

LA CREATION DE NOUVEAUX EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE DANS LA PRATIQUE GALLICANE DE L'ANCIENNE FRANCE

ROSINE LETINIER

SUMARIO: INTRODUCTION.—I. LE CONTEXTE SOCIAL ET JURIDIQUE D'OÙ SONT NÉS CES NOUVEAUX EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE. 1. Les conceptions familiales dans les mœurs de l'ancienne France. 2. Les mesures législatives royales qui intéressent notre sujet. 3. L'intervention des Parlements en matière matrimoniale par la voie de l'appel comme d'abus.—II. LE MARIAGE DES FILS DE FAMILLE. 1. Le respect dû à l'autorité parentale en matière de mariage. a) l'étendue de l'autorité parentale. b) les limites de l'autorité parentale. 2. Le sort des mariages des fils de famille contractés sans autorisation. a) l'utilisation de l'empêchement de clandestinité. b) l'utilisation de l'empêchement de rapt.—III. LE MARIAGE DES PRINCES DU SANG.—IV. LE MARIAGE DES FRANÇAIS À L'ÉTRANGER.—CONCLUSION.

INTRODUCTION

Dans la société occidentale chrétienne, depuis le Moyen-Age, la juridiction matrimoniale relevait de l'Eglise, c'est à elle qu'il appartenait de juger et aussi de légiférer dans ce domaine. A ce titre, elle seule, pendant tout le Moyen-Age, a posé des empêchements de mariage.

A l'époque moderne, à partir du XVI^{ème} siècle, nous assistons aux premiers efforts de l'Etat pour ressaisir la juridiction en matière de mariage.

Au regard même des Catholiques, le Concile de Trente, fidèle à la pensée du Droit Canonique classique précisée par Alexandre III,

s'est refusé à exiger le consentement du père de famille pour la validité du mariage de ses enfants. Cette attitude de l'Eglise Catholique apparaissait en désaccord avec la mentalité du temps.

La puissance paternelle, déjà très forte dans la société du Moyen-Age, s'était encore durcie dans les moeurs. On considérait qu'il appartenait au père de famille et éventuellement à la mère de former les unions de leurs enfants. C'était l'intérêt de la famille qui primait celui des personnes privées et cela aussi bien dans la classe paysanne et bourgeoise que dans la noblesse.

Ces conceptions d'ailleurs, se retrouvent non seulement chez les Catholiques mais aussi chez les protestants¹, elles apparaissent dans la législation que les synodes et les consistoires ont eux-mêmes élaborées; et quand la législation royale s'est appliquée aux protestants, elle n'a pas été différente sur ce point de celle qui concernait les Catholiques.

Aussi ne faut-il pas être surpris que ce soit à propos du consentement familial que pour la première fois le pouvoir séculier ait légiféré en matière matrimoniale. Cette exigence du consentement des parents s'est renforcée progressivement. On n'a pas osé proclamer aussitôt une nullité à défaut de ce consentement. La jurisprudence des Parlements a d'abord eu recours à divers détours avant d'arriver à la formuler expressément.

C'est cette évolution que nous nous efforcerons de retracer. C'est ainsi que pour la première fois nous verrons l'autorité séculière poser un empêchement de mariage en marge du Droit canonique sans enlever d'ailleurs, en théorie, à l'Eglise sa juridiction mais en établissant, en fait, une législation et une juridiction parallèles qui finiront par intercepter la première.

C'est une extension de cette conception de la famille si profondément ancrée dans l'ancienne France et qui était à la base même de la conception de l'Etat qui amène la Royauté à créer, à côté de l'empêchement résultant de l'absence de consentement du père de famille, deux autres empêchements que nous examinerons aussitôt après.

Le premier résulte de la nécessité du consentement du Roi, considéré comme le chef de toutes les familles françaises et en particulier de la famille royale, pour la validité des mariages des princes du sang.

Le second se fonde aussi sur cette conception du Roi chef des familles françaises. Il en découle la nécessité de l'autorisation royale pour permettre le mariage des français à l'étranger.

