir des concubines ou de se marier et il ajoute : *Contracta quoque matrimonia ab ejusmodi personis disjungi et personas ad pœnitentiam debere redigi juxta sacrorum canonum definitionem judicamus*. Le second Concile de Latran, en 1139, est encore plus affirmatif, car, dans le canon 9, il dit : *matrimonium non esse censemus*. Cette nullité a été confirmée par les décrétales de plusieurs papes et par le Concile de Trente.

« La puissance séculière, en France, dit Pothier (n.º 117), a adopté et confirmé la discipline ecclésiastique à cet égard : les parlements, conformément à cette discipline, regardent les ordres sacrés comme un empêchement dirimant de mariage. » Le seul acte législatif qu'on puisse citer est la déclaration de 1564. L'article 7 suppose évidemment la nullité du mariage des prêtres ; il ordonne aux prêtres et religieux, mariés pendant les guerres de religion, de délaisser leurs femmes ou de se retirer hors du royaume sous peine des galères, pour les hommes, et de *prison entre quatre murailles* pour les religieuses.

Malgré l'édit de Nantes, le Parlement, en 1606, casse le mariage du cardinal de Châtillon qui s'était converti au protestantisme ; en 1626, il annule également le mariage du sieur de la Ferté, chevalier de Malte, et, en 1640, un arrêt semblable est rendu contre un autre Français converti au calvinisme. Pothier justifie la jurisprudence du Parle-

ment en montrant que, dans notre ancien droit, la défense du mariage des prêtres, à peine de nullité, était une loi de l'État aussi bien que de l'Église ; en outre, l'État reconnaissait que la qualité de prêtre est indélébile et ne peut se perdre par une abjuration ; le prêtre étant demeuré sujet aux lois de l'Église n'avait pu valablement contracter mariage.

Tel était l'état de la législation au moment où commence la Révolution. La Constitution du 3 septembre 1791 transforme complètement les rapports de l'Église et de l'État, on y trouve cet article : « La loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire au droit naturel ou à la Constitution. » Elle ne reconnaît donc pas le vœu de célibat prononcé par le prêtre lorsqu'il reçoit les ordres sacrés. L'article 5 porte aussi : La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. » Il faudra donc, pour que les ordres soient un empêchement au mariage, que le mariage du prêtre soit nuisible à la société ; il faudra, pour le contraindre au célibat, que la loi l'ordonne. Mais l'article 7 du titre II porte : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil, » et une disposition spéciale ajoute : « Le pouvoir législatif établira, pour tous les habitants, *sans distinction*, le mode par

lequel les mariages seront constatés. » La loi du 20 septembre 1792, qui réalise cette promesse, ne fait pas figurer l'engagement dans les ordres sacrés parmi les empêchements. D'ailleurs, déjà à cette époque, on avait organisé la constitution civile du clergé et les lois favorisaient le mariage des prêtres (décret du 7 août 1792, art. 6). On alla plus loin, et la Convention décréta, le 19 juillet 1793, que les évêques qui apporteraient soit directement, soit indirectement quelque obstacle au mariage des prêtres, seraient déportés (voir également les décrets des 12 août et 17 septembre 1793). L'État anéantissait la liberté religieuse, puisque l'évêque, fidèle à ses devoirs, ne pouvait même pas employer les conseils spirituels pour ramener le prêtre à la discipline ecclésiastique.

Lorsque le gouvernement du Premier Consul entreprit de rétablir la paix entre l'Église et l'État, le Directoire, par la loi du 7 fructidor an V, avait déjà supprimé les peines prononcées contre les prêtres réfractaires; mais aucune loi, aucun décret ne s'opposait à ce qu'un prêtre pût contracter mariage. Des négociations furent entamées avec Rome, et, le 26 messidor an IX, les représentants du pape Pie VII signèrent le Concordat. Le Concordat garantit l'exercice public de la religion catholique en France; il règle le mode de nomination des évêques et des prêtres, il assure aux membres du clergé un traitement convena-

ble ; mais il ne s'occupe pas du mariage des prêtres, car il était bien certain que rien n'était changé à la loi ecclésiastique qui défendait ces mariages. On s'occupa seulement des prêtres qui s'étaient mariés pendant la Révolution et, dans la bulle de ratification du Concordat, le pape promit de sanctionner leurs mariages comme Jules III, son prédécesseur, avait sanctionné les mariages que des prêtres avaient contractés en Angleterre pendant le schisme.

Dans les articles organiques, qu'il ne faut pas confondre avec le Concordat, le législateur règle la condition du clergé, et on trouve deux articles sur lesquels s'appuient les nombreux arrêts qui considèrent l'engagement dans les ordres comme un empêchement au mariage.

L'article 6 porte : « Il y aura recours au Conseil d'État dans tous les cas d'abus de la part des supérieurs et des autres ecclésiastiques. Les cas d'abus sont : l'usurpation ou excès de pouvoirs, la contravention aux lois et règlements de la République, *l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France*, l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'Église gallicane, etc. » Et l'article 26 : « Ils (les évêques) ne pourront ordonner aucun ecclésiastique..... *s'il ne réunit les qualités requises par les canons reçus en France.* » Les auteurs qui interdisent le mariage des prêtres présentent les arguments suivants : Le mariage des prêtres est défendu aujourd'hui,

car les canons, anciennement reçus en France, le défendaient autrefois, et les articles organiques ont accepté ces canons comme loi de l'État en ce qui concerne le clergé. Le Gouvernement consacre et garantit l'ordination des prêtres, il ne peut donc, par ses agents, par ses officiers d'état civil, concourir lui-même à la violation de l'engagement contracté par le prêtre. Cet engagement est légal, l'État qui impose au prêtre des devoirs plus rigoureux qu'aux autres citoyens, crée pour lui une situation spéciale et lui accorde, en raison de ce caractère, plusieurs immunités.

Les dispositions des articles organiques, que nous venons de citer, ont-elles vraiment la portée qu'on leur attribue? Nous ne le pensons pas. Il faut distinguer dans le prêtre deux personnalités : le prêtre, qui doit se soumettre aux règles ecclésiastiques pour que l'État lui accorde le traitement et les immunités promis par les articles organiques ; et le citoyen français, pour lequel la loi ne reconnaît pas de vœux perpétuels, qui peut abandonner ses fonctions de prêtre et rentrer dans le droit commun des citoyens. L'art. 6 traite des recours comme d'abus de la part des supérieurs ecclésiastiques ; il tend à réprimer « toute entreprise ou tout procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, etc. » C'est une arme contre les prêtres qui voudraient sortir de leurs attributions et contre les évêques qui abu-

seraient de leurs pouvoirs vis-à-vis de leurs subordonnés, mais il est impossible de considérer cet article comme interdisant le mariage à une classe de citoyens. L'art. 26 exige que le prêtre réunisse les qualités requises par les canons reçus en France ; au point de vue du mariage, il résulte de cet article qu'un évêque commettrait un abus en ordonnant un prêtre marié, et que le Gouvernement ne doit pas continuer à reconnaître comme prêtre l'individu qui contracte un mariage après être entré dans les ordres. Cet individu ne pourra réclamer ni le traitement ni les immunités auxquelles il avait droit auparavant, il encourra l'excommunication et deviendra un simple citoyen. Mais il était libre de contracter un mariage valable comme contrat civil, car l'art. 6 ne signifie pas que le caractère imprimé par le sacrement de l'ordre est indélébile aux yeux de la loi civile.

Le rapport de Portalis, sur les articles organiques, montre que tel est bien le sens de ces articles : « Quelques personnes se plaindront peut-être de ce que l'on n'a pas conservé le mariage des prêtres et de ce qu'on n'a pas profité des circonstances pour épurer un culte que l'on présente comme trop surchargé de rites et de dogmes..... La prohibition du mariage faite aux prêtres catholiques est ancienne ; elle se lie à des considérations importantes. Des hommes consacrés à la Divinité doivent être honorés, et dans une religion qui exige d'eux une certaine pureté corpo-

relle, il est bon qu'ils s'abstiennent de tout ce qui pourrait les faire scupçonner d'en manquer.... » Ce passage montre que l'État ne doit pas reconnaître comme prêtres catholiques les prêtres qui se marient ; la suite du discours prouve que le mariage est permis : « D'autre part, pour les ministres mêmes que nous conservons et à qui le célibat est ordonné par les règlements ecclésiastiques, la défense qui leur est faite du mariage, par ces règlements, *n'est point considérée comme empêchement dirimant dans l'ordre civil : aussi leur mariage, s'ils en contractaient un, ne serait point nul aux yeux des lois politiques et civiles*, et les enfants qui en naîtraient seraient légitimes ; mais dans le for intérieur et dans l'ordre religieux, ils s'exposeraient aux peines spirituelles prononcées par les lois canoniques : ils continueraient à jouir de leurs droits de famille et de cité, mais ils seraient tenus de s'abstenir de l'exercice du sacerdoce. Conséquemment.... on conserve aux individus *toute la liberté et tous les avantages garantis par les lois de l'État....* »

Néanmoins, plusieurs arrêts et jugements ont considéré la qualité de prêtre comme empêchement dirimant au mariage (Cass., req., 26 février 1878 ; *Gazette des Tribunaux* des 4 et 5 mars 1878) ; d'autres arrêts ont jugé qu'il y avait simplement empêchement prohibitif ; ce dernier système manque de logique, car si les canons ecclésiastiques ont été remis en vigueur,

l'empêchement dérivant de ces canons ne peut être que dirimant. La dernière phrase de Portalis, que nous avons citée, montre qu'il n'y a même pas d'empêchement prohibitif. D'ailleurs, Portalis, dans son rapport au Gouvernement, du 3 frimaire an XI, est encore plus explicite : « La prétrise n'est point un empêchement au mariage ; une opposition au mariage, fondée sur ce point, ne serait pas reçue et ne devrait pas l'être, parce que *l'empêchement provenant de la prétrise n'a pas été sanctionné par la loi civile.* »

Il est vrai que Napoléon I^{er} était personnellement opposé au mariage des prêtres, et on cite plusieurs lettres dans lesquelles, tout en reconnaissant le silence de la loi, il défendit aux officiers de l'état civil de célébrer de tels mariages. Mais ces lettres n'avaient aucune autorité législative. « Remarquons, dit Merlin (v^o. *Célibat*), l'aveu du silence de la loi sur le mariage des prêtres, rapprochons cet aveu du principe incontestable que la loi permet tout ce qu'elle ne défend pas, et nous arrivons nécessairement à la conséquence que l'administration peut bien, par un empiétement arbitraire sur l'autorité des tribunaux, apporter des obstacles de fait à ce qu'un prêtre, exerçant actuellement les fonctions sacerdotales, se marie, à la charge de les abandonner, mais qu'elle est sans moyen pour faire déclarer nul le mariage qu'il sera parvenu à contracter. A plus forte raison, les tribunaux ne peuvent-ils pas se

prévaloir, soit de cette lettre, soit de la précédente, pour empêcher un prêtre de se marier. »

Napoléon, comprenant que la législation en vigueur n'apportait aucun obstacle au mariage des prêtres, chargea, en 1813, la section de législation du Conseil d'État de rédiger un projet de loi pour interdire le mariage des prêtres catholiques. La Restauration survint avant que ce projet fût terminé; il n'a jamais été repris, et, par conséquent, aucune loi n'interdit de tels mariages.

Pour faire cesser les incertitudes de la jurisprudence sur cette grave question, M. Portalis, député du Var et vice-président du tribunal de la Seine, présenta, le 23 février 1833, à la Chambre des députés, une proposition ainsi conçue : « Il est interdit aux tribunaux d'admettre, dans aucun cas, d'autres empêchements aux mariages que ceux qui sont nominativement énoncés au titre *Du mariage* du Code civil. » Cette proposition n'eut aucune suite. En 1848, une pétition, adressée à l'Assemblée constituante, demande que le prêtre puisse se marier, quand il abandonne le sacerdoce. M. Dufougerais, chargé du rapport, déclare « que la France ne veut plus de ces persécutions sournoises qui attaquent et cherchent à tuer le catholicisme, sous prétexte de le protéger. » La pétition est rejetée. L'Assemblée législative est, à son tour, saisie d'une proposition semblable, déposée par M. Benjamin Raspail. Sur le rapport de M. Mou-

lin, elle écarte cette proposition par la question préalable, le 23 janvier 1851. Le 6 février 1877, M. Benjamin Raspail a déposé, sur le bureau de la Chambre, une nouvelle proposition de loi tendant à infliger une peine correctionnelle à tout officier de l'état civil qui refuserait de procéder au mariage d'une personne engagée dans la prêtrise ou dans les ordres religieux : cette proposition de loi a été renvoyée à la commission d'initiative parlementaire (*Journal officiel* des 7 et 11 février 1877), mais elle n'a reçu aucune suite à cause de la dissolution de la Chambre.

Les votes de 1848 et 1851 indiquent le sentiment de députés qui, s'ils étaient législateurs, n'étaient pas tous jurisconsultes ; ils n'ont pas modifié la loi existante, c'est le seul point qu'on doit retenir. Aussi tronvons-nous, même après ces votes, des jugements conformes à la doctrine que nous soutenons (voir notamment jugement du tribunal de Périgueux du 31 juillet 1862 ; *le Droit* du 9 août 1862 ; — comp. le savant réquisitoire de M. Dupin, procureur général à la Cour de Cassation, dans l'affaire Dumonteil : Dalloz, 33, I, 124).

§ 4. *Vœux solennels*. — Les vœux solennels de chasteté formaient naguère un empêchement au mariage. Cet empêchement fut d'abord simplement prohibitif. Le concile de Chalcédoine, en 451, défend de tels mariages, mais ne les déclare pas nuls : le canon 16 se borne à excommunier le moine ou la religieuse qui les ont formés.

C'est au dixième siècle, au concile de Trosle, près Soissons, en 909, que l'empêchement dirimant apparaît pour la première fois ; le concile déclare que le mariage n'est qu'une pollution incestueuse, une fornication immonde. Plus tard, le concile de Latran et le concile de Trente confirmèrent la nullité de ces mariages.

La loi civile reconnaissait cette cause de nullité, mais on ne considérait comme vœux solennels de religion, capables de former un empêchement dirimant, que les vœux faits dans un ordre religieux approuvé par les lois du royaume, et pour que ces vœux fussent valablement faits, quatre conditions étaient nécessaires : 1° qu'ils aient été faits publiquement et qu'il en ait été dressé un acte inscrit sur le registre du monastère, signé de la personne qui fait profession, du supérieur et de deux témoins ; 2° qu'ils soient faits librement, sans contrainte ; 3° qu'ils aient été précédés d'une année entière de probation dans le monastère, depuis la vêtue ; 4° enfin, que la personne qui fait profession ait l'âge de seize ans accomplis. Si l'une de ces conditions manque, le profès a cinq ans pour se pourvoir, soit devant l'officiel, soit par un appel comme d'abus au Parlement. Après cinq ans, sans protestation, les vœux sont censés ratifiés, et le vice est purgé.

La Révolution fit disparaître ces empêchements ; l'Assemblée nationale, par la loi des 13-19 février 1790, décrète : « La loi constitutionnelle du

royaume ne reconnaîtra plus de vœux monastiques solennels de personnes de l'un ni de l'autre sexe ; déclarons, en conséquence, que les ordres et congrégations religieux, dans lesquels on fait de pareils vœux, sont et demeureront supprimés en France, sans qu'il puisse en être établi de semblables. »

Cette loi n'a été rapportée ni par le Concordat, ni par la loi du 18 germinal an X, mais elle a été modifiée par le décret du 18 février 1809, sur les congrégations ou maisons hospitalières de femmes. L'art. 2 de ce décret porte : « Les statuts de chaque congrégation, ou maison séparée, seront approuvés par nous et insérés au *Bulletin des Lois, pour être reconnus et avoir force d'institution publique.* » Les art. 7 et 8 admettent les élèves et novices de ces congrégations à contracter, à l'âge de seize ans, des vœux annuels, et à s'engager, à partir de vingt et un ans, par des vœux de cinq ans, dont l'acte doit être reçu par l'officier d'état civil. Tout le monde reconnaît que l'empêchement dirimant, qui résultait autrefois des vœux monastiques, n'existe plus aujourd'hui, et qu'il n'y a pas, non plus, d'empêchement prohibitif pour les personnes faisant partie de congrégations d'hommes non reconnues par la loi ou de congrégations de femmes autorisées en vertu de la loi du 24 mai 1825. Mais quelques auteurs enseignent que les vœux prononcés par les religieuses hospitalières entraînent un empêchement prohibitif.