1. P. BELS, *Le mariage des protestants français* (thèse) (Toulouse 1965) 163 s.

Sur ces deux derniers empêchements nous ne possédons pas de documents aussi nombreux que sur le premier. Aussi ne faut-il pas s'étonner de ce que les pages que nous leur avons consacrées sont beaucoup moins étendues.

Ainsi est délimitée la matière de notre mémoire. Nous devons montrer comment le pouvoir royal a été amené à formuler, en dehors du Droit canonique, les trois empêchements de mariage.

Après avoir donné quelques explications sur le contexte social et juridique d'où est né ce nouveau Droit, nous retracerons l'évolution de cette matière et les moyens que la Royauté et la jurisprudence des Parlements ont employés pour mettre en application les nouvelles règles qu'elles avaient posées.

I. LE CONTEXTE SOCIAL ET JURIDIQUE D'OÙ SONT NÉS CES NOUVEAUX EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE.

1. *Les conceptions familiales dans les mœurs de l'ancienne France*².

Née de l'anarchie qui a précédé et engendré la féodalité, la cohésion familiale qui caractérise l'ancienne France doit être décrite pour expliquer la suite de notre développement. Elle fut le seul moyen de survie, la seule unité solide; la nécessité de cette unité explique que le pouvoir de celui qui en était le chef, le père de famille, ait été absolu.

Ce pouvoir absolu, cette cohésion, ont donné naissance à des familles blocs, autrement appelés lignages. La solidarité de leurs membres était poussée à l'extrême et s'étendait à tous ceux qui vivaient sous la protection du même père, si bien que Bodin a pu écrire: «la division de la république (Etat) se fait par lignée, non par tête». Et un ancien adage exprime parfaitement la comparaison que l'on peut faire entre cette conception de la famille et la notre: «tel seigneur, telle mesnie» que nous traduisons par «tel père, tel fils». Dans cette perspective, on comprend que l'individu ait été tenu pour très peu et ait dû avant tout se sacrifier aux intérêts de la famille, du lignage: et notamment à l'occasion de son mariage pour éviter une mésalliance qui, dans ces conditions, eût été catastrophique.

Cette conception n'était pas propre aux familles souveraines

2. F. FUNCK-BRENTANO, *L'ancien régime* (1926) 255.

dont chacun sait que les mariages étaient réglés par des raisons d'Etat; elle était aussi celle des familles princières et seigneuriales dont la cohésion n'était pas moins forte: il faut se rappeler les querelles qui ont pu exister entre certaines de ces grandes familles et dont on avait souvent oublié la cause mais duraient des générations: on était haï pour porter tel nom. Pour ne citer qu'un exemple: les querelles entre les maisons de Guise et de Bourbon sont restées célèbres...

Il en allait de même dans les familles de parlementaires qui ont d'ailleurs manifesté leur esprit de caste à travers la jurisprudence qui a réprimé le mariage des fils de famille sans le consentement de leurs parents³. De même encore dans les grandes familles bourgeoises et tout autant chez les paysans. Retif de la Bretonne raconte, à ce propos, de son grand-père, laboureur au petit village de Nitry en Bourgogne, qu'il avait un jour cinglé son fils (le père de Retif de la Bretonne) de coups de fouets car il avait osé lever les yeux sur une jeune fille sans sa permission et s'était écrié «voilà comment je traite les amoureux».

Le théâtre des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles a maintes fois décrit les scènes qui précédaient le mariage qu'un père avait décidé pour un de ses enfants. Il n'y a qu'à se rappeler les comédies de Molière ou encore cette scène de «La galerie du Palais», comédie de Corneille, dans laquelle Célidée répond à son père Pleirante, qui lui fait comprendre qu'il approuve son inclination pour Lysandre: «Vos seuls commandements produisent mon amour».

Préserver l'honneur de la famille, c'est une des préoccupations les plus importantes du chef de chacune de ces familles. Pour cela, il faut que leurs enfants épousent une personne «d'égale condition»: «Mélanger les états par les mariages c'est tout détruire, tout avilir» écrit le marquis de Mirabeau dans *l'Ami des hommes*.

Pendant la formation de cette conception de la famille, les siècles ont passé et le Roi a fini par s'établir, comme chef incontesté de toutes les familles françaises. En même temps, il est devenu assez fort pour se permettre de tenter d'empiéter sur le domaine jusque là réservé à l'Eglise: le mariage.

Car celle-ci, confirme au Concile de Trente une position qui ne saurait satisfaire les esprits de l'époque puisqu'elle persiste à défendre la liberté des individus en refusant de faire de l'absence de consentement des parents un obstacle dirimant au mariage de leurs enfants. Et le Roi est appelé à prendre des mesures législatives pro-

3. J. GHESTIN, *L'action des Parlements contre les mésalliances* RHD (1956) 74 s et 196 s.

gressives pour protéger les familles et l'Etat contre des mariages malheureux. En cela il ne s'oppose d'ailleurs pas à l'Eglise gallicane, qui, à la faveur des soustractions d'obédience pendant le grand Schisme, considère qu'elle constitue un canton privilégié dans l'Eglise universelle et est régie par ses coutumes et lois traditionnelles. Toutes mesures disciplinaires nouvelles de l'Eglise doivent être reçues expressément et librement par lettres patentes en Parlement.

Il faut citer ici la chronologie des plus importantes de ces mesures législatives royales.

2. *Les mesures législatives royales sur le mariage qui intéressent notre sujet.*

— La première est l'édit de 1556 du Roi Henry II. Elle permet aux parents d'exhérer leurs enfants qui se seraient mariés sans leur consentement. Elle excepte les garçons majeurs de trente ans et les filles majeures de vingt cinq ans s'ils ont auparavant requis l'avis et le conseil de leurs père et mère.

— Vient ensuite l'ordonnance du Roi Henry III rendue à Blois en 1579. Quatre articles concernent notre sujet. Elle reprend certaines des décisions du Concile de Trente.

- L'article 40: exige la publication de trois bans et la présence de quatre témoins pour contracter valablement un mariage et cela «sur les peines du Concile».

Défend aux curés et autres de marier des «enfants de famille ou étant en puissance d'autrui» sans le consentement des parents, tuteur ou curateur «sur peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt».

- L'article 41: ordonne l'exécution de l'édit de février 1556.

- L'article 42: prononce la peine de mort contre «les suborneurs de fils ou filles mineurs de 25 ans, leurs participes et conseils, malgré le consentement desdits mineurs».

- L'article 43: défend que les tuteurs consentent au mariage de leur pupille autrement qu'avec le consentement des plus proches parents de ceux-ci.

— Une autre ordonnance est rendue en 1629 par Louis XIII: elle portera le nom de Code Michaud.

Il faut retenir deux articles:

- L'article 39: est un rappel de l'ordonnance de Blois mais ajoute en plus que «sont *non valablement contractés*» les mariages contractés contre cette ordonnance de Blois.

- L'article 169: prononce la peine de mort contre les ravisseurs et leurs complices, qu'il s'agisse de rapt de violence ou de séduction. Cette ordonnance ne fut pratiquement pas appliquée.

— Il faut citer ensuite la déclaration faite le 26 novembre 1639 par Louis XIII.

- L'article 1: reprend l'article 40 de l'ordonnance de Blois.
- L'article 2: ajoute essentiellement que les peines de rapt restent encourues malgré «les consentements intervenant puis après des père, mère, tuteur ou curateur». Les veuves sont désormais atteintes par les déchéances et pénalités prévues par les ordonnances antérieures.

- L'article 3: déclare «non valablement contractés», conformément aux décisions du Concile, les mariages faits avec «ceux qui auront ravi des veuves, fils ou filles de quelque âge ou condition qu'ils soient tant que la personne ravie est au pouvoir du ravisseur.