Ces vœux, disent-ils, ont été reçus par un officier d'état civil, ce qui indique que l'État leur reconnaît une valeur légale; d'ailleurs, le décret de 1809 dit que les statuts des congrégations hospitalières autorisées auront *force d'institution publique*. Ces statuts contiennent toujours l'obligation du célibat, et on les violerait en permettant le mariage aux personnes qui se sont valablement soumises à leurs prescriptions.

Nous ne pouvons admettre cet empêchement, l'intervention d'un officier public n'a pas pour but de transformer les vœux en un contrat civil; c'est bien plutôt, comme le remarque M. Merrier (*Traité des actes de l'état civil*, n° 229, obs.), une simple mesure administrative destinée à faire connaître au Gouvernement le nombre des femmes qui se consacrent au service des hospices, et surtout à empêcher que, contrairement à la loi civile, l'évêque, animé d'un zèle religieux facile à comprendre, ne se laisse entraîner à accepter des vœux perpétuels que cette loi prohibe. La présence d'un officier public ne peut avoir pour résultat de priver la femme, qui prononce ses vœux, d'une partie de ses droits civils et, par conséquent, du droit de se marier. Dans la discussion de la loi du 24 mai 1825 sur les congrégations religieuses, on a déclaré que les vœux des religieuses, dans les congrégations autorisées, n'affectaient en rien la capacité civile des personnes qui les prononcent (*Moniteur*, 11 fév. 1825).

Le décret de 1809 ne dit même pas clairement que les vœux religieux peuvent avoir une influence sur le mariage, on ne peut pas créer un empêchement par l'interprétation extensive et incertaine d'un texte qui paraît s'appliquer seulement à la gestion des biens de la communauté, à son organisation, au costume de ses membres et aux peines disciplinaires permises. En supposant que l'engagement de ne pas se marier ne soit pas contraire à l'ordre public, il se résoudra simplement en dommages-intérêts (1145). Au surplus, le décret de 1809 n'est qu'un décret, et aucun décret ne peut abroger la loi qui permet à tout le monde de se marier, sans tenir compte des vœux.

§ 5. *Impuissance*. — En droit romain, les *spadones*, les individus naturellement impuissants pouvaient se marier, mais le mariage des castrats était nul (L. 39, § 1, *De jure dotium*).

Dans le droit canonique et dans notre ancien droit, l'impuissance était, dans tous les cas, une cause de nullité de mariage. Pour la prouver, on avait recours au *congrès* : cinq médecins, cinq chirurgiens et cinq matrones, commis par le juge, se réunissaient pour assister à la consommation de l'acte conjugal. Quand le mari, troublé par la présence de si nombreux spectateurs, faisait des tentatives infructueuses, on le déclarait impuissant et le mariage était annulé. Cette pratique scandaleuse a été abolie par

arrêt du Parlement de Paris du 18 février 1677 et remplacée par des visites d'experts dont les résultats étaient encore bien incertains.

Aujourd'hui l'impuissance ne pourrait être une cause de nullité de mariage que si on la considérait, dans certains cas, comme étant une cause d'erreur dans la personne. Mais cette erreur, portant seulement sur les qualités physiques d'un des époux, ne pourrait, dans l'opinion que nous avons soutenue, donner lieu à une action en nullité. « A l'égard de la cause d'impuissance, dit Tronchet, l'esprit du projet est de l'anéantir, parce qu'il est difficile et scandaleux de le prouver » (Locré, VI, 35).

Il en serait différemment si, l'un des époux étant hermaphrodite, le tribunal pouvait lui attribuer un autre sexe que celui qui a été désigné dans les actes de naissance et de mariage. Il y aurait alors identité de sexe, et le mariage serait absolument nul.

L'art. 107 du nouveau Code italien déclare que l'impuissance manifeste et permanente de l'un des conjoints, quand elle est antérieure au mariage, peut être proposée comme cause de nullité par l'autre conjoint. Tant qu'une disposition semblable ne sera pas introduite dans notre Code, on n'aura pas le droit, par voie détournée, de considérer l'impuissance comme pouvant donner lieu à une action en nullité.

§ 6. *Différence de couleur.* — Les anciennes

ordonnances prohibaient le mariage entre les blancs et les noirs dans les colonies (voir notamment *Code noir pour la Louisiane*, art. 6, et le Règlement de mars 1724); cet empêchement avait même été étendu à la métropole (Arrêt du Conseil du 5 avril 1778).

La Convention, en supprimant l'esclavage, déclara que les noirs jouissaient des droits civils reconnus par la Constitution (lois du 16 pluviôse et du 12 germinal an II); la prohibition du mariage était implicitement abrogée, cependant le gouvernement consulaire ayant rétabli l'esclavage, sans s'expliquer sur la question du mariage entre blancs et noirs, deux circulaires ministérielles n'hésitèrent pas à rappeler les anciennes défenses à cet égard (circulaires des 18 nivôse an X et 2 juillet 1810). Ces circulaires n'avaient pas d'autorité législative; aussi, en 1819, le ministre de la justice déclara à la Chambre des députés qu'il abandonnait la théorie contenue dans ces documents (*Moniteur* du 18 février 1819). Une décision ministérielle du 20 avril 1821 consacre la même doctrine, et la loi du 24 avril 1833 accorde aux hommes de couleur libres la complète jouissance des droits civils. Déjà l'ordonnance du 29 avril 1839, en décidant qu'un esclave de l'un ou de l'autre sexe serait affranchi de plein droit s'il épousait son maître ou sa maîtresse, ou toute autre personne libre, avec le consentement du maître, indiquait bien que les maria

ges des nègres avec les blancs étaient permis.

Cependant Rieff, dans son *Commentaire des actes de l'état civil* (page 563), enseignait encore, en 1844, que la différence de couleur était un empêchement. Cette opinion insoutenable est complètement abandonnée aujourd'hui, avec d'autant plus de raison que le décret-loi du 27 avril 1848 a de nouveau aboli l'esclavage dans les possessions françaises.

§ 7. *Divorce et adultère.* — Sous l'empire du Code, le divorce produisait certains empêchements. L'article 295 porte : « Les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit, ne pourront plus se réunir. » Et l'article 298 : « Dans les cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se remarier avec son complice. »

On s'est demandé si, depuis la loi du 8 mai 1816, qui abolit le divorce, ces articles sont applicables aux individus divorcés antérieurement. L'article 2 de la loi de 1816 nous détermine à adopter l'affirmative; cet article, en déclarant que les divorces antérieurement prononcés conserveront tous leurs effets, laisse aux époux divorcés la faculté de se remarier, mais elle maintient les empêchements qui restreignent l'exercice de cette liberté. La question ne présente guère aujourd'hui qu'un intérêt théorique, mais il est intéressant d'examiner si l'article 298 doit s'appliquer au cas

où la séparation de corps a été prononcée pour adultère de l'un des époux.

Justinien, par la nouvelle 134, cap. 12, déclarait nul le mariage d'une femme adultère avec son complice. L'Église suivit cette discipline; mais, dans notre ancien droit, on n'admettait l'empêchement qu'en cas de meurtre de l'époux trompé, ou en cas de promesse de mariage faite par l'adultère à son complice durant la première union. Pour soutenir que l'article 298 s'applique à la séparation de corps, on dit que la séparation de corps est prononcée pour les mêmes causes que le divorce, et que les mêmes causes doivent produire les mêmes effets (Delvincourt, I, p. 64, n. 6; Vazeille, I, n. 103). Nous ne partageons pas cette opinion; le texte de l'article 298 ne s'applique que dans le cas de divorce prononcé en justice, il s'agit d'une peine qu'on a d'autant moins le droit d'étendre que les motifs de l'appliquer ne se représentent plus. Le divorce rompt le lien conjugal; chaque époux est libre de se remarier, mais la loi défend à l'époux coupable d'adultère de s'unir à son complice, afin que la peine qu'il vient d'encourir ne disparaisse pas devant la possibilité d'épouser celui en faveur duquel il a manqué à ses devoirs. Après la séparation, au contraire, le mariage subsiste, et l'époux coupable, pour épouser son complice, devra attendre la mort de son conjoint (Toulouse, 10 juin 1852, Dalloz, 52, II, 169).

APPENDICE

I

MARIAGE DES FRANÇAIS A L'ÉTRANGER.

L'édit d'août 1669, et les déclarations des 18 mai 1682 et mai 1685, défendaient aux Français de s'établir à l'étranger. La déclaration du 16 juin 1685 défend, sous peine des galères pour les hommes et du bannissement pour les femmes, aux personnes demeurées en France, de consentir, sans une permission expresse du roi, aux mariages que leurs enfants voudraient contracter à l'étranger. Ces mesures paraissent avoir été dirigées contre les protestants qui émigraient pour fuir la persécution ; elles tombèrent en désuétude. Pothier (n° 363) déclare valable le mariage qu'un Français fait célébrer à l'étranger dans la chapelle d'un ambassadeur catholique, pourvu, toutefois, que le Français ne soit pas sorti de son pays pour frauder la loi.

D'après le Code (art. 170) : « Le mariage contracté en pays étranger sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu

qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au titre *Des actes de l'état civil*, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent. » Cette dernière prescription n'est qu'une application de l'article 3, qui déclare que les lois concernant l'état de la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger.

Ainsi, pour que le mariage contracté par un Français à l'étranger soit valable, il faut d'abord que le Français n'ait pas contrevenu aux dispositions du chapitre I^{er}; les empêchements dirimants qui feraient obstacle à son mariage en France auront la même influence à l'étranger. En outre, il faut, et il suffit, que le mariage soit célébré dans les formes usitées dans le pays où se trouve le Français. S'il s'agit d'un mariage contracté dans un pays, comme l'État de New-York, où la loi n'exige, pour prouver le mariage et en constater l'existence, aucun acte par écrit, mais seulement la *cohabitation* et la *réputation*, les tribunaux doivent reconnaître la validité de ce mariage lorsqu'il est fait preuve, devant eux, de la cohabitation et de la réputation (Bordeaux, 14 mars 1849, Sirey, 52, II, 407; — *Journal de dr. intern. privé*, 1874, p. 214 et 243; 1875, p. 317).

Lorsqu'un Français épouse une Française à l'étranger, il peut se marier, soit selon la forme du pays, soit devant les agents diplomatiques ou devant les consuls de France à l'étranger. L'arti-

cle 48, qui établit cette faculté, a érigé en loi un usage qui existait depuis la loi de 1792. L'ordonnance du 23 octobre 1833 règle en détail l'intervention de nos agents à l'étranger, et leur enjoint de suivre exactement les prescriptions du Code civil (art. 4). Toutefois, ils peuvent procéder au mariage de personnes qui résident à l'étranger depuis moins de six mois. Dans le projet primitif du Code, l'article 170 comprenait un second alinéa qui exigeait cette condition, mais cet alinéa a été supprimé sur l'observation du Premier Consul que, les publications devant avoir lieu en France, toute fraude était impossible (comp. ordonnance du 23 octobre 1833, art. 15).

Il résulte des termes de l'article 48 que les consuls ne peuvent procéder qu'au mariage d'un Français avec une Française; cependant quelques auteurs ont pensé que les consuls seraient compétents pour célébrer le mariage de deux parties dont une seule serait française. D'après l'article 165, disent-ils, le mariage est valable quand il est célébré devant l'officier d'état civil de l'une des parties. Si l'on objecte que l'article 165 suppose un officier d'état civil ordinaire instrumentant en France, ils répondent que, par une fiction de droit des gens, l'hôtel de l'ambassadeur ou du consul jouit du bénéfice de l'exterritorialité, et qu'ainsi le consul à l'étranger, aussi bien qu'un maire en France, peut marier un Français avec une femme étrangère.

Cette doctrine a été repoussée par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt *Summaripa* (10 août 1819, Sirey, 1819, I, 452), elle est contraire au texte de l'article 48, et cet article ne fait qu'exprimer un principe de droit des gens. L'officier d'état civil, en France, jouit d'une compétence générale et absolue ; le consul ne jouit pas, comme l'ambassadeur, du droit d'exterritorialité, et alors même qu'il en jouirait, sa compétence resterait limitée aux seuls Français. « Si l'hôtel d'une ambassade doit, selon le droit des gens, être regardé comme le territoire de la nation que représente l'ambassadeur, ce n'est qu'au point de vue des immunités consacrées par les traités internationaux au profit des agents diplomatiques ; mais cette fiction d'exterritorialité ne saurait être étendue aux actes de la vie civile intéressant des indigènes du pays près duquel est accrédité l'ambassadeur » (Trib. de la Seine, 2 juillet 1873; *Journal de dr. intern. privé*, 1874, p. 71). L'officier public qui dresse un acte authentique agit en vertu d'un droit conféré par son souverain ; le consul qui dresserait l'acte de mariage d'un étranger empiéterait sur la souveraineté du pays dans lequel il est accrédité. C'est pourquoi la Cour de Paris a déclaré nul le mariage contracté en France entre un Français et une étrangère dans l'hôtel d'un agent diplomatique étranger et suivant les formes prescrites par la loi étrangère (6 avril 1869, Sirey, 70, II, 178 ; comp. plu-

sieurs jugements au *Journal de dr. intern. privé*, 1874, p. 71).

Nous avons vu que l'article 170 déclare que le mariage contracté en pays étranger est valable, *pourvu qu'il ait été précédé de publications* et que le Français n'ait pas contrevenu aux dispositions du chapitre I^{er}. Les publications doivent être faites en France, car c'est en France qu'il importe de faire connaître le projet de mariage; mais le défaut de publications est-il une cause de nullité?

Dans un premier système, on soutient l'affirmative. Les termes de l'art. 170 indiquent que le mariage, pour être valable, doit nécessairement être précédé de publications; on ajoute que dans le chapitre I^{er} se trouve l'obligation de faire des actes respectueux, et que l'omission de cette formalité doit aussi entraîner la nullité. Une telle rigueur se justifie par ces considérations que le mariage à l'étranger n'a pas d'autres moyens de publicité en France, et qu'en ne prononçant pas la nullité, on enlèverait toute sanction aux règles du Code. On comprend que l'inobservation de ces règles n'entraîne pas la nullité d'un mariage célébré en France; car alors il existe une autre sanction pour en assurer l'exécution, c'est la peine de l'amende et de l'emprisonnement infligée à l'officier de l'état civil qui aurait négligé ces formalités. Mais dans le cas d'un mariage à l'étranger, cette pénalité est impossible; il a donc fallu pourvoir autrement à l'observation de la loi. Voilà

pourquoi le législateur annule l'union conjugale d'un Français qui aurait méprisé ses prescriptions (Cass., 8 mars 1831, Dalloz, 31, I, 111; Cass., 6 mars 1837, Sirey, 37, I, 177; Marcadé, II, art. 170, n° 2).

Un second système déclare que l'absence de publications ou d'actes respectueux ne peut, en aucun cas, faire annuler le mariage célébré à l'étranger. On ne peut tirer un argument *a contrario* de l'art. 170, car le but de cet article est de consacrer à la fois la règle *locus regit actum* et celle d'après laquelle le Français est toujours soumis à son statut personnel. Le législateur n'a pas entendu, dans cet article, traiter une question de validité de mariage, il a renvoyé la solution de pareilles questions au chapitre *Des demandes en nullité*. Or, rien dans le chapitre IV n'autorise les tribunaux à annuler un mariage pour défaut de publications ou d'actes respectueux. Les mots « *pourvu que* » de l'art. 170 n'ont pas la signification qu'on veut leur prêter; car, dans les art. 64, 65 et 228, la loi se sert d'expressions aussi énergiques : « *Le mariage ne pourra être célébré...* », et cependant personne ne va jusqu'à prétendre que la violation de ces articles soit une cause de nullité (Cass., 12 février 1833, Sirey, 33, I, 195; Merlin, *Rép.*, v° *Bans de mariage*, n° 2; et *Quest. de dr.*, v° *Publications*, § 1^{er} et 2; Aubry et Rau, § 468, 1°).