— La déclaration du 6 août 1686 faite par Louis XIV et la première partie de la déclaration faite le 14 mai 1724 par Louis XV permettent aux enfants dont les parents se sont retirés à l'étranger essentiellement pour y pratiquer le protestantisme, de se marier sans leur consentement: ils peuvent se marier sur l'avis de six de leurs proches parents assemblés devant le juge du lieu; ou à défaut de six voisins ou amis.

— Concernant enfin la déclaration faite à Marly par Louis XV en 1730 et qui concerne le rapt.

- Les articles 1 et 2: confirment les précédentes ordonnances rendues en la matière, et de plus étendent les peines de rapt aux deux sexes.

- L'article 3: distingue le rapt de séduction du simple commerce illicite parce que seul le premier a pour but le mariage et seul il est passible des peines du rapt sauf si le commerce illicite est accompagné de circonstances atroces.

Partant de cette législation, les Parlements, l'ont non seulement appliquée mais surtout complétée en intervenant en matière matrimoniale en utilisant l'appel comme abus.

3. *L'intervention des Parlements en matière matrimoniale par la voie de l'appel comme abus.*

Les Parlements sont liés à l'exécution de la volonté royale. Mais ils auront une grande part personnelle dans l'élaboration du Droit

s'appliquant aux fils de famille, aux princes de sang, et aux français se mariant à l'étranger par la voie de l'appel comme d'abus.

L'appel comme d'abus sortira des mesures prises au XV^{ème} siècle qu'étaient le transport et l'abus de juridiction⁴ précisément pour faire respecter la soustraction d'obédience dont nous parlions plus haut. Il se maintiendra sous le nom d'appel comme d'abus pour protéger les droits du pouvoir séculier et les coutumes particulières de l'Eglise de France, canton privilégié dans l'Eglise universelle; c'est un recours en cassation porté devant la grand chambre du Parlement à l'encontre d'un empiètement de l'un des pouvoirs sur l'autre. Il peut être intenté aussi bien par un laïque qu'un ecclésiastique; et l'on considère même que la célébration elle-même du mariage constitue un acte de juridiction et, par suite, on peut appeler directement de cette célébration. Après la cassation on renvoie devant la juridiction normalement compétente.

Le Parlement est censé ne pas empiéter sur la juridiction ecclésiastique et ne juger que l'abus. Dans la grand chambre siégeaient conseillers clercs et laïques. On considérait, aux yeux des gallicans, que c'était une juridiction mixte.

II. LE MARIAGE DES FILS DE FAMILLE.

A l'origine de l'histoire de l'empêchement de mariage résultant de l'absence de consentement des parents il y a, nous l'avons vu, la contrariété entre la décision prise par le Concile et les mentalités de l'époque.

Le décret «Tametsi» condamne d'anathème, «ceux qui soutiennent faussement que les mariages contractés par les enfants de famille, sans le consentement de leurs parents, sont nuls, et que les père et mère peuvent les rendre bons ou les annuler».

A partir de cette position de l'Eglise, et de la législation royale intervenue pour essayer de la corriger, il faut donc étudier quel a été finalement le destin du mariage des fils de famille, de quelle manière ont pu s'accorder les deux législations de l'Eglise et du pouvoir royal.

Il faut distinguer en réalité deux hypothèses: le mariage n'est pas encore conclu ou bien il l'est déjà.

4. R. GENESTAL, *Les origines de l'appel comme d'abus* (Paris 1951).

— Dans le premier cas, le pouvoir temporel a pu se croire autorisé par le Concile lui-même, qui désapprouve les mariages que les fils de famille contractent contre le gré de leurs parents — «La Sainte Eglise les a toujours eus en horreur» dit le décret «Tametsi»—, à lutter contre eux de façon à ce que les enfants respectent la volonté de leurs parents. Et l'on peut dégager à cet égard des règles: le plus souvent jurisprudentielles, assez nettes, que nous étudierons dans un premier point.

— Si, au contraire, le mariage est conclu en dépit de l'opposition des parents, alors surgit le problème: selon le Droit tridentin la seule absence de consentement des parents était insuffisante à le faire déclarer nul. Comment le pouvoir royal, les ordonnances et surtout la jurisprudence ont-elles réagi? C'est ce que nous devons étudier dans un second point.

1. *Le respect dû à l'autorité parentale en matière de mariage.*

Il s'agit d'un devoir essentiel que l'Eglise a toujours recommandé comme le rappelle d'ailleurs le décret «Tametsi».

A partir du moment où la législation séculière s'est intéressée au mariage, elle a sanctionné ce devoir des enfants vis à vis de leurs parents essentiellement pour deux raisons, que l'on trouve mentionnées dans le préambule de la déclaration de 1639 sur le mariage des fils de famille⁵.

— D'abord, l'ordre public est intéressé à ce que «la naturelle révérence des enfants envers leurs parents soit le lien légitime des sujets envers leur souverain».

— C'est aussi le moyen d'éviter les mésalliances jugées «honteuses pour l'honneur des familles».

Quel est donc le contenu exact de cette obligation des enfants envers leurs parents...?

a) *L'étendue de l'autorité parentale.*

a') *Les diverses personnes appelées à consentir.*

En premier lieu il s'agit des père et mère. C'est le cas normal. Sinon les aïeux de l'enfant.

5. P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du Droit Privé* III (Paris 1968), 205.

Viennent ensuite le tuteur ou le curateur entourés des proches parents de l'enfant ou même des voisins et amis.

Leurs parents étant morts, les enfants sont soumis à l'autorité d'un tuteur ou d'un curateur qui est appelé à consentir à leur mariage à la place de leurs parents. Mais ils ne consentent jamais seuls. Les ordonnances les obligent toujours à requérir l'avis «des parents les plus proches de leur pupille». Et même dans certains cas quand les enfants n'ont plus suffisamment de famille (c'est le cas prévu dans la déclaration du 17 mai 1724) le tuteur doit encore réunir des amis ou voisins de son pupille pour prendre leur avis.

Ainsi diverses personnes peuvent être appelées à donner leur consentement au mariage d'enfants qui sont en leur puissance. Cependant, ce n'est pas de la même manière ni toujours avec les mêmes effets. Il faut distinguer à cet égard le consentement des parents et celui du tuteur ou curateur assisté des personnes les plus proches de leur pupille.

a'') *Le consentement des parents (ascendants).*

On attache une telle importance au consentement des parents et on lui reconnaît une telle force que le Parlement de Paris par un arrêt du 26 mars 1779 a jugé que l'autorité publique, quoique supérieure à l'autorité paternelle ne pouvait néanmoins la suppléer, et dispenser une mineure de rapporter le consentement de sa mère à son mariage. La fille séparée de sa mère veuve, dont on n'avait plus de nouvelles depuis longtemps, avait pensé s'adresser aux magistrats, en l'occurrence au lieutenant civil pour qu'il supplée au consentement de sa mère⁶.

Cependant cette jurisprudence n'est pas absolue, un arrêt cité dans le dictionnaire des arrêts de Brillon et qui ne précise pas davantage, rendu le 20 mai 1667 avait jugé le contraire, il est vrai dans une espèce assez particulière. Il considérait «bon et valable», contrairement aux conclusions de l'avocat général Bignon, le mariage d'un fils de famille avait contracté à la Martinique sans le consentement de son père mais avec celui du gouverneur⁷.

D'autre part le respect porté à l'autorité des parents se manifeste à un autre égard: le consentement et surtout le refus opposé par les parents n'a pas besoin d'être motivé, témoignage du pouvoir absolu du chef de famille.

6. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, canonique et bénéficiale* (Paris 1784-1785) 17 vols. mot MARIAGE XI, 347.

7. «Journal des principales audiences du parlement de Paris», recueil de J. DU FRESNE (Paris 1757) 7 vols., II. 20 mai 1667.