Ces deux systèmes nous paraissent trop absolus,

ils conduisent tous deux à des résultats que le Code n'a pu admettre. Avec le premier système, on annulera des mariages contractés de bonne foi et qui auraient été valables s'ils avaient été célébrés en France dans les mêmes conditions. Avec le deuxième système, on détruit toutes les garanties de publicité que le législateur a établies et on permet tous les abus. Nous estimons que la question de savoir si un mariage contracté à l'étranger doit être annulé pour défaut de publications ou d'actes respectueux est abandonnée à l'appréciation des tribunaux.

Le législateur a indiqué aux Français, dans l'article 170, les moyens de se marier valablement à l'étranger, mais il semble n'avoir pas voulu décider d'avance et toujours que le mariage serait valable, même sans l'emploi de ces moyens. Le défaut de publications, lorsque le mariage est célébré en France, ne suffit jamais pour prononcer la nullité (192), mais il n'en est pas de même du mariage célébré à l'étranger. L'art. 170 est une application des art. 191 et 193, et la nullité pourra résulter de la clandestinité. Une foule de circonstances devront influencer sur la décision du tribunal. Si deux personnes voulant se dérober à la publicité exigée par nos lois, passent la frontière pour contracter à l'étranger un mariage clandestin, le défaut de publications en France, ou d'actes respectueux, pourra être regardé comme suffisant pour faire briser l'union conjugale. Mais si l'omis-

sion de ces formalités était excusable, le mariage devrait être maintenu. La doctrine que nous soutenons est adoptée aujourd'hui par la jurisprudence (Cass., 21 février 1866, Dalloz, 66, I, 278; — 20 novembre 1866, Dalloz, 67, I, 13, et plusieurs jugements cités au *Journal de dr. intern. privé*, 1875, p. 189 et 273; 1877, p. 43 et 146; 1878, p. 43; Demolombe, III, n° 225; Valette, *Cours de C. C.*, p. 201; etc., etc.), elle est fortifiée par l'autorité de l'ancien droit; en effet, l'Ordonnance de Blois disait, art. 40 : « Pour obvier aux abus qui adviennent des mariages clandestins, nous avons ordonné que nos sujets *ne pourront valablement contracter* un mariage sans proclamation de bans....., etc. » Malgré les termes précis de cette disposition, le défaut de bans n'était, sous l'ancien régime, qu'un simple élément de clandestinité et non une cause de clandestinité complète (Pothier, n° 69). Il s'agit, il est vrai, dans cette Ordonnance, de mariages contractés en France; mais l'interprétation donnée à ce texte par l'ancienne jurisprudence n'en fournit pas moins un puissant argument d'analogie pour notre question.

D'après l'article 171, « dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du royaume, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre des mariages du lieu de son domicile. » Il s'agit ici d'une publicité postérieure et qui ne s'applique qu'aux

mariages célébrés d'après les formes de pays; car l'art. 171 se relie à l'art. 170, qui ne prévoit que cette hypothèse. D'ailleurs, la transcription en France des mariages célébrés devant les agents diplomatiques serait inutile, puisque, chaque année, ces agents doivent envoyer, au ministère des affaires étrangères, les doubles de leurs registres de l'état civil. L'art. 171 n'est pas applicable à la femme française qui s'est mariée à l'étranger avec un étranger, car cette femme devient étrangère par le fait de son mariage (C. C., art. 19), et, par conséquent, elle n'est pas soumise à une obligation qui ne concerne que les Français.

L'obligation imposée par l'article 171 n'a pas de sanction; quelques auteurs ont soutenu qu'en l'absence de transcription, le mariage serait réputé inconnu des tiers, que les enfants issus de ce mariage ne succéderaient pas à leurs père et mère au préjudice des autres parents, et que la femme n'aurait ni hypothèque légale, ni protection pour les actes faits sans l'autorisation de son mari. Mais aujourd'hui, la doctrine, aussi bien que la jurisprudence, reconnaît que la transcription est une simple formalité bonne à prescrire et à suivre, mais dont l'omission n'entraîne aucune déchéance ni perte de droits. Les travaux préparatoires prouvent suffisamment que le législateur n'a donné à l'art. 171 aucune sanction civile; il croyait seulement, et c'était une erreur, avoir donné à cet article une sanction fiscale. En effet,

au Conseil d'État, il fut déclaré que la peine contre le défaut de transcription se trouvait insérée dans les lois sur l'enregistrement. Tronchet exprime même le regret qu'on n'ait pas cru devoir ajouter une amende à la peine du *double droit* qui, selon lui, frappait les époux qui ne faisaient pas opérer la transcription prescrite par l'art. 171. Mais, dans toute cette discussion, les conseillers d'État ont commis une erreur constante, car les lois de l'enregistrement n'ont imposé aucun double droit, aucune peine aux époux qui n'ont pas fait transcrire leur acte de mariage célébré à l'étranger. On voit donc que l'article 171 n'a aucune sanction, ni civile ni pénale.

L'auteur anonyme d'un livre manuscrit sur *l'état civil*, qui se trouve à la Bibliothèque du Tribunal de première instance de la Seine (G. 7), rapporte, sous l'art. 171, un avis du Comité de législation du 24 mars 1819, approuvé par le Ministre de la Justice. Ce document, que nous n'avons vu reproduit dans aucun autre ouvrage, est ainsi conçu :

« Vu l'article 171 du Code civil et l'avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI ;

« Considérant que la loi, en parlant du domicile, n'a pu entendre que le lieu du domicile nouveau, et qu'il est utile à l'accomplissement du vœu de la loi de préférer ce domicile à celui qu'avait le Français avant son départ pour l'étranger ;

« Considérant que, déjà, l'avis sus énoncé du

12 brumaire an XI, a décidé, en termes généraux, que les officiers de l'état civil ne pourraient recevoir des déclarations hors des délais de la loi sans y être autorisés, de même que, pour les rectifications par les tribunaux; qu'on ne pourrait décider autrement, sans conférer à ces officiers un caractère de magistrature qui, aux termes des avis du Conseil d'État des 18 nivôse an XII et 28 frimaire 1806, ne peut leur appartenir;

« Le Conseil est d'avis : 1° que le dépôt de l'acte de mariage doit être fait au nouveau domicile; la veuve ne pourrait faire transcrire l'acte de la célébration de son mariage à l'étranger, qu'au domicile qu'avait son mari en rentrant en France; — 2° que, passé ce délai de trois mois, il ne doit être procédé à la réception de l'acte qu'en vertu d'un jugement. »

II

MARIAGE DES ÉTRANGERS EN FRANCE.

Un étranger qui épouse, en France, une de ses compatriotes, peut se marier devant l'agent diplomatique de son pays ou devant l'officier d'état civil français. S'il épouse une Française, le mariage doit être célébré devant l'officier d'état

civil français, ainsi que nous l'avons dit au chapitre précédent.

Les étrangers qui se marient devant l'officier d'état civil français sont soumis à deux législations : 1° à la loi étrangère, pour tout ce qui est relatif à leur capacité ; 2° à la loi française, pour ce qui concerne les formes du mariage.

Pour vérifier si l'étranger, qui veut contracter mariage en France, a atteint l'âge déterminé par les lois de son pays ; si, en vertu des mêmes lois, il a besoin de telle ou telle autorisation, ou s'il n'est pas frappé de certaines incapacités particulières, il serait nécessaire que l'officier d'état civil connût la législation matrimoniale en vigueur dans le pays de cet étranger ; mais on ne peut exiger d'un fonctionnaire français la connaissance, même partielle, de toutes les législations étrangères. Le Ministre de la Justice, par une circulaire du 4 mars 1831, avait pensé résoudre la difficulté en invitant les maires à exiger de tout étranger, non naturalisé, qui voudrait se marier en France, la justification, par un certificat des autorités du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile dans sa patrie, qu'il est apte, d'après les lois qui la régissent, à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser ; en cas de contestation, les tribunaux devaient statuer. Cette circulaire créait tant d'obstacles aux mariages des étrangers en France, qu'elle les rendait parfois impossibles, soit parce que les officiers civils étran-

gers répondaient qu'ils étaient sans qualité pour délivrer un semblable certificat, soit parce que la délivrance de ce certificat entraînait des frais trop considérables. De nouvelles instructions ministérielles, en date du 16 février 1855, engagent les officiers d'état civil à n'exiger des étrangers aucun certificat d'aptitude et à procéder à la célébration aux risques et périls des futurs.

Toutefois, lorsque l'étranger n'a pas la capacité requise par la loi française, lorsque, par exemple, il n'a pas l'âge fixé par l'art. 144, ou lorsqu'il ne produit pas le consentement de ses parents, l'officier d'état civil doit exiger une attestation de l'ambassade ou du consulat constatant que cet étranger, d'après les lois de son pays, peut valablement contracter mariage (Circulaire du Procureur de la République de la Seine du 25 juin 1874).

La règle que la capacité de l'étranger s'apprécie d'après la loi de son pays, subit une restriction lorsque cette loi permet un acte que la loi française considère comme contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ainsi, un musulman n'aurait pas le droit d'épouser, en France, plusieurs femmes, bien que sa loi personnelle le lui permette, car la monogamie tient essentiellement, chez nous, à l'ordre social. Autrefois, la jurisprudence, se fondant sur ce que le statut personnel étranger ne peut prévaloir contre un empêchement d'ordre public, annulait des maria-

ges contractés par des étrangers valablement divorcés. Mais le mariage qui suit le divorce ne peut être comparé à la polygamie ; le Code défend de contracter un nouveau mariage avant la dissolution du premier : la question de savoir si ce premier mariage a été dissous doit s'apprécier d'après les lois qui régissent l'état et la capacité de l'étranger. Pour se convaincre qu'il n'est pas contraire à l'ordre public et à la morale de considérer le divorce comme une cause de dissolution de mariage, il suffit de se rappeler que la loi de 1816, tout en abolissant le divorce, ne s'oppose pas à ce qu'un époux français, divorcé avant sa promulgation, puisse contracter postérieurement un second mariage du vivant de son premier conjoint.

Le 4 juillet 1859, malgré une remarquable plaidoirie de M^e Dufaure, la Cour de Paris décidait que l'étranger divorcé dans son pays ne peut se remarier en France. La Cour de cassation cassa cet arrêt le 28 février 1860, conformément aux conclusions de M. le Procureur général Dupin (affaire Bulkley, Sirey, 1861, I, 210). Depuis cette époque, la jurisprudence se conforme à la doctrine de la Cour de cassation.

Cependant la Cour de Douai, par arrêt du 8 janvier 1877 (*Journ. de dr. intern. privé*, 1877, p. 39), est revenue à l'ancienne jurisprudence. Elle paraît avoir été influencée par les circonstances de fait : il s'agissait d'un sujet belge, né à

Lille, qui s'était marié dans cette ville, qui n'avait pas cessé d'y résider, et qui, après avoir fait prononcer son divorce par un tribunal belge, avait demandé au maire de Lille de procéder à son second mariage.

Nous avons dit que les étrangers qui se marient en France sont soumis à la loi française pour tout ce qui concerne les formes du mariage; c'est une application de la règle *locus regit actum*; la célébration, la rédaction de l'acte, le nombre des témoins, seront les mêmes que s'il s'agissait du mariage de deux Français. Le maire devra se faire remettre les pièces qu'il exigerait d'époux français: actes de naissance, actes de décès des parents lorsque leur consentement ou leur conseil est exigé, certificat de publications, etc.

D'après l'art. 29 de la loi allemande du 6 février 1875, les enfants légitimes ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère: le fils, tant qu'il n'a pas accompli sa vingt-cinquième année, et la fille sa vingt-quatrième année; mais, après cet âge, les enfants n'ont pas besoin de consulter leurs parents pour se marier. Lorsqu'un Français, âgé de plus de vingt-cinq ans, est fils de parents allemands résidant en Allemagne, l'officier d'état civil français doit célébrer le mariage sans exiger que les parents du futur aient été consultés, car cette demande de conseil ne peut se faire régulièrement que par des actes respectueux, et les notaires allemands pourraient re-

fuser de procéder à ces actes. D'un autre côté, le Français, d'après l'article 148, peut contracter un mariage valable, sans le consentement de ses parents, à partir de vingt-cinq ans. L'art. 27 de la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874 décide qu'à partir de vingt ans révolus, on peut se marier sans l'autorisation de ses parents. Le Français fils de parents suisses aurait besoin de cette autorisation jusqu'à vingt-cinq ans, car sa capacité doit s'apprécier d'après la loi française.

TROISIÈME PARTIE

DES ACTIONS EN NULLITÉ

SECTION I

MARIAGES NULS.

Le Code ne contient pas une théorie spéciale des nullités à laquelle on puisse se reporter, comme à un guide infallible, pour résoudre toutes les difficultés qui peuvent s'offrir; il ne présente pas de vues d'ensemble. Le législateur s'est borné à faire une énumération d'espèces, pour chacune desquelles il a donné une solution.

La validité d'un acte peut être affectée d'une façon plus ou moins grave; l'acte peut être radicalement nul, c'est-à-dire inexistant au point de vue juridique; il peut être simplement annulable; il a alors une existence juridique imparfaite, susceptible de disparaître, mais aussi de se fortifier de manière à devenir inattaquable.

On conteste cette distinction. Il est vrai que Pothier (n^{os} 308, 309) confond certainement les mariages nuls et les mariages annulables; il est

vrai, aussi, que le Code n'a exposé nulle part cette théorie, et qu'il paraît confondre ces deux nullités, puisqu'il appelle nuls des mariages que nous qualifions d'annulables. Mais en se reportant aux travaux préparatoires, on voit que les rédacteurs du Code ont fait la distinction que nous proposons.

L'article 146 est bien favorable à notre opinion, il porte : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.* » Cet article se trouve au chapitre I^{er} qui traite des conditions requises pour pouvoir contracter mariage ; on proposa, lors de la discussion du projet, de le renvoyer au chapitre IV *Des demandes en nullité*. Le Premier Consul s'y opposa : « Ce serait mêler ensemble, dit-il, les cas où il peut être cassé » (Fenet, IX, p. 16). Alors on proposa la rédaction suivante : « Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement. Il n'y a point de consentement lorsqu'il y a violence ou erreur sur la personne. » Le Premier Consul résista encore à ce projet, « parce que, d'après la discussion, on devait distinguer les deux cas confondus dans cet article : 1^o Il n'y a pas de mariage à défaut de consentement devant l'officier d'état civil, et si on a écrit que la femme a dit *oui* quand elle a dit *non*; 2^o si la femme, ayant dit *oui*, prétend ensuite qu'elle a été forcée, il y a mariage, mais il peut être annulé (Fenet, IX, p. 50). « Le Premier Consul dit que l'article paraît supposer un mariage quelconque de la part du mort

civilement ; qu'il serait donc possible que ce mariage subsistât s'il n'était pas cassé, qu'ainsi, il vaut mieux ne pas parler de ces sortes de mariages. » L'article fut supprimé ; mais on voit, par cette discussion, que, tout en reconnaissant la nullité absolue de certains mariages, on n'a voulu organiser d'actions en nullité que pour les mariages annulables, car ils ont une existence juridique que les autres n'ont pas.

Le mariage étant un contrat civil qui consiste dans l'union de deux personnes de sexe différent, célébrée par un officier d'état civil, les conditions nécessaires pour l'existence même du mariage sont les suivantes :

1° Les parties contractantes doivent jouir de la vie civile. — Nous avons vu que, dans les travaux préparatoires, on a formellement déclaré que le mariage contracté par un mort civilement doit être considéré comme non avenu. L'article 25 du Code confirme cette proposition. La mort civile a été abolie en France par la loi du 31 mai 1854, mais elle existe encore dans plusieurs législations étrangères. La capacité des étrangers devant être appréciée d'après les lois de leur pays, le mariage contracté en France par un moine profès, originaire d'un pays où les vœux monastiques emportent mort civile, doit être déclaré nul en France, bien que la législation française ne reconnaisse plus de vœux monastiques solennels (Paris, 13 juin 1814. — Sirey, 15, II, 67).