Au regard du consentement des parents il faut cependant faire une distinction; car celui du père est prééminent; en cas de désaccord entre le père et la mère on ne tient compte, en effet, que de l'avis du père. Astruc le souligne dans son traité du mariage⁸. On peut citer un arrêt du Parlement de Toulouse du 3 décembre 1726⁹ qui décide que l'enfant qui a obtenu le consentement de son père à son mariage n'est pas tenu de requérir celui de sa mère.

Le consentement de la mère prend la place de celui du père et n'a la même force qu'à deux conditions:

- le père doit être prédécédé
- la mère ne doit pas être remariée.

Si, en effet, la mère est remariée, elle est tenue de justifier «des raisons qui la guident»: ainsi l'exige un arrêt du 30 août 1760¹⁰ (dont l'origine n'est pas précisée) qui admit que la mère peut être poursuivie en main levée d'opposition au mariage de son fils par les autres parents car elle était remariée. La jurisprudence, sur ce point, n'est d'ailleurs pas uniforme: ainsi à Toulouse on attache une très grande importance à la volonté de la mère. Par exemple un arrêt du 13 février 1725 décide que le fils avant trente ans et la fille avant vingt cinq ans ne peuvent se marier sans le consentement de la mère, le père étant décédé, quoiqu'elle ait passé à de secondes noces¹¹. Ailleurs, au contraire, même dans le cas où la mère n'est pas remariée on trouve des arrêts qui montrent que les juges ne lui font pas entièrement confiance et examinent les raisons de sa décision. Citons un arrêt du 6 juin 1670¹²: un père dans son testament avait remis à l'appréciation de sa femme le mariage de son fils qu'il instituait héritier à condition qu'il respectât la volonté de sa mère. Le fils se marie contre le gré de sa mère. Le Parlement jugea qu'il ne pouvait être exhéredé en remarquant qu'il était âgé de trente six ans et que les autres parents trouvaient bon ce mariage.

Un autre arrêt du 13 février 1674 rendu par le Parlement de Paris¹³ a admis qu'une mère exhéredât son fils par testament s'il se mariait avec telle personne, mais en indiquant que le père avait

8. ASTRUC, *Traité du mariage et de la puissance paternelle* (Avignon 1755), 10.

9. FROMENTAL, *Décisions du Droit civil, canonique et français des Pays de Droit écrit* (1740) 483.

10. GUYOT, *Répertoire* XI 346.

11. «Journal du palais ou recueil de plusieurs arrêts remarquables du parlement de Toulouse» (Toulouse 1759), 278.

12. BASSET, *Arrêts de la Cour de Parlement du Dauphiné* (1676) II, 3,3.

13. LAPEYRERE, *Arrêts du Parlement de Bordeaux* (1725), 230.

l'intention dans ses projets de testament d'exhérer son fils dans les mêmes conditions, et d'autre part que le mariage deshonorait tellement la famille qu'il était juste que la mère pût exhérer son fils (même après sa mort qui normalement l'aurait affranchi de l'autorité parentale).

Le 16 juillet 1714¹⁴ le Parlement de Bordeaux refusa à une fille de quatorze ans de demander la réunion d'une assemblée de parents alors que sa mère s'y opposait à son mariage. Mais il semble qu'il n'en soit ainsi qu'à cause de son extrême jeunesse car Lapeyrère, qui rapporte l'arrêt, dit: «une mère s'opposant au mariage de sa fille, celle-ci ne peut demander une assemblée de parents, *si elle n'a que quatorze ans*».

La jurisprudence exige parfois le consentement du tuteur en plus de celui de la mère. Un arrêt du 25 octobre 1583¹⁵ des grands jours de Troyes décide que la mère ne peut seule marier sa fille sans l'avis et consentement du tuteur. Au contraire, la jurisprudence toulousaine fait ici encore une exception en faveur de la mère. Son consentement prévaut à celui du tuteur et des proches parents. Mais c'est une exception et la jurisprudence en général ne fait qu'une médiocre confiance à l'avis que peut donner la mère à cause, dit-on souvent, «de la faiblesse de son sexe».

Nous avons dit que les grands parents pouvaient remplacer les parents et consentir à leur place au mariage de leurs petits-enfants.

Comme de la mère, la jurisprudence se défie de l'aïeule. Comme le dit Denisart¹⁶, «à plus forte raison faut-il le vœu des parents quand c'est l'aïeule qui veut le mariage». Et il cite un arrêt du 30 août 1760: une dame Grosjean avait consenti au mariage de sa petite-fille âgée seulement de treize ans. Après l'opposition à ce mariage de son curateur et de ses autres parents qui faisaient valoir son jeune âge et au contraire le grand âge de l'aïeule probablement jouée par les intrigues de celui qui voulait épouser sa petite fille, la cour remit la cause à deux ans, et chargea l'aïeule et l'oncle curateur de choisir un couvent dont l'enfant ne sortirait que du consentement des deux.

En ce qui concerne l'aïeul, la jurisprudence fait encore une nouvelle et intéressante distinction: entre l'aïeul paternel et l'aïeul ma-

14. PAPON, *Arrêts notables des Cours souveraines de France* (Paris 1610), 22, 6, 10.

15. «Journal du palais ou recueil des décisions de tous les parlements et cours de France» (Paris 1701) 2 vols. I, 475.

16. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et des notions relatives à la jurisprudence* (Paris 1775) mot MARIAGE 213.

ternel. C'est l'avis de l'aïeul paternel qui prévaut sur celui de l'autre. Mais ce qui est plus remarquable encore, c'est que l'aïeul paternel peut consentir au mariage de ses petits enfants contre la volonté de leur père: ainsi un arrêt de Paris du 15 octobre 1534¹⁷ a jugé qu'un aïeul maternel ne peut marier sa petite fille sans le consentement du père, ce qui n'est pas le cas de l'aïeul paternel, dont la volonté domine «contra patrem». C'est que l'aïeul paternel représente le *lignage* que son fils ne fait que continuer et il en est le chef. Ce qui n'est pas le cas de l'aïeul maternel.

b'') *Le consentement du tuteur ou du curateur.*

Le tuteur ou le curateur ne sont appelés à consentir au mariage de leur pupille que si les précédents ne peuvent le faire (s'ils sont morts ou absents) excepté le cas où ils assistent la mère.

Ce consentement ne se suffit pas à lui seul: l'article 43 de l'ordonnance de Blois défend «à tout tuteurs d'accorder ou consentir le mariage de leurs mineurs sinon avec l'avis et consentement des plus proches d'iceux». Cet avis des proches parents ne lie pas le tuteur. Un arrêt du Parlement de Bordeaux¹⁸ du 3 juillet 1703 déclare que le tuteur n'est pas lié par l'avis des parents et a le droit de s'opposer seul contre l'avis de tous au mariage «de son mineur».

D'autre part, comme la mère et plus encore, le tuteur est tenu de motiver son refus de consentir au mariage de son pupille: un arrêt du Parlement de Rouen du 27 novembre 1659 dit que «les père et mère peuvent s'opposer a mariage de leurs enfants sans presque jamais déclarer la cause de leur refus, mais l'opposition des tuteurs et parents doit avoir des motifs importants».

L'importance donnée au consentement du tuteur ou du curateur n'est pas la même dans les pays de Droit écrit et dans les pays de coutume: car dans les pays de Droit écrit, contrairement à ceux de Droit coutumier, la tutelle cesse à douze ans et ensuite le curateur qui est donné à l'enfant n'a pas d'autorité sur sa personne: «curator datur rei, non personae»¹⁹; la jurisprudence y tient pour très peu le consentement des curateurs, signe d'attachement au Droit Romain: ainsi l'arrêt du Parlement de Toulouse du 23 février 1677²⁰ qui condamne à des dommages et intérêts un mineur qui «refusait d'ac-

17. PAPON, *Arrêts notables* 22, 6,5.

18. LAPEYRERE, *Arrêts* 229.

19. CATELLAN, *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse* (1723) 4,69.

20. CATELLAN, *Arrêts remarquables* 4,69.

complir» son mariage sous prétexte qu'il l'avait contracté sans le consentement de son curateur et de ses proches parents.