2° Les parties contractantes doivent être de sexe différent. — L'identité de sexe empêche le mariage d'exister, car la différence de sexe est de l'essence même du mariage. Par conséquent, la fin de non-recevoir édictée par l'article 181, et tirée de ce qu'il y aurait eu cohabitation continuée entre les prétendus époux pendant six mois depuis que l'erreur a été reconnue, ne peut pas s'appliquer à une demande en nullité de mariage pour cause d'absence des organes caractérisant le sexe (Cass., 15 janvier 1872 ; Dalloz, 72, I, 52. — Montpellier, 8 mai 1872 ; Dalloz, 72, II, 48).

3° Les parties doivent pouvoir donner un consentement moralement valable et consentir effectivement à se prendre pour mari et femme. — L'article 146, rapproché de l'article 180, montre l'exactitude de cette proposition. Le mariage sera inexistant, bien qu'un acte de célébration ait été dressé, si l'une des parties a dit *non* à l'officier d'état civil, ou si, étant en état de fureur ou de démence, elle était incapable de consentir. Il en serait de même du mariage contracté par un jeune enfant.

L'erreur dans la personne, lorsqu'elle est le résultat d'une substitution de personne, détruit complètement le consentement; cependant, d'après les articles 180 et 181, le mariage est seulement annulable. Quant à la violence, on comprend qu'elle ait pour résultat de vicier le consentement et non de le détruire.

4^o Le mariage doit être célébré par un officier de l'état civil. — Le mariage est un contrat solennel, la solennité est par conséquent un des éléments constitutifs de l'acte et sans lequel il ne peut exister, suivant la maxime *forma dat esse rei*. Le mariage célébré par un officier d'état civil incompetent est seulement annulable, parce que l'officier d'état civil est le fonctionnaire auquel le Code a conféré le droit d'unir les époux au nom de la loi. Mais un prêtre, un notaire, un greffier, un juge de paix, ne sont pas revêtus du caractère d'officier de l'état civil, ils n'ont aucune qualité pour unir deux personnes au nom de la loi, l'union célébrée devant eux ne serait pas un mariage aux yeux de la loi civile¹.

1. La nullité absolue d'un mariage célébré par une personne qui a usurpé les fonctions d'officier de l'état civil est également incontestable; mais il y a lieu quelquefois d'appliquer la règle *error communis facit jus*. C'est ainsi que la loi du 6 janvier 1872 a décidé que « les actes inscrits sur les registres de l'état civil, depuis le 4 septembre 1870 jusqu'à ce jour, ne pourront être annulés à raison du seul défaut de qualité des personnes qui les ont reçus, pourvu que ces personnes aient eu, à ce moment, l'exercice public des fonctions municipales ou de celles d'officier d'état civil, à quelque titre et sous quelque nom que ce soit » (art. 1). Cette loi ne concernait que la province (art. 2). Une loi du 19 juillet 1871 s'était occupée des actes reçus à Paris et dans le département de la Seine, depuis le 18 mars 1871 jusqu'à la fin de l'insurrection : les actes dressés par tous autres que les officiers publics compétents ont été bâtonnés; on n'a pas osé les déclarer nuls afin de maintenir les mariages contractés pendant cette période. On a considéré le mariage comme valable et

Dans les différents cas que nous venons d'examiner, le mariage est absolument nul, il n'existe pas; quelquefois un acte de célébration aura été dressé, cet acte aura pour lui une présomption de validité, et il est vrai que la nullité ne pourra pas être prononcée par une juridiction quelconque, mais à n'importe quelle époque toute personne intéressée pourra la faire déclarer.

SECTION II

MARIAGES ANNULABLES.

Le chapitre IV du titre *Du mariage* détermine dans quels cas le mariage peut être annulé. En principe, lorsque la loi prohibe un certain acte, une convention, par exemple, cet acte doit être annulé (art. 1430, 1395, 1595 à 1597, 1600, etc.), mais les nullités de mariage ont fait l'objet d'un titre spécial, dans lequel le législateur a réglé avec précision dans quel cas et par quelles personnes la nullité peut être poursuivie. Aussi presque tout le monde reconnaît aujourd'hui que le mariage, à moins de manquer d'une des condi-

l'acte destiné à le constater comme nul. L'acte devait être transcrit sur un nouveau registre, en présence des parties et des témoins, ou, faute par eux de se présenter, un jugement rendu à la requête du ministère public ordonnait la transcription (art. 2 et 5. — Rapport de M. Wallon, *Journal officiel* du 23 juillet 1871).

tions essentielles à son existence, ne peut pas être annulé lorsque le Code ne prononce pas la nullité. C'est pourquoi nous avons classé parmi les empêchements prohibitifs le délai de viduité et la parenté résultant de l'adoption.

Les causes d'annulation ou, pour employer l'expression du Code, les nullités, se divisent en deux classes, désignées généralement sous les dénominations de nullités absolues et de nullités relatives.

Les nullités absolues intéressent l'ordre public; aussi toute personne intéressée peut les invoquer, et, en principe, elles ne sont pas susceptibles de ratification.

Les nullités relatives, au contraire, se rapportent à des questions de consentement; elles n'intéressent donc pas l'ordre public et ne peuvent être invoquées que par certaines personnes déterminées. Ces nullités peuvent être effacées par des ratifications.

I

NULLITÉS ABSOLUES.

« Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux

eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public » (art. 184).

Les causes de nullités absolues sont donc : 1^o l'impuberté ou le défaut d'âge compétent (art. 144); 2^o l'existence d'un précédent mariage non légalement dissous (art. 147); 3^o certaines relations de parenté ou d'alliance (art. 161, 162, 163). L'article 191 indique en outre, comme cause de nullité absolue, le défaut de publicité suffisante et l'incompétence de l'officier d'état civil; mais nous avons vu que ces vices de forme ne doivent pas être confondus avec les autres empêchements dirimants, car ils n'entraînent pas toujours l'annulation du mariage.

§ 1^{er}. *Par qui peuvent être proposées les nullités absolues ?* — Les nullités absolues peuvent être proposées : 1^o par les époux eux-mêmes ; 2^o par les ascendants ou la famille ; 3^o par tous ceux qui y ont intérêt ; 4^o par le ministère public.

Les époux. — Les deux époux ont le droit de poursuivre la nullité de leur mariage, le Code (art. 184, 191) ne fait pas de distinction. Aussi, en cas d'impuberté, l'époux pubère a ce droit aussi bien que l'impubère. On objecte que l'époux pubère a consenti au mariage et qu'on doit l'écarter comme on repousse les ascendants d'après l'art. 186. Mais la nullité résultant de l'impuberté intéresse l'ordre public et ne doit pas être confondue avec les nullités relatives dérivant de vices du consentement. Si l'art. 186 refuse aux

ascendants qui ont consenti l'action en nullité, c'est une exception qui s'applique seulement aux ascendants et au conseil de famille ; l'époux reste régi par la règle générale de l'art. 184.

En cas de bigamie, le bigame, aussi bien que le nouveau conjoint, peut demander la nullité du mariage. L'article 184 ne distingue pas et on ne peut, en effet, opposer la maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, car cette maxime n'est applicable que si l'allégation a pour objet unique d'obtenir un avantage pécuniaire. La bigamie est un crime qui intéresse l'ordre public ; le bigame qui regrette sa faute et veut rompre une union condamnée par les lois, doit être écouté.

Ascendants et famille. — Les ascendants ne sont pas textuellement indiqués, par l'article 184, parmi les personnes qui peuvent intenter l'action en nullité, mais l'article 186 montre que ce droit leur appartient, puisqu'il le leur retire dans un cas particulier, celui où ils ont consenti au mariage d'un impubère. Ajoutons que l'article 191 mentionne formellement *les père et mère et les ascendants* parmi ceux qui peuvent attaquer un mariage pour clandestinité ou incompétence de l'officier d'état civil, et que l'article 187, en rappelant la règle qui accorde l'action à tous ceux qui y ont intérêt, n'exige un intérêt de succession *né et actuel* que lorsqu'il s'agit des parents collatéraux ou des enfants nés d'un autre mariage.

Les ascendants ont donc le droit de poursuivre la nullité en dehors de tout intérêt pécuniaire ; l'intérêt moral, le désir de maintenir l'honneur de la famille suffit pour leur accorder ce droit. Nous l'accorderons même indistinctement aux ascendants des deux époux, alors que la cause de nullité proviendrait d'un seul des conjoints : les textes ne distinguent pas, et il s'agit ici de nullités absolues qui affectent le mariage d'un vice réel et non de nullités relatives susceptibles d'être invoquées par les seules personnes dont le consentement fait défaut. Par la même raison, nous accorderons, concurremment à tous les ascendants, le droit de proposer ces nullités. Lorsqu'il s'agit d'autoriser le mariage ou d'y former opposition, la loi établit, entre les ascendants, un ordre de priorité ; elle ne dit rien de semblable dans les articles 184 et 191, et on comprend facilement que le droit de faire annuler un mariage contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, soit plus étendu que le droit de consentir au mariage ou de former opposition. Le droit de consentir est un attribut de la puissance paternelle, qui ne peut s'exercer collectivement ; il était nécessaire d'établir une hiérarchie dans la famille. Le droit d'opposition devait être limité avec soin, car des oppositions sans motifs sérieux retardent le mariage et quelquefois le rendent impossible. Le système des nullités absolues est conçu dans un ordre d'idées tout différent ; il s'agit de rétablir

l'ordre public, et le but de la loi est d'accorder le droit d'action au plus grand nombre de personnes possible. L'aïeul d'un des époux pourra donc poursuivre la nullité du mariage et défendre l'honneur de la famille si le père reste dans l'inaction.

L'action en nullité appartient également au conseil de famille des mineurs. Nous ne parlons pas du cas où le conseil de famille a refusé de consentir au mariage ; cette hypothèse est prévue par l'article 182. Il faut supposer que le conseil de famille a donné son consentement ou qu'il s'agit d'un mariage contracté avec ou sans le consentement du père, puis que le père meurt et que le conseil de famille est chargé de défendre les intérêts de l'enfant.

On a prétendu que l'article 186, par les mots *la famille*, a voulu désigner les parents en général qui ont donné leur consentement au mariage. Les travaux préparatoires montrent la fausseté de cette opinion. L'art. 182 parlait aussi « du père, de la mère, des ascendans et de *la famille* ; » à la séance du 6 brumaire an XI, on critiqua le défaut de précision de ce mot, qui fut remplacé immédiatement par les mots : *conseil de famille*. C'est par oubli que le même changement de rédaction n'a pas été fait dans l'article 186 ; mais le législateur a évidemment voulu donner au conseil de famille, tant que l'époux est mineur, le même droit qu'aux ascendans dans l'intérêt de l'honneur de la famille.

Il est vrai que les articles 184, 187 et 191 ne mentionnent pas le conseil de famille parmi les personnes qui peuvent intenter l'action en nullité, mais l'art. 186, en déclarant la famille, c'est-à-dire le conseil, non recevable à attaquer le mariage pour impuberté quand il a consenti, reconnaît par là même le droit que le conseil aurait, sans ce consentement, d'invoquer la nullité. La loi a donc accordé au conseil de famille l'action en nullité pour défaut d'âge compétent; nous devons en conclure, comme pour les ascendants, qu'elle lui a également donné le droit de faire annuler les mariages pour inceste ou bigamie.

Tous ceux qui y ont intérêt. — En dehors des ascendants et du conseil, la loi permet l'action en nullité à tous ceux qui y ont intérêt. Il s'agit évidemment d'un intérêt pécuniaire, et c'est pourquoi l'article 188 accorde formellement à l'époux, au préjudice duquel a été contracté un second mariage, le droit de demander la nullité de la nouvelle union de son conjoint, quand même il n'aurait actuellement aucun intérêt pécuniaire.

Les articles 184 et 191 permettent à tous ceux qui y ont intérêt de proposer les nullités absolues; l'article 187 paraît réduire un peu la généralité de ces termes : « Dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant

des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. »

Les tiers qui ont contracté avec la femme non autorisée, ou qui veulent repousser l'hypothèque légale qui leur serait opposée, ont le droit de contester la validité du mariage. Quant aux collatéraux et aux enfants nés d'un précédent mariage, l'article 187 semble, au premier abord, ne leur accorder le même droit qu'après la mort des époux. Les rédacteurs de cet article n'ont parlé que de ce qui arrive le plus souvent, et leur intention était d'exiger seulement un intérêt né et actuel. C'est ordinairement à la mort des époux ou de l'un d'eux que les collatéraux ont un intérêt *né et actuel* à faire prononcer la nullité du mariage pour évincer de cette succession les enfants nés de cette union ; mais on peut trouver des exemples où le conflit d'intérêt se présentera avant la dissolution du mariage. Ainsi, quand le parent d'un des époux étant mort, l'époux successeur renonce à l'hérédité ou est déclaré indigne, les enfants du mariage pourront se prétendre héritiers en tout ou en partie, et alors les enfants nés d'un autre lit, ou les collatéraux, auront un intérêt né et actuel à écarter comme illégitime la postérité issue du mariage nul. De même, si un des enfants du premier mariage meurt sans postérité, ses frères et sœurs germains ont intérêt à exclure les enfants du second mariage (art. 748). Pour les collatéraux il est difficile de contester le

droit d'agir en nullité du vivant des époux, car la rédaction de l'article 487 montre qu'on doit seulement exiger un intérêt né et actuel. La question est plus délicate en ce qui concerne les enfants d'un premier mariage. L'article 371 déclare que l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère; permettre à un fils, du vivant de son père, de poursuivre la nullité du mariage que celui-ci a contracté, serait, dit-on, violer cette règle. Cette objection ne nous paraît pas décisive. Si une semblable demande devait être repoussée à cause de son immoralité, il faudrait la prohiber en toute circonstance, car elle n'est pas moins immorale après la mort du père et constitue l'outrage le plus grave à sa mémoire. L'article 371 n'est guère qu'un précepte de morale; l'honneur et le respect que l'enfant doit à ses père et mère ne lui ôtent l'exercice d'aucun droit, à moins d'une disposition formelle du Code. Ainsi, l'enfant peut demander contre eux la réparation d'un crime ou d'un délit qui lui aurait causé un préjudice (art. 380 C. P.). Vos adversaires invoquent quelquefois l'autorité de l'ancien droit; Pothier, cependant, enseignait la doctrine que nous soutenons : « Supposons par exemple, dit-il, qu'un homme, du vivant de sa première femme, en a épousé une seconde, et que, s'étant lassé d'elle, il est retourné avec la première. La seconde femme a un grand intérêt à faire déclarer nul le mariage fait avec la première, puisque, sans

cela, le mariage qui a été fait du vivant de la première ne peut pas être valable. Elle doit donc être reçue à l'attaquer par la voie d'appel comme d'abus, pourvu que ce soit pour des nullités absolues, et elle ne serait pas recevable à proposer des nullités respectives. *Il en est de même des enfants de la seconde femme* » (n^o 449). L'hypothèse dont s'occupe Pothier n'est pas identiquement semblable à la nôtre, mais elle montre bien que le respect dû au père n'est pas suffisant pour empêcher l'enfant d'attaquer le mariage.

Le ministère public. — L'article 190 dit que le Procureur de la République, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 184, « *peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des époux, et les faire condamner à se séparer.* » L'article 191 ajoute que tout mariage célébré sans publicité ou par un officier incompétent *peut* être attaqué par le ministère public. On a cru voir dans la différence de rédaction de ces deux articles une obligation pour le ministère public d'agir dans les cas visés par l'article 184. Cette opinion est généralement rejetée. Sans doute, en principe, le ministère public devra agir pour faire cesser le scandale, mais il est libre d'apprécier l'opportunité de pareilles poursuites. Portalis exprime clairement cette faculté dans son discours de présentation au Corps législatif : « Le ministère public ne doit se montrer que quand le vice du mariage est notoire. . Il y a souvent

plus de scandale dans les poursuites indiscrettes d'un délit obscur, ancien ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit lui-même. » Le ministère public, malgré la généralité des termes de l'article 22 du Code d'instruction criminelle, jouit de la même liberté d'action pour la poursuite des crimes et délits. Il appréciera donc si le scandale résultant d'une action en nullité de mariage n'offre pas plus d'inconvénients, par exemple, que le spectacle d'une union réprouvée par la loi, mais que des dispenses préalables auraient rendue licite. Le discours de Portalis ne peut laisser subsister aucun doute sur ce point.

§ 2. *Fins de non-recevoir.* — A. *Fins de non-recevoir communes.* — Le ministère public ne peut agir après le décès de l'un des époux, car le scandale a pris fin avec le mariage, et l'ordre public n'est plus troublé. L'art. 190 indique cette fin de non-recevoir qui doit exister, pour les mêmes motifs et à plus forte raison, lorsque le ministère public agit en vertu de l'art. 191. Ainsi, le droit du ministère public s'éteint à l'époque où prend ordinairement naissance le droit des collatéraux et des enfants.

Nous pensons qu'après la dissolution du mariage, on doit également refuser l'action aux ascendants qui n'ont pas un intérêt pécuniaire à faire prononcer cette nullité. Un intérêt d'affection comme, par exemple, le désir de régler la sépulture du conjoint décédé, ne serait pas suffi-

sant. Durant le mariage, les ascendants agissent en vertu d'une sorte de magistrature domestique pour faire cesser le scandale. Après la mort d'un des époux, le scandale n'existe plus et les ascendants ne doivent pas avoir plus de droit que les collatéraux.

B. *Fins de non-recevoir spéciales.*

Impuberté. — « ... Le mariage contracté par des époux qui n'avaient pas encore l'âge requis, ou dont l'un d'eux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué : 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent ; 2° lorsque la femme, qui n'avait point cet âge, a conçu avant l'échéance de six mois » (185).

La nullité de mariage, résultant de ce que l'un des époux n'a pas atteint l'âge fixé par l'article 144, a été établie pour empêcher les unions prématurées. Lorsque la femme, âgée de moins de quinze ans, devient enceinte, la présomption légale d'impuberté se trouve évidemment faussée à son égard et le mariage ne peut plus être attaqué. En dehors de cette hypothèse, le Code, pour confirmer le mariage, exige que six mois se soient écoulés depuis que les époux ont atteint l'âge compétent. En droit romain et dans notre ancien droit le mariage était inattaquable dès que les époux avaient atteint l'âge de puberté. Les rédacteurs du Code ont craint que les tiers n'eussent pas le temps d'agir si le mariage avait eu lieu très-

peu de temps avant l'âge requis. M. Valette remarque qu'on aurait atteint le même but si on avait accordé un délai de six mois à *partir du mariage*, en ayant soin d'ajouter que l'action serait toujours reçue *tant que les époux n'auraient pas atteint l'âge requis*.

Si l'époux impubère avait, aussitôt après avoir atteint l'âge requis, ratifié formellement son mariage, nous pensons qu'il ne pourrait plus en poursuivre la nullité ; mais, d'après le texte du Code, il serait difficile d'empêcher les autres personnes intéressées d'user de leur droit pendant les six mois que la loi leur accorde. La cohabitation après l'âge requis n'aura pas la valeur d'une ratification, et réciproquement le mariage est consolidé après le délai de six mois, quand même les époux n'auraient pas cohabité.

L'article 186 dispose : « Le père, la mère, les ascendants et la famille qui ont consenti au mariage, dans le cas de l'article précédent, ne sont pas recevables à en demander la nullité. » Nous avons vu que par *famille* il faut entendre le *conseil de famille* et non les collatéraux qui auraient donné leur assentiment au mariage. « Il ne faut pas, disait Portalis, qu'elles (ces personnes) puissent se jouer de la foi due au mariage après s'être jouées des lois. » Il semble, au premier abord, inutile de donner aux ascendants et à la famille l'action en nullité pour défaut d'âge, car s'ils ont consenti au mariage, on leur refuse cette

action, et s'ils n'ont pas consenti, ils peuvent agir pour défaut de consentement (art. 182). Les ascendants auront cependant intérêt, dans plusieurs cas, à invoquer la nullité résultant de l'impuberté : 1° si l'action en nullité fondée sur le défaut de consentement est prescrite ; 2° si l'ascendant qui a donné son consentement ignorait, à cette époque, l'impuberté des époux ; 3° si l'ascendant qui veut faire annuler le mariage n'est pas le même que celui qui avait donné le consentement.

Bigamie. — Lorsque le conjoint d'un absent s'est remarié, on suivait autrefois une double règle qu'on appelait « les belles maximes de l'avocat général Gilbert des Voisins » : 1° L'incertitude de la mort d'un époux ne constitue pas une raison suffisante pour autoriser son conjoint à contracter un nouveau mariage ; 2° l'incertitude de l'existence de l'absent n'est pas un motif suffisant pour que, si le nouveau mariage est contracté, on puisse en poursuivre la nullité. Les travaux préparatoires montrent qu'on avait l'intention d'introduire ces règles dans le Code, mais Thibaudeau, chargé de refondre les articles 26 et 27 du projet, a rédigé l'article qui porte actuellement le numéro 139 et qui est ainsi conçu : « L'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence. » Cet article obscur doit être concilié avec l'art. 184, qui accorde à tous ceux qui y ont in-

térêt, et au ministère public, le droit d'attaquer les mariages contractés en contravention à l'article 147.

Quatre systèmes ont été proposés.

Un premier système applique l'article 139 à la lettre. L'absence d'un époux est une excuse pour le conjoint remarié et le premier époux a seul le droit de demander la nullité du mariage. (Merlin, *Rép.*, v^o *Absence*, art. 139; Toullier, I, n^{os} 485, 528, 529.) Ce système est inadmissible; il ne tient aucun compte de l'article 184 et aurait les résultats les plus scandaleux. Les nouveaux mariés pourraient acheter à prix d'argent l'inaction de l'absent, après son retour, et continuer, grâce à sa tolérance, leur commerce criminel. Les deux mariages subsisteraient, la femme se trouverait avoir deux maris et ses enfants auraient deux pères légitimes, car la présomption *pater is est* s'appliquerait aux deux maris de la mère.

Un deuxième système, pour éviter, dans une certaine mesure, les résultats du précédent système, accorde l'action en nullité à ceux qui agissent en vertu d'un intérêt purement moral, c'est-à-dire à l'absent de retour, aux époux, aux ascendants et au ministère public; mais il la refuse à ceux qui n'agiraient qu'en vertu d'un intérêt pécuniaire. Ce système s'appuie sur l'opinion exprimée par Bigot-Préameneu que « la dignité du mariage ne permet pas de le compromettre pour l'intérêt pécuniaire des collatéraux. » (Fenet, VIII, p. 462, 488); mais il est arbitraire,

car il écarte une classe de personnes auxquelles l'article 184 accorde le droit d'action. (Demante, *Cours analytique*, I, n° 177 bis.)

Le troisième système distingue les situations, et non plus les personnes : tant que l'absent n'a pas reparu, le mariage ne peut être attaqué que par lui ou par son fondé de pouvoir spécial muni de la preuve de son existence (art. 139) ; si l'absent reparait, les personnes indiquées dans l'article 184 pourront alors agir en nullité ; l'article 139 parle seulement de l'*absent* ; dès que l'absent est de retour, on ne peut lui donner le nom d'absent, l'article 139 est inapplicable et il faut recourir à l'article 184. Ce système est ingénieux, mais il ne précise pas suffisamment dans quels cas le droit d'action s'ouvrira pour les tiers. Si l'on doit exiger que l'absent revienne dans le pays habité par les nouveaux époux, la notoriété donnée au retour de l'absent dans un pays voisin causera souvent un scandale aussi grand que sa présence au domicile des parties. Si par le mot *retour* on entend la preuve de l'existence actuelle de l'absent, ce système différera peu du suivant. (Aubry et Rau, § 159, texte et note 3.)

Un dernier système, qui laisse de côté l'article 139 et s'appuie surtout sur l'article 184, nous semble préférable. L'article 139 est mal rédigé, mais les travaux préparatoires montrent qu'on a voulu y exposer la doctrine formulée par Gilbert des Voisins : l'époux présent ne peut régulière-

ment contracter un nouveau mariage tant que le décès de l'absent n'est pas prouvé ; mais si ce mariage a eu lieu, il ne peut être annulé que sur la preuve formelle de l'empêchement résultant de la première union. Telle est l'idée contenue dans l'article 139. Dès que l'incertitude sur la vie de l'absent aura cessé, dès qu'il sera certain que l'absent existait au moment du nouveau mariage, les personnes désignées dans l'article 184 pourront agir en nullité.

Lorsqu'un acte de décès de l'absent est représenté, les deux premiers systèmes enseignent que le mariage ne peut être attaqué ; le troisième système accorde le droit d'action, mais seulement si le décès est postérieur au retour. Nous pensons que cette dernière restriction doit même être rejetée. Il suffit que la date du décès soit postérieure au nouveau mariage pour que l'action en nullité soit accordée aux personnes désignées en l'article 184, car alors l'incertitude sur la validité du mariage cesse et l'existence de l'empêchement dirimant n'est plus douteuse. (Demolombe, II, n° 264 ; Vallette, *Cours de C. C.*, p. 146 et 156.)

Clandestinité et incompétence. — L'article 196 crée une fin de non-recevoir qui ne peut être opposée que par l'un des époux à l'autre : « Lorsque qu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte. »

D'après une première opinion, le mot *acte*, à la fin de l'article, doit être pris dans le sens d'*instrumentum*, car au commencement de l'article on parle de l'acte de célébration. Ce sens résulte aussi, dit-on, de la place occupée par l'article 196 au milieu d'autres articles qui traitent de la preuve du mariage. Cette opinion est généralement rejetée, car demander la nullité de l'acte ce serait demander la nullité du mariage lui-même.

D'autres auteurs prennent le mot *acte* dans le sens de *negotium juris* et enseignent qu'il s'agit du mariage lui-même, ou du moins de la *célébration* du mariage. Lorsqu'un *instrumentum* constatant la célébration du mariage sera représenté par l'un des époux, l'autre époux sera non recevable à demander la nullité du mariage pour vices de formes. Telle nous paraît être la véritable signification de l'article 196 ; mais le second système pense que la possession d'état, étant une publicité postérieure au mariage, couvre seulement la nullité qui peut résulter du défaut de publicité lors de la célébration. Nous estimons au contraire que la fin de non-recevoir s'applique également à la nullité qui peut résulter de l'incompétence de l'officier de l'état civil. Il est vrai que l'article 196 dit : *l'officier* d'état civil, et non *un officier* d'état civil ; mais si les rédacteurs du Code avaient voulu distinguer l'incompétence de la clandestinité, ils auraient ajouté : *l'officier d'état civil compétent*. Le sens de l'article 196 est que les époux, s'il y a

possession d'état et acte de célébration, ne peuvent plus user du droit qu'ils tiennent de l'article 191 et invoquer l'un contre l'autre les causes de nullités résultant de vices de formes dans la célébration du mariage. Ces vices de formes sont le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier d'état civil (art. 191).

Déjà dans l'ancien droit la nullité pour incompétence était absolue, et cependant plusieurs arrêts ont déclaré des parties non recevables dans l'appel comme d'abus de mariage, sous prétexte de célébration par un prêtre incompétent, lorsque cet appel n'était interjeté qu'après une longue cohabitation publique et sans que personne se fût jamais plaint de ce mariage. Pothier (n° 362) justifie cette jurisprudence en disant que l'appelant était indigne d'être écouté. Les rédacteurs du Code ont voulu suivre la doctrine de Pothier.

II

NULLITÉS RELATIVES.

Les causes de nullités relatives sont les vices du consentement des époux et le défaut de consentement des personnes sous l'autorité desquelles ils étaient placés. Ces nullités n'intéressant pas l'ordre public, le nombre des personnes

appelées à s'en prévaloir est bien plus restreint que pour les nullités absolues, et les fins de non-recevoir sont plus nombreuses.

§ 1. *Par qui peuvent être proposées les nullités relatives?* — A. *Vices du consentement des époux.* — Nous avons étudié quels étaient les vices du consentement pouvant donner lieu à une demande en nullité, et nous avons vu que l'erreur dans la personne est considérée comme une cause d'annulation, bien que, au point de vue philosophique, elle détruit souvent le consentement d'une manière complète. Aujourd'hui, comme dans l'ancien droit, celui des époux dont le consentement a été arraché par violence, ou surpris par suite d'une erreur, a seul le droit d'attaquer ce mariage (Pothier, n° 444; C. C., art. 180), c'est un droit attaché à sa personne, et ses créanciers ne pourraient invoquer l'article 1166 pour l'exercer.

Si l'époux meurt pendant le délai qui lui est accordé pour former sa demande, mais sans avoir intenté son action, plusieurs auteurs, s'appuyant sur l'article 724, donnent aux héritiers le droit de l'exercer. Les héritiers, disent-ils, agiront comme représentants de l'époux; ils en ont le droit, bien que l'action soit personnelle, car l'action en désaveu, qui est également personnelle, passe aux héritiers (art. 317). Nous préférons l'opinion contraire; l'article 180 est trop formel pour qu'on puisse donner aux héritiers un

droit réservé à l'époux seul. L'article 317 est une dérogation expresse à un principe général; une pareille exception n'existe pas ici et ne peut se suppléer. Les travaux préparatoires confirment notre doctrine (séance du 6 brumaire an X; Fenet, IX, p. 83).

Lorsque l'époux, après avoir intenté l'action en nullité, meurt pendant l'instance, les héritiers peuvent la continuer. On leur a contesté ce droit, mais l'article 180 refuse seulement aux héritiers le droit d'intenter l'action; dès que l'époux a *attaqué* son mariage, il a déclaré lui-même l'existence des vices du consentement et il a montré qu'il ne renonçait pas au droit d'en invoquer la nullité. Les motifs qui faisaient interdire aux héritiers d'intenter l'action ne se retrouvent plus pour leur défendre de la continuer.

B. *Défaut de consentement des ascendants ou de la famille.* — « Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement. » (Art. 182.)

Ainsi, lorsque le consentement des parents ou de la famille était nécessaire pour la validité du mariage, deux classes de personnes peuvent invoquer la nullité : 1° les personnes dont le consentement était requis; 2° celui des époux qui

avait besoin de ce consentement. Cette décision est une application de la règle d'après laquelle les incapables eux-mêmes peuvent se prévaloir de leur incapacité (225, 1125).

M. Valette a précisé avec sa clarté et sa concision habituelles le sens qu'il convient d'attribuer à l'article 182 : « L'action en nullité, comme le droit de donner ou de refuser le consentement au mariage, et aussi le droit de former opposition, se transmet d'un ascendant à l'autre dans l'ordre déterminé par la loi (art. 148, 149, 150, 173) et des ascendants au conseil de famille tant que ce conseil a une existence légale. Les mots de l'art. 182 : « ceux dont le consentement était requis, » doivent se prendre dans un sens large et collectif (non restrictif et individuel), c'est-à-dire comme indiquant l'*autorité de la famille*. Cette autorité est permanente, mais l'*exercice* en passe d'une main à l'autre, des père et mère aux aïeuls et aïeules et de ceux-ci au conseil de famille; il peut aussi revenir à celui qui en avait été dépouillé à cause de son incapacité transitoire : absence, interdiction, etc. » (*Cours de Code civil*, I, p. 244.) Cette explication nous semble parfaitement conforme à l'esprit de la loi et elle n'est contredite par aucun texte. Après la mort du père, la mère ou l'aïeul aura le droit d'action; si le père, absent à l'époque du mariage, revient ensuite, c'est lui, et non la mère ou l'aïeul, qui pourra demander la nullité du mariage.

Le consentement de la famille est exigé dans l'intérêt de l'enfant et pour le protéger contre ses entraînements. « Il faut observer, dit Tronchet, que la loi n'a exigé le consentement du père que par la raison qu'elle prend le mineur sous sa protection et qu'elle le déclare incapable de contracter seul mariage. » Dans l'ancien droit, la nécessité du consentement avait pour fondement l'idée de puissance, la nullité du mariage avait pour but de venger les père et mère, et les époux n'avaient pas le droit d'agir. Aujourd'hui, un principe différent entraîne des conséquences différentes; pour protéger l'enfant, on lui permet de se prévaloir du défaut de consentement et le droit d'agir appartient également, non pas à ceux dont le consentement était nécessaire au jour du mariage, ils n'ont pas comme autrefois à venger leur autorité méprisée, mais à ceux qui détiennent actuellement la puissance paternelle.

L'article 182 ne cite pas le tuteur *ad hoc* parmi les personnes dont le défaut de consentement peut entraîner l'annulation du mariage. Les rédacteurs du Code ont sans doute pensé que ce cas exceptionnel était compris dans l'article 182 puisque, en fait, c'est le conseil de famille qui consent au mariage bien plutôt que le tuteur *ad hoc*. S'il n'y a pas eu un tuteur *ad hoc* nommé à l'époque du mariage, le conseil de famille en nommera un après coup qui appréciera s'il convient de poursuivre la nullité, car après s'être

affranchi d'une obligation imposée par la loi, on ne peut s'autoriser de cette contravention pour en commettre une nouvelle.

§ 2. *Fins de non-recevoir.* — A. *Vices du consentement des époux.* — Les vices du consentement des époux peuvent se couvrir : 1° par une ratification expresse; 2° par une ratification tacite; 3° par la prescription, selon plusieurs auteurs.

Ratification expresse. — La loi admet la ratification tacite, elle doit, à plus forte raison, admettre la ratification expresse. Il n'y a pas lieu d'exiger l'observation des règles posées par l'article 1338 pour la confirmation des conventions ordinaires, car le mariage est une matière toute spéciale. Peu importe que cette ratification soit l'œuvre d'un majeur ou d'un mineur. On objecte l'article 183 : « l'époux ne peut ratifier que lorsqu'il a atteint l'âge compétent »; mais notre espèce est bien différente de celle dont s'occupe cet article, il ne s'agit pas du défaut du consentement des parents, mais du consentement propre à l'époux; or, même mineur, il peut consentir à son mariage.

Ratification tacite. — L'article 181 s'occupe de la ratification tacite : « La demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue. » Ainsi le délai de six mois part du jour où la violence ou l'erreur

ont cessé et non du jour du mariage. Pendant six mois la cohabitation devra être *continué*, c'est-à-dire *ininterrompue*. Le texte du Code montre que la ratification tacite ne peut résulter que de la réunion de ces conditions. La grossesse de la femme, la survenance d'un enfant, ne seraient plus comme antrefois (Pothier, n° 318) une fin de non-recevoir.

Prescription.— Supposons que l'époux, victime d'erreur ou de violence, cesse d'habiter avec son conjoint peu de temps après le mariage ; pendant combien de temps pourra-t-il intenter l'action en nullité ? Quelques auteurs enseignent, conformément à l'article 1304, que l'action cessera d'être recevable après dix ans ; mais l'article 1304 traite des conventions en général, et non du mariage qui est soumis à des règles spéciales. D'autres soutiennent que l'article 2262 domine le Code tout entier et que l'action pourra être intentée pendant trente ans. Enfin, d'après un troisième système, qui nous semble préférable, l'action est imprescriptible. L'article 2262 s'occupe des actions réelles ou personnelles concernant des intérêts pécuniaires et n'est pas plus applicable à notre sujet que l'article 1304. La nullité d'un mariage est une question d'état et les actions en réclamation d'état sont imprescriptibles (art. 328). Trente ans après le mariage, toute personne intéressée pourra demander la nullité pour bigamie ou inceste, de même l'époux victime

d'erreur ou de violence pourra encore faire cesser son union s'il ne l'a ratifiée ni expressément ni tacitement. On objecte que l'époux dont le consentement n'était entaché ni d'erreur ni de violence, se trouve dans une situation intolérable, car il n'a pas le droit d'agir et est réduit à l'inaction. Nous pensons qu'il lui est facile de faire cesser l'incertitude de sa situation : il lui suffit de faire sommation à son conjoint de cohabiter avec lui, comme la loi l'y oblige, et alors ce conjoint intentera l'action en nullité ou y renoncera en reprenant la vie commune.

B. *Défaut de consentement des ascendants.* — Le mariage peut être attaqué soit par les ascendants, soit par l'enfant lui-même.

Action des ascendants. — L'article 183 déclare qu'elle peut se couvrir par ratification expresse ou tacite. La ratification expresse n'est soumise à aucune forme spéciale et la ratification tacite résultera des circonstances ; c'est une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux. Le Code, sur ce point, a suivi l'ancien droit (Pothier, n° 446).

L'article 183 ajoute une autre fin de recevoir lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de la part des ascendants depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. C'est encore une sorte de ratification tacite plutôt qu'une prescription.

Presque tout le monde reconnaît que la mort ou la majorité matrimoniale de l'époux empêche-

rait le conseil de famille d'invoquer la nullité du mariage, mais plusieurs auteurs enseignent que les ascendants conservent le droit d'action. Ils s'appuient sur l'article 183 qui, dans sa première partie, déclare que la ratification des ascendants éteint leur propre action et celle de l'époux, mais ne dit pas, dans la seconde partie, que la ratification de l'époux éteindra l'action de l'ascendant. Ils en concluent que la ratification de l'époux n'enlève pas aux ascendants l'exercice de l'action, et, comme l'époux ne peut ratifier que s'il est majeur quant au mariage, le droit des ascendants, disent-ils, survit à cette majorité.

Nous estimons que l'article 183 a un sens tout différent qui résulte clairement des travaux préparatoires et de l'ancien droit. M. Réal disait au Conseil d'État, « que l'action du père serait inutilement prolongée au delà de la majorité du fils parce qu'alors, le consentement du père ne lui étant plus nécessaire, le fils rétablirait son mariage en le contractant de nouveau. » Le Premier Consul disait aussi : « Qu'en principe le consentement du père et le droit de réclamer contre le mariage de son fils mineur, lorsqu'il n'y a pas consenti, sont une précaution établie, non pour l'intérêt du père, mais pour l'intérêt du fils ; qu'elle est inutile au fils devenu majeur, puisqu'alors la loi suppose qu'il est en état d'agir par lui-même, et de connaître ce qui lui est avantageux ; *le droit de réclamer contre son ma-*

riage ne doit donc appartenir qu'à lui seul » (Fenet, IX, p. 5; séance du 5 vendémiaire an X). Si l'article 183, dans sa seconde partie, ne parle pas des ascendants et dit simplement que l'action en nullité ne peut plus être intentée par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part depuis sa majorité, c'est parce qu'à cette époque l'ascendant n'avait plus le droit d'intenter l'action. Son pouvoir de protection avait cessé dès que l'époux avait atteint l'âge compétent pour contracter mariage. Ajoutons que l'ancien droit, malgré tout son respect pour l'autorité paternelle, déclarait qu'après la majorité du fils le père était non recevable dans l'appel comme d'abus au mariage (Pothier, n° 446). Il est impossible de croire que le Code se soit montré plus rigoureux que l'ancien droit.

Après la mort de l'époux, les ascendants perdent également le droit de demander la nullité du mariage : il ne peut plus être question de protection, on ne saurait admettre que les parents agissent par désir de vengeance, enfin s'il y a un intérêt pécuniaire, ce motif, qui est suffisant pour les nullités absolues, ne saurait donner ouverture à une action pour nullité relative.

Droit d'action de l'époux. — Lorsque les ascendants ont donné leur ratification expresse ou tacite, le mariage est rétroactivement validé et l'époux perd le droit d'en invoquer la nullité. En outre, l'époux est non recevable lorsqu'une année

s'est écoulée, sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. Cet âge compétent est vingt et un ans pour les femmes et vingt-cinq ou vingt et un ans pour les hommes, selon qu'ils ont ou n'ont pas d'ascendant.

Le délai d'un an sans réclamation est la seule confirmation tacite que l'on doit admettre, la simple cohabitation serait insuffisante. Mais nous pensons que l'époux, aussitôt après avoir atteint la majorité quant au mariage, pourrait, par une ratification expresse, s'interdire le droit de former une demande en nullité.

QUATRIÈME PARTIE

DES DISPENSES

I

ANCIEN DROIT ET DROIT CANONIQUE.

A l'époque classique du droit romain, le système des dispenses n'existait pas, toute union contractée malgré un empêchement était nulle. Cependant il semble que les empêchements fondés sur des motifs politiques pouvaient quelquefois être levés par le Gouvernement. Ainsi, à l'époque où le mariage était interdit entre ingénus et affranchis, nous voyons le sénat, par une faveur exceptionnelle, permettre à l'affranchie Hispala Fecennia d'épouser un ingénu (Tite-Live, XXXIX, 49). Plus tard, les empereurs accordent souvent aux Latins et aux pérégrins, sans leur donner le droit de cité, l'autorisation de contracter valablement mariage avec un citoyen romain déterminé; d'autres fois ils concèdent le *connubium* à un vétéran avec la première Latine ou la première pérégrine qu'il épousera après son congé (Gaius, I, §§ 56 et 57). Ils accordent également aux séna-

eurs le droit d'épouser des affranchies (L. 34 *de ritu nupt.*); enfin ils permettent quelquefois aux femmes de se remarier avant l'expiration du délai de viduité, *solet a principio impetrari* (Paul, l. 10 *de his qui not.*).

Les dispenses devaient surtout servir de remède contre l'extension exagérée donnée aux empêchements résultant de la parenté et de l'alliance. Une constitution d'Honorius au Code Théodosien (l. unique *si nupt. ex rescripto petantur*) suppose que les mariages entre cousins germains sont défendus, mais permet à ceux qui voudraient les contracter de s'adresser à l'empereur, qui se réserve le droit de les autoriser par rescrit. C'est la première fois que nous voyons une disposition de loi laissant espérer qu'un mariage, défendu en principe, sera permis au moyen d'une décision gracieuse.

Dans notre ancien droit, les empêchements au mariage étaient fort nombreux, mais la plupart d'entre eux pouvaient être levés par dispenses. Ces dispenses étaient accordées par le pouvoir civil ou par l'autorité ecclésiastique, selon que l'empêchement était fondé sur les ordonnances ou sur le droit canonique. Ainsi on pouvait se marier, malgré le défaut de consentement des ascendants, lorsqu'on y était autorisé par une décision judiciaire, et l'empêchement résultant de la différence de religion pouvait être levé par une dispense émanée du roi.

Les autres dispenses étaient demandées à l'autorité ecclésiastique, bien que le mariage célébré devant le prêtre eût le caractère de contrat civil en même temps qu'il était un sacrement. Le prince, en permettant que ses sujets contractassent mariage en vertu de ces dispenses, était censé déclarer tacitement qu'il s'en rapportait aux supérieurs ecclésiastiques, et il confirmait ainsi les dispenses que ces supérieurs accordaient. Aujourd'hui les dispenses canoniques n'ont aucune valeur au point de vue civil, mais elles sont nécessaires pour le mariage religieux des catholiques romains, et le droit canonique n'a pas subi de changements notables depuis la Révolution.

En ce qui concerne les protestants, nous avons vu que, d'après l'édit de 1787, les dispenses de publications ou de parenté, au delà du troisième degré, étaient accordées par le premier officier du bailliage, et que les dispenses pour les degrés antérieurs étaient expédiées en la grande chancellerie (art. 15).

Dans les premiers siècles de l'Église, les dispenses canoniques s'accordaient rarement, les princes eux-mêmes éprouvaient de grandes difficultés à les obtenir. Grégoire VI ne voulut jamais consentir au mariage du roi Robert et de Berthe qui avait été sa marraine ou, selon d'autres, sa commère. Grégoire VII ne voulut pas non plus donner de dispenses à Alphonse, roi de Castille, qui avait épousé sa parente, et l'obligea à la

quitter. Pascal II fut aussi ferme, et refusa également dispense à Uraca, fille du roi de Castille, qui avait épousé Alphonse, roi d'Aragon, son parent au troisième degré canonique. A partir du dix-huitième siècle, les papes se relâchèrent de leur rigueur.

L'empêchement résultant de la parenté en ligne directe ne peut jamais être levé par dispenses. On n'accorde pas non plus de dispenses pour les mariages entre frères et sœurs; de telles unions sont défendues par le Lévitique. La Cour de Rome paraît n'avoir jamais accordé, dans l'ancien droit, de dispenses pour le mariage entre la tante et le neveu, ces unions étaient défendues par le Lévitique, et le respect qu'un neveu doit à sa tante ne semblait pas permettre qu'elle pût devenir sa femme et fût, en cette qualité, soumise à sa puissance. Mais depuis le Code civil, l'autorité ecclésiastique accorde facilement des dispenses aux tante et neveu qui en ont obtenu de l'autorité civile. Le mariage entre l'oncle et la nièce, n'étant pas formellement interdit par le Lévitique; put toujours être autorisé au moyen de dispenses; il en est de même des mariages entre cousins germains. Quant à ces derniers, le Concile de Trente (sess. 24, c. 5) recommandait de ne les permettre qu'aux grands princes et pour des raisons d'État; mais, déjà du temps de Pothier, on les accordait à tous ceux qui les demandaient.

En ce qui concerne l'alliance, les papes n'ont

jamais voulu dispenser de l'empêchement qui résulte en ligne directe d'un mariage légitime et consommé, mais ils ont plusieurs fois dispensé de l'affinité au premier degré en ligne directe résultant d'un commerce illicite (abbé André, v^o *Affinité*). Plusieurs canonistes contestaient autrefois au pape le pouvoir d'accorder des dispenses pour les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, ils s'appuyaient sur le Lévitique (18, 12): *sororem uxoris tuæ in pellicatum illius non adduces, nec relevabis turpitudinem ejus adhuc illa vivente*. Mais ces derniers mots indiquent qu'on pouvait épouser les deux sœurs successivement; il était seulement défendu d'avoir en même temps les deux sœurs, l'une comme femme légitime, l'autre comme concubine.

Pothier soutient que l'empêchement d'honnêteté publique, résultant de fiançailles ou d'un mariage non consommé, était absolu en ligne directe et qu'on ne pouvait accorder de dispenses pour le mariage de l'un des fiancés ou de l'un des conjoints par mariage non consommé avec les parents en ligne directe de l'autre fiancé ou conjoint. Telle était sans doute l'opinion des jurisconsultes français, mais nous doutons que l'autorité ecclésiastique ait eu des principes aussi rigides puisqu'elle accordait des dispenses pour l'affinité illégitime en ligne directe.

Tous les autres empêchements résultant de la parenté, de l'affinité ou de l'honnêteté publique

sont réputés être, non pas de droit naturel, mais simplement de droit canonique, et l'Église, depuis longtemps, en accorde facilement dispense.

Les dispenses canoniques, aujourd'hui comme dans l'ancien droit, s'expédient à Rome par brefs pour les empêchements résultant des plus proches degrés de parenté ou d'alliance, et par bulles pour les autres empêchements. Ces brefs ou bulles sont adressés à l'official du domicile des pétitionnaires, ce sont de simples commissions par lesquelles l'official est chargé de s'informer de la vérité du fait exposé au pape et a le droit, si le fait se trouve vrai, de dispenser au nom du pape, *auctoritate apostolica*, de l'empêchement qui y est marqué (concile de Trente, sess. 24, c. 5).

L'obreption ou la subreption (c'est-à-dire l'exposé mensonger ayant pour effet d'obtenir plus facilement la dispense, et l'omission de circonstances qui la feraient refuser ou la rendraient plus difficile) rendent la dispense nulle lorsqu'il y a intention frauduleuse d'induire en erreur. Cependant l'évêque, qui découvre une obreption ou une subreption, peut, s'il le juge convenable, passer outre et fulminer la dispense sans en référer au pape.

Le pape seul a le droit d'accorder les dispenses, mais par un *indult* il délègue généralement aux évêques le droit d'accorder certaines dispenses. Cet indult n'est ordinairement valable que pour cinq ou six ans et doit être renouvelé. Le privi-

lége qu'il confère est attaché à la personne de l'évêque et ne peut être subdélégué par lui. Quant aux empêchements occultes, lorsque le mariage ne saurait être différé « *sine scandalo vel infamia* » et qu'il est impossible de recourir au Saint-Siège, l'évêque peut accorder la dispense et plusieurs théologiens pensent que le curé, en cas d'urgence, a le même droit.

On peut obtenir des dispenses, non-seulement avant la célébration, mais même après le mariage pour le réhabiliter lorsqu'il est nul par suite d'un empêchement dirimant. Les canonistes distinguent alors si le vice est public ou secret : dans le premier cas, on célèbre une seconde fois le mariage ; dans le second cas, les parties n'ont pas besoin de recourir à une nouvelle célébration publique et solennelle, il suffit qu'elles se donnent mutuellement un nouveau consentement. « La première célébration, dit l'abbé André, a fait passer le mariage pour valide dans le for extérieur et, rien n'ayant détrompé le public à cet égard, on ne doit pas lui donner connaissance d'un mal auquel on peut remédier légitimement à son insu. »

Les dispenses doivent être *causées*, c'est-à-dire doivent contenir le motif qui les a fait accorder. Corradus établit vingt-six causes jugées suffisantes à Rome. Il n'est pas inutile d'en citer quelques-unes :

N° 1. *Propter angustiam loci*, quand une fille demeure dans un si petit pays (300 feux selon

Collet) qu'elle ne trouve à se marier convenablement qu'avec un de ses parents.

N° 4. *Propter incompetantiam dotis oratricis*, quand une fille ne trouve à se marier qu'avec un de ses parents à cause de la modicité de sa dot.

N° 6. *Pro indolata*, quand un parent épouse sa parente sans dot, ou la dote pour être préféré.

N° 10. *Propter lites super rebus magni momenti*, quand le mariage doit faire cesser des procès importants qui existent entre les deux familles.

N° 13. *Pro oratrice filiis gravata*, quand une veuve chargée d'enfants trouve un parent qui veut bien l'épouser et avoir soin de sa famille. Corradus exige cinq enfants, l'abbé André pense que quatre enfants peuvent suffire pour mériter l'épithète de *gravata*.

N° 14. *Pro oratrice excedente viginti annis* ou *propter ætatem fœminæ superadultam*, quand une fille a 24 ans accomplis et qu'aucun étranger ne l'a demandée en mariage.

N° 20. *Ob excellentiam meritorum*, quand le pétitionnaire appartient à une famille qui a rendu ou peut rendre encore de grands services à l'Église, etc., etc.

Enfin la 26^e cause est appelée *ex certis rationalibus causis*; dans le style de la cour de Rome, les dispenses ainsi motivées sont appelées *dispenses sans cause*. L'abbé André nous apprend qu'elles coûtent plus cher que les autres. Il y est dit, en termes vagues, que les parties demandent

la dispense « *ex certis rationalibus causis eorum animos moventibus* ». L'exécuteur, à qui la dispense est adressée, n'a aucune vérification à faire de la cause de ces dispenses. Il ne doit même pas, par respect pour le pape, s'enquérir de la nature de ces causes. L'exposé suppose en effet que les parties ont eu quelque sujet raisonnable de dispense; aussi l'on s'est demandé si, cette supposition étant fautive, la dispense peut être valable dans le for de la conscience. Certains canonistes répondent que le bon usage qui est fait des sommes données pour les obtenir est une cause suffisante pour les accorder. Cette décision est bien contraire aux prescriptions du concile de Trente qui ordonne de n'accorder les dispenses que rarement, pour une cause vérifiée et gratuitement, *raro idque causa et gratis concedatur*¹.

Outre les dispenses de parenté, alliance et honnêteté publique, l'autorité ecclésiastique était aussi chargée, dans l'ancien droit, d'accorder les dispenses de publications. Ces dispenses étaient accordées si facilement que trois publications

1. A la page 25 du *Canoniste contemporain* (livraison de janvier 1878), nous trouvons une déclaration de la Congrégation de la propagation de la foi qui règle aujourd'hui les dispenses en droit canonique. Cette déclaration, datée du 9 mai 1877, énumère seize causes de dispense. La 13^e cause est remarquable : *PERICULUM MATRIMONII CIVILIS. Ex dictis consequitur, probabile periculum quod illi, qui dispensationem petunt, ea non obtenta, matrimonium duntaxat civile, ut aiunt, celebraturi sint, esse legitimam dispensandi causam.*

étaient devenues l'exception. L'article 40 de l'ordonnance de Blois, pour empêcher les enfants de famille de se marier sans le consentement de leurs parents, ordonnait de n'accorder les dispenses qu'à la réquisition des principaux et plus proches parents communs des parties contractantes.

Droit intermédiaire. — Le 3 février 1791, l'Assemblée constituante rendit le décret suivant : « L'Assemblée nationale décrète que toutes les dispenses de mariage aux degrés prohibés seront accordées gratuitement jusqu'à ce qu'elle ait statué sur lesdits empêchements. » Les dispenses étaient toujours délivrées par l'autorité ecclésiastique, car le mariage continuait à se célébrer devant le ministre du culte. Il en fut ainsi jusqu'à la loi du 20 septembre 1792, qui confia à des officiers civils le soin de célébrer le mariage et rendit inutiles les dispenses, car elle limitait autant que possible les empêchements résultant de la parenté et de l'alliance et n'exigeait qu'une seule publication.

II

DROIT ACTUEL.

Le Code civil a défendu les mariages entre beau-frère et belle-sœur, que le droit intermé-

diaire permettait; il a également défendu les mariages entre oncle et nièce, tante et neveu; mais, par l'article 164, il a déclaré que l'empereur pourrait, pour des causes graves, lever cette prohibition. La loi du 16 avril 1832 a étendu cette disposition aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs. Enfin l'article 144 a élevé l'âge compétent pour contracter mariage; mais l'article 145 décide qu'il est loisible à l'empereur d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves.

Les dispenses d'âge, de parenté ou d'alliance sont accordées par décret rendu sur la proposition du ministre de la justice (art. 1, arrêté du 20 prairial an XI). Les consuls peuvent accorder aux Français qui se marient en pays étranger des dispenses d'âge à la charge d'en rendre compte immédiatement au ministre des affaires étrangères (art. 18, ordonnance du 23 octobre 1833).

L'article 63 du Code civil exige deux publications, mais l'article 169 décide qu'il est loisible à l'empereur et aux officiers qu'il préposera à cet effet de dispenser pour des causes graves de la seconde publication. Le droit d'accorder ces dispenses de seconde publication est confié aux procureurs de la République (art. 3, arrêté du 20 prairial an XI) et aux consuls (art. 17, ord. du 23 octobre 1833).

§ 1. *Dispenses d'âge, de parenté et d'alliance.* — Le procureur de la République de l'arrondissement dans lequel doit se célébrer le mariage,

lorsqu'il s'agit de dispenses de parenté ou d'alliance, ou de l'arrondissement dans lequel l'impétrant a son domicile, lorsqu'il s'agit de dispenses d'âge, est chargé d'instruire la demande de dispense et de transmettre au ministère de la justice toutes les pièces nécessaires et son avis personnel.

Nous trouvons dans les circulaires, lettres et décisions ministérielles quelles sont les causes graves pour lesquelles il y a lieu d'accorder des dispenses, et quels sont les motifs de rejet.

A. *Dispenses d'âge.* — Les dispenses d'âge ont pour objet de protéger l'honneur compromis ou menacé des familles. Elles ne doivent généralement être accordées à l'homme qu'après dix-sept ans accomplis, et à la femme qu'après quatorze ans révolus; cette règle n'est pas absolue, mais on n'y déroge que dans des circonstances très-rares et pour des causes exceptionnelles.

Cette dispense est le plus souvent réclamée dans l'intérêt de la jeune femme; aussi, lorsque la future épouse est plus âgée que celui qu'elle désire épouser, on craint qu'elle n'ait abusé de l'influence que son âge lui donnait, et la demande est difficilement accueillie (Circul. du 11 novembre 1875).

D'un autre côté, si dans l'intérêt public comme dans l'intérêt des familles, il convient de faciliter la réparation d'une faute, de faire cesser un scandale, et de donner un appui à des enfants nés ou à naître, en permettant le mariage, il ne faut par

non plus que l'excessive inconduite des parties ou de l'une d'elles soit un titre à l'obtention des dispenses. En pareil cas, l'appréciation à faire par les magistrats chargés de la procédure est très-délicate, et réclame une minutieuse attention. Il est nécessaire de rechercher si le consentement des parties a été entièrement libre, d'autant plus qu'il s'agit de mineurs dont la volonté n'est pas toujours suffisamment arrêtée et dont l'inexpérience peut être facilement influencée. Il y a lieu de s'enquérir aussi de l'impression que le mariage pourrait produire sur la population. (Circul. des 28 septembre 1833 et 22 octobre 1848.)

B. *Dispenses de parenté et d'alliance.* — Il ne faut pas oublier que pour les mariages entre oncle et nièce ou beau-frère et belle-sœur la prohibition doit être la règle et la dispense l'exception. Les dispenses ont donc besoin d'être motivées par des circonstances toutes particulières qui doivent être vérifiées avec soin. Les dispenses de parenté, bien plus encore que les dispenses d'alliance, doivent être motivées sur des causes graves, car indépendamment des liens du sang qui unissent les parties et qui, d'après les données de la science, peuvent être une cause de dégénération, il existe le plus souvent entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, une assez grande différence d'âge ; enfin la parenté suppose des sentiments de protection et d'autorité d'une part, et de déférence et de respect de l'autre, qui s'accordent mal avec l'affec-

tueuse égalité qui doit régner entre les époux. (Circul. du 11 novembre 1875.)

Les circonstances qui méritent d'être prises en considération sont surtout celles qui doivent rendre les mariages profitables aux familles. Il faut placer en première ligne, pour les dispenses d'alliance, l'intérêt des enfants, qui retrouveraient dans un oncle la protection d'un père, dans une tante les soins d'une mère. Il convient aussi de faciliter le mariage qui aurait pour résultat de conserver un établissement ou une exploitation dont la ruine blesserait des intérêts importants à ménager. Enfin l'union qui devrait procurer à l'un des époux un état ou des moyens d'existence, celle qui tendrait à prévenir ou à terminer un procès, à empêcher un partage nuisible, à faciliter des arrangements de famille, se présenteraient avec des motifs de nature à lui concilier l'approbation de l'autorité (Circul. du 29 avril 1832). Il y aurait lieu aussi de se montrer favorable à un mariage qui mettrait les mœurs de la femme à l'abri du danger auquel elle serait exposée (Circul. du 10 mai 1824) ou qui assurerait l'assistance due aux ascendants (Circul. du 11 novembre 1875).

C. *Motifs habituels de rejet.* — Les procureurs de la République ne doivent rien négliger pour découvrir quels sont en réalité les motifs déterminants du mariage, si l'influence du futur (quand c'est un oncle, par exemple) ou si l'autorité de la famille ne porterait pas une atteinte fâcheuse à la

liberté des consentements (Circul. des 28 avril 1832 et 28 septembre 1833). La circulaire ministérielle du 10 mai 1824 décidait qu'on n'accordait pas de dispense de parenté lorsque l'homme est de quelques années plus jeune que la femme ; mais depuis la circulaire du 22 octobre 1848, la Chancellerie ne voit plus dans cette circonstance une cause absolue de rejet.

Lorsqu'un enfant est né du premier mariage de l'une des personnes qui sollicitent des dispenses de parenté ou d'alliance, une décision du 5 février 1835 prescrit de s'assurer si l'union projetée est de nature à blesser les intérêts de cet enfant.

Dans les dispenses de toute nature, l'union projetée a trop souvent pour objet de donner une situation régulière à des enfants nés ou à naître des relations illégitimes des futurs. S'il importe de se montrer rigoureux contre le vice et la débauche, les circonstances de la faute peuvent néanmoins en atténuer la gravité, et parfois l'indulgence est imposée par l'intérêt d'enfants qui se trouveraient sans famille si le mariage subséquent de leurs père et mère ne venait leur assurer, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, le bénéfice de la légitimation (arrêts du 22 janvier 1867). Il faut toutefois éviter que l'inconduite ne paraisse être un titre à la faveur, et, à moins que des motifs sérieux n'y mettent obstacle, les futurs doivent se séparer pour donner satisfaction à la morale

publique. C'est au garde des sceaux seul qu'il appartient de prescrire cette mesure et ses conditions. Les magistrats peuvent conseiller la séparation au cours de l'instruction, mais ils ne peuvent jamais l'imposer de leur propre autorité (Circul. du 11 novembre 1875).

Les relations qui se sont établies du vivant du conjoint décédé sont une cause absolue de rejet, même lorsqu'il existe un enfant adultérin auquel la loi refuse d'ailleurs le bénéfice de la reconnaissance et de la légitimation (Circulaires des 22 octobre 1848 et 11 novembre 1875).

L'art. 228 du Code défend à la femme de contracter un nouveau mariage moins de dix mois après la dissolution du mariage précédent. Aucun délai n'est imposé à l'homme, mais la jurisprudence de la Chancellerie, basée sur des raisons de convenance, n'admet pas que des dispenses puissent être accordées avant une année de veuvage. Cette règle était rigoureusement observée autrefois et plusieurs circulaires prescrivait même aux procureurs de ne transmettre les dossiers qu'après l'expiration de l'année de deuil. Aujourd'hui les procureurs de la République ne doivent jamais tarder à envoyer un dossier dont l'instruction est terminée et, dans des circonstances exceptionnelles, la Chancellerie accorde quelquefois des dispenses avant la fin de l'année de veuvage.

D. *Pièces à produire.* — La supplique, par la-

quelle les futurs demandent une dispense, est adressée au garde des sceaux qui la transmet au procureur de la République, par l'intermédiaire du procureur général. Le procureur de la République, en renvoyant la supplique, donne son avis et joint aux pièces les actes de l'état civil indispensables pour établir la preuve de l'empêchement et la possibilité d'accorder les dispenses. Depuis la circulaire du 14 novembre 1875 il est inutile de produire les actes de décès des ascendants futurs, les actes de naissance et de décès des enfants et autres pièces qui étaient exigées par de précédentes circulaires. Cependant il y aurait encore lieu de demander les actes de naissance des enfants que les futurs se proposeraient de légitimer par leur mariage ; car, s'il y a reconnaissance de ces enfants nés incestueux, le fait doit être signalé au garde des sceaux, qui apprécie s'il convient de prescrire des poursuites pour l'annulation de la reconnaissance, dans le cas où les dispenses seraient refusées.

Les personnes qui ont besoin du consentement de leurs parents pour contracter valablement mariage doivent justifier de ce consentement, mais un acte authentique est inutile. Les militaires et les marins doivent justifier de l'autorisation de leurs chefs.

Une circulaire du 18 août 1823 décide que les dispenses de parenté ne seront accordées que lorsque les impétrants qui professent la religion ca-

tholique, c'est-à-dire la religion d'État, auront justifié de l'obtention préalable des dispenses de l'autorité ecclésiastique; la circulaire du 10 mai 1824 reproduit cette disposition et ajoute que la déclaration, faite par les futurs, de leur pourvoi en cour de Rome ne suffirait point pour accueillir leur demande. Dalloz (*v^o Mariage*) cite cette dernière circulaire sans explication. Gillet (*Analyse des circulaires*, page 309) dit que la circulaire du 18 août 1823 semble tombée en désuétude. Elle a même été formellement abrogée par une décision du 14 octobre 1830. Elle était en effet en contradiction avec notre droit public à partir du jour où la religion catholique a cessé d'être religion d'État.

« Les étrangers qui se marient en France, disait la circulaire du 10 mai 1824, sont soumis comme les sujets du roi à la nécessité d'obtenir des dispenses dans les cas déterminés par la loi, quand même celle de leur pays ne leur imposerait pas cette obligation, par la raison que le mariage étant un contrat de droit des gens, est toujours, quant à la forme, régi par la loi du pays où il se passe. Il n'y a pas de distinction à établir entre le cas d'un mariage contracté entre deux étrangers et celui contracté entre un étranger et un Français. » Une lettre ministérielle du 26 février 1840 a décidé au contraire que les regnicoles, ayant seuls qualité pour invoquer le bénéfice de certaines exceptions introduites par la loi civile, les étrangers ne

pouvaient obtenir des dispenses d'alliance. La circulaire du 10 mai 1824 nous paraît avoir commis une erreur en considérant que les dispenses font partie de la forme du mariage; elles touchent essentiellement à la capacité des parties et dépendent par conséquent du statut personnel. Cette doctrine est admise aujourd'hui par la Chancellerie; la circulaire du 11 novembre 1875 déclare : « si l'un des futurs est d'une nationalité étrangère, ou si les deux futurs sont étrangers, le magistrat instructeur doit exiger les dispenses délivrées par le gouvernement étranger ou la preuve que les lois du pays d'origine des futurs ou de l'un d'eux ne défendent pas le mariage projeté. » La circulaire ajoute : « la règle est absolue lorsqu'il s'agit du mariage d'une Française avec un étranger; la loi française doit en effet protéger les femmes d'origine française contre l'application d'une loi étrangère qui, dans le pays d'origine du futur mari, ferait une concubine d'une femme à laquelle, en France, notre législation assurerait la qualité de femme légitime. Dans le cas, au contraire, où il s'agit d'une femme étrangère qui aspire à devenir Française par le mariage, si une difficulté naissait, soit de la différence des législations, soit du refus des dispenses du gouvernement étranger, cette situation ne constituerait pas une raison absolue de suspendre toute instruction. »

E. *Enregistrement du décret.* — L'article 5 de l'arrêté du 20 prairial an XI est ainsi conçu :

« L'arrêté du Gouvernement (on a appelé successivement cette décision : arrêté, lettres patentes, décret) portant la dispense d'âge ou celle dans les degrés prohibés, sera, à la diligence du commissaire du Gouvernement (procureur de la République), enregistré au greffe du tribunal civil de l'arrondissement dans lequel le mariage sera célébré. Une expédition de cet arrêté, dans laquelle il sera fait mention de l'enregistrement, demeurera annexée à l'acte de célébration du mariage. » Le décret des dispenses ne doit donc pas demeurer en dépôt au greffe ; il est enregistré sur un registre *ad hoc* tenu au greffe, à la suite d'un réquisitoire du ministère public et en vertu d'une ordonnance du président. Il en est délivré une expédition qui doit rester annexé à l'acte de mariage. Le décret est ensuite remis aux impétrants avec la mention d'enregistrement sur le revers (Circul. des 11 mars 1822 et 10 mai 1824, 28 avril 1832).

§ 2. *Dispenses de secondes publications.* — L'article 169 du Code civil permet les dispenses de secondes publications. S'il avait fallu s'adresser directement au chef de l'État, les retards inévitables de transmission auraient entraîné un délai plus long que celui qui est nécessaire pour les deux publications ; aussi l'arrêté du 20 prairia an XI, dans son article 3, confie-t-il au commissaire du Gouvernement (procureur de la République), près le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel les impétrants se propo-

sent de contracter mariage, le soin d'accorder les dispenses de la seconde publication, à la charge de rendre compte au ministre de la justice des causes graves qui ont donné lieu à chacune de ces dispenses. Les consuls et agents diplomatiques peuvent également dispenser de la seconde publication dans les cas graves (art. 17, ord. du 23 octobre 1833).

Le plus souvent ces dispenses sont accordées pour des mariages *in extremis*, sur la production d'un certificat de première publication et d'un certificat de médecin constatant que l'un des futurs est en danger de mort imminent. Mais dans la discussion de l'article 165 (169 actuel) on a déclaré formellement qu'il y avait d'autres cas d'urgence que les mariages *in extremis*; on a cité l'exemple d'un militaire, d'un ambassadeur, d'autres fonctionnaires qu'un ordre du Gouvernement force à partir sans délai lorsqu'ils sont près de se marier (Locré, IV, page 346.) On pourrait encore citer d'autres exemples, mais les chefs de parquet ne doivent user des facilités de l'article 169, selon les termes des instructions ministérielles, que *pour des motifs graves* (Circulaire du 15 octobre 1852), et l'on ne devrait pas considérer, comme autrefois, que *l'infamie qui tomberait, par la proclamation, sur les personnes qui veulent se marier* (Merlin, Répertoire, v° Bans de mariage) est un motif suffisant pour accorder la dispense.

Lorsqu'une dispense est accordée, le mariage

ne peut avoir lieu avant le troisième jour depuis et non compris celui de la première et unique publication, c'est-à-dire le mercredi. Ce délai est nécessaire pour qu'on ait le temps de former opposition. Une décision ministérielle du 7 février 1854 porte que la réduction du délai de trois jours qui doit suivre la deuxième publication du mariage n'est pas autorisée par l'arrêté du 20 prairial an XI (Gillet, n° 3316). Le procureur de la République ne pourrait dispenser du délai de trois jours qui suit la première publication, mais il nous semble qu'il peut toujours autoriser le mariage après ce délai. Si la seconde publication a été faite, les futurs ne doivent pas souffrir de l'accomplissement de cette formalité. La décision portera dispense de la seconde publication, bien qu'elle ait été faite, et non dispense du délai. Tel est peut-être le sens de la lettre ministérielle.

« La dispense d'une seconde publication de bans sera déposée au secrétariat de la commune où le mariage sera célébré. Le secrétaire en délivrera une expédition dans laquelle il sera fait mention du dépôt, et qui demeurera annexée à l'acte de célébration de mariage » (art. 4 de l'arrêté du 20 prairial an XI).

DROIT ROMAIN

TABLE

INTRODUCTION.

PREMIÈRE PARTIE.

SOURCES DE L'ESCLAVAGE.

CHAPITRE PREMIER.

Causes de l'esclavage résultant du droit des gens.

§ 1. Naissance	8
§ 2. Captivité (A. Captivité en temps de paix. — B. Captivité en temps de guerre. — C. Deditio)	11

CHAPITRE II.

Causes d'esclavage résultant du droit civil.

§ 1. Cas où l'on ne s'est pas fait inscrire sur les registres du cens.	14
§ 2. Cas où l'on s'est soustrait au service mili- taire.	15
§ 3. Insolvabilité du débiteur.	15
§ 4. Vol manifeste	16
§ 5. S. C. Claudien, 1 ^{er} chef	17
§ 6. S. C. Claudien, 2 ^e chef	19
§ 7. Condamnations	22
§ 8. Ingratitude de l'affranchi	23

DEUXIÈME PARTIE.

CONDITION DE L'ESCLAVE DANS LA SOCIÉTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

Religion.

§ 1. Culte	26
§ 2. Fêtes religieuses.	28
§ 3. Sépulture	29

CHAPITRE II.

Fonctions publiques.

§ 1. Servi publici.	30
§ 2. Armée.	32

CHAPITRE III.

Famille.

§ 1. Contubernium entre deux esclaves.	34
§ 2. Effets de la cognation servile.	38
§ 3. Contubernium d'un esclave avec une personne libre.	40

CHAPITRE IV.

Droit pénal.

§ 1. Droit de correction du maître.	41
§ 2. Restrictions au droit du maître.	42
§ 3. Délits privés.	44
§ 4. Délits publics.	45
§ 5. Torture	46
§ 6. S. C. Silanien.	48
§ 7. Esclaves fugitifs.	50
§ 8. Délits commis contre l'esclave.	51

CHAPITRE V.

De l'esclave considéré comme marchandise.

- § 1. Lois qui protègent l'acheteur. 53
§ 2. Lois qui protègent l'esclave. 58

TROISIEME PARTIE.

CAPACITÉ DE L'ESCLAVE POUR LES DIVERS ACTES JURIDIQUES.

CHAPITRE PREMIER.

Capacité de l'esclave pour procurer des acquisitions à son maître.

- § 1. Possession. 61
§ 2. Propriété 64
§ 3. Héritéité. 69
§ 4. Créances (A. Oblig. ex contractu. — B. Oblig. ex delicto). 71
§ 5. Acquisitions faites par l'esclave qui a plusieurs maîtres (A. Un citoyen a sur l'esclave le nudum dominium ex jure quirritium, un autre al'in bonis. — B. L'esclave est commun entre plusieurs maîtres. — C. L'esclave est l'objet d'un usufruit. — D. L'esclave est l'objet d'un droit d'usage). 75

CHAPITRE II.

Capacité de l'esclave pour obliger son maître.

- SECTION I. *Dans quel cas le maître est-il tenu pour le tout?* 81
§ 1. Action quod jussu. 82
§ 2. Action institoire. 83
§ 3. Action exercitoire. 84

SECTION II. <i>Dans quels cas le maître est-il tenu jusqu'à concurrence d'une certaine valeur ?</i>	85
1. Du pécule et de l'action de peculio (A. Pouvoirs de l'esclave sur son pécule. — B. Responsabilité du maître).	86
2. Action de in rem verso.	90
§ 3. Action tributaire.	92
SECTION III. <i>Dans quels cas le maître n'est-il obligé que comme détenteur de l'esclave (actions noxales) ?</i>	94

CHAPITRE III.

Capacité personnelle de l'esclave pour acquérir ou s'obliger.

SECTION I. *Capacité pour acquérir.*

§ 1. Acquisitions dont l'esclave profite pendant la servitude.	99
§ 2. Acquisitions dont l'esclave profite après son affranchissement (A. Héritéité. — B. Legs. — C. Créances).	100

SECTION II. *Capacité pour s'obliger.*

§ 1. Obligations civiles (A. Dépôt. — B. Mandat, gestion d'affaires. — C. Dette contractée pour obtenir l'affranchissement. — D. Délits).	107
§ 2. Obligations naturelles.	112

DEUXIÈME PARTIE

DES CAUSES DE SERVITUDE

I. Vues du contrat de servitude des peuples
2. 1. Violence
2. 2. Erreur dans la personne

DROIT FRANÇAIS

TABLE

INTRODUCTION	115
Droit romain.	116
Ancien droit français.	
§ 1. Mariage des catholiques.	120
§ 2. Mariage des non-catholiques.	125
Droit intermédiaire.	129
Code civil.	131

PREMIÈRE PARTIE.

DES EMPÊCHEMENTS PROHIBITIFS.

I. Actes respectueux.	134
II. Publications.	137
III. Opposition au mariage.	144
IV. Délai de viduité.	150
V. Adoption	152
VI. Autorisation des supérieurs militaires.	154
VII. Remise des pièces à l'officier civil.	158

DEUXIÈME PARTIE.

DES CAUSES DE NULLITÉ.

I. Vices du consentement des époux.	166
§ 1. Violence.	167
§ 2. Erreur dans la personne.	170

II.	Défaut de consentement de la famille.	178
	§ 1. Enfants légitimes.	182
	§ 2. Enfants naturels.	193
III.	Impuberté.	195
IV.	Existence d'un précédent mariage.	196
V.	Parenté.	199
	§ 1. Parenté légitime.	204
	§ 2. Parenté naturelle.	210
VI.	Alliance.	214
VII.	Défaut de publicité.	224
VIII.	Incompétence de l'officier d'État civil.	230
IX.	Examen de certains cas dans lesquels plusieurs auteurs admettent qu'il y a un empêchement au mariage.	
	§ 1. Interdiction judiciaire.	244
	§ 2. Interdiction légale.	247
	§ 3. Engagement dans les ordres sacrés.	249
	§ 4. Vœux solennels.	259
	§ 5. Impuissance.	263
	§ 6. Différence de couleur.	264
	§ 7. Divorce et adultère.	266

APPENDICE.

I.	Mariage des Français à l'étranger.	268
II.	Mariage des étrangers en France.	278

TROISIEME PARTIE.

DES ACTIONS EN NULLITÉ.

SECTION I. *Mariages nusl.*

SECTION II. *Mariages annulables.*

I.	Nullités absolues.	290
	§ 1. Par qui peuvent être proposées les nullités absolues?	291
	§ 2. Fins de non-recevoir.	299

II.	Nullités relatives.	307
	§ 1. Par qui peuvent être proposées les nullités relatives?	308
	§ 2. Fins de non-recevoir.	312

QUATRIÈME PARTIE.

DES DISPENSES.

I.	Ancien droit et droit canonique.	318
II.	Droit actuel.	327
	§ 1. Dispenses d'âge, de parenté et d'alliance.	328
	§ 2. Dispenses de seconde publication.	337

APPENDICE.

I.	Mariage des Français à l'étranger.	338
II.	Mariage des étrangers en France.	348

TROISIÈME PARTIE.

DES ACTIONS EN NULLITÉ.

Section I.	Mariages valides.	350
Section II.	Mariages annulés.	350
I.	Nullités absolues.	350
	§ 1. Par qui peuvent être proposées les nullités absolues?	351
	§ 2. Fins de non-recevoir.	356

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

- I. La *deditio* n'était pas une cause d'esclavage.
- II. L'obligation de l'esclave, quoique contractée dans la forme de la stipulation, n'a jamais plus de valeur que si elle résultait d'un simple pacte.
- III. L'esclave d'une hérédité jacente ne peut pas stipuler valablement au profit de l'héritier futur.
- IV. Lorsqu'un *servus communis*, en recevant tradition, veut faire acquérir la possession à l'un de ses maîtres, et que le *trades* veut faire acquérir à l'autre maître, l'acte est nul.
- V. Le possesseur de bonne foi d'un esclave cesse d'acquérir *ex operis servi* dès que la bonne foi a cessé, mais il continue à gagner les acquisitions provenant *ex re sua* tant qu'il n'est pas évincé.
- VI. L'esclave fait acquérir une créance à son maître par les délits dont il est victime.
- VII. Dans la loi 3 *an servus pro suo* (IV, 14 au Code) on ne doit pas suppléer la négation qui se trouve dans le texte correspondant des Basiliques.

DROIT FRANÇAIS.

- I. Le ministère public peut former opposition au mariage toutes les fois qu'il a connaissance d'un empêchement prohibitif ou dirimant.

- II. Lorsque dans les actes qui lui sont remis, l'officier de l'état civil découvre des erreurs qui ne font naître aucun doute sur l'identité et la capacité des parties, il doit passer outre au mariage sans exiger la rectification de ces erreurs.
- III. Dans le cas de dispense de la seconde publication, le mariage peut être célébré dès le mercredi qui suit la première publication et il ne peut pas être célébré auparavant.
- IV. La décision d'un conseil de famille, qui donne ou refuse le consentement nécessaire au mineur pour contracter mariage, peut être réformée par le tribunal.
- V. Le mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce ou entre la grand-tante et le petit-neveu n'est pas interdit.
- VI. La parenté naturelle au degré prohibé constitue un empêchement au mariage alors même qu'elle ne serait pas légalement établie.
- VII. Le mariage peut être célébré soit au domicile ordinaire, soit au domicile spécial qui résulte de six mois de résidence.
- VIII. L'interdit peut se marier dans un intervalle lucide.
- IX. L'engagement dans les ordres sacrés n'est pas un empêchement au mariage.
- X. L'étranger valablement divorcé dans son pays peut se remarier en France.
- XI. L'erreur dans la personne civile peut, aussi bien que l'erreur sur la personne physique, devenir une cause d'annulation, mais il faut que l'époux trompé ait cru épouser une personne civile tout autre que celle qu'il a réellement épousée.

DROIT DES GENS.

- I. Les agents diplomatiques et les consuls ne peuvent célébrer que les mariages contractés par deux personnes appartenant à la nation qu'ils représentent.

- II. L'Alsacien-Lorrain, qui a opté pour la nationalité française et dont les parents, demeurés dans les pays annexés, sont devenus sujets de l'empire d'Allemagne, peut, après 25 ans, se marier en France sans justifier qu'il a consulté ses père et mère.
- III. Lorsque l'agent diplomatique d'une puissance étrangère est en même temps sujet de l'État où il est accrédité, il cesse d'être soumis à la juridiction de cet État, même en raison des actes qu'il a accomplis comme simple particulier.

DROIT CRIMINEL.

- I. Le mari qui a consenti à l'adultère de sa femme est néanmoins recevable à intenter contre elle une plainte pour adultère.
- II. Le ministère public et la partie lésée peuvent, sans recours préalable au Conseil d'État, saisir la juridiction répressive des faits des ecclésiastiques qui constituent à la fois des abus et des délits.

Vu le Président de la thèse :

A. DUVERGER.

Vu par le Doyen :

G. COLMET. D'AGE.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

A. MOURIER.