La jurisprudence des pays de coutume est très différente et beaucoup plus sévère: par exemple deux arrêts du Parlement de Dijon²¹; l'un du 23 janvier 1598 casse des promesses de mariage entre mineurs faites sans le consentement des tuteur et curateur, comme «contraire à l'ordonnance de Blois». L'autre du 28 février 1598 «confirme le mariage d'une fille de 25 ans qui se marie sans l'autorité du tuteur l'ayant requis et ses parents assister à son mariage». Bien que le mariage ici soit confirmé, il faut remarquer que la fille est majeure et qu'elle a dû cependant «requérir le consentement de son tuteur» ce qui équivalait à des sommations respectueuses. Or celles-ci ne sont dûes en principe qu'aux seuls père et mère.

Après avoir examiné quels sont ceux qui autorisent le mariage des fils de famille, envisageons maintenant le problème par rapport à ceux qui sont soumis à cette autorisation.

b') *La demande d'autorisation à mariage par les enfants de famille.*

a'') *Quels enfants sont soumis à cette autorisation.*

Ce sont les fils de famille quel que soit leur âge.

Ceux qui sont soumis à un régime de tutelle ou de curatelle ne sont tenus de cette obligation que jusqu'à leur majorité matrimoniale: trente ans pour les garçons, vingt cinq ans pour les filles.

Les bâtards, et les fils de famille dont les parents sont retirés à l'étranger sont dispensés de rapporter leur consentement. Concernant les bâtards, on peut citer un arrêt du Parlement de Paris du 1^{er} février 1662. Il s'agissait d'une mère naturelle qui interjetait appel comme d'abus du mariage de son fils mineur conclu sans son consentement.

L'avocat général Talon, dans ses conclusions soulignait qu'en tant que mère naturelle elle était privée de la puissance parentale sur son fils qui était par là même dispensé d'avoir son autorisation pour se marier²².

Pour les autres, on peut citer la déclaration du 6 août 1686 et celle du 14 mai 1724 qui dispensent ces enfants du consentement de leurs père et mère, tuteur ou curateur lorsque ceux-ci se sont retirés à l'étranger.

21. BOUVOT, *Arrêts du Parlement de Bourgogne* (1628), II.

22. «Journal des audiences», II 11 février 1662.

On pourrait penser que les enfants de famille, une fois mariés, étaient émancipés, et que, s'ils devenaient veufs, ils pouvaient se remarier sans aucune contrainte. Mais il n'en est rien, les enfants de famille devenus veufs sont, pour leur remariage, soumis aux mêmes devoirs vis à vis de leurs parents que pour leur premier mariage: car depuis la déclaration de 1639 les veuves sont atteintes par les déchéances et pénalités des ordonnances antérieures concernant les enfants de famille mariés sans le consentement de leurs parents; et un arrêt de règlement rendu par le Parlement de Paris en 1692 oblige les veuves majeures à requérir l'autorisation de leurs parents²³. Un autre arrêt cité par Denisart, qui n'en donne que la date: 10 mars 1742, étend cette obligation aux fils veufs²⁴.

b'') *Degrés de l'autorisation.*

Sour si longtemps que les enfants soient soumis à cette autorisation (pratiquement elle est nécessaire tant que le père de famille est vivant et que ses enfants continuent à vivre sous son toit) ce n'est pas toujours de la même manière. Il existe, en effet une majorité matrimoniale qui, sans dispenser les enfants de cette autorisation, les rend libres vis à vis de leurs parents. Elle est en principe fixée à vingt cinq ans pour les filles et à trente ans pour les garçons (bien que certaines ordonnances que nous avons citées semblent la fixer à vingt cinq ans pour les garçons aussi).

Avant l'âge de la majorité matrimoniale, les enfants ne peuvent se marier qu'avec le consentement de leurs parents ou de ceux qui les remplacent.

Au contraire, une fois cet âge atteint, l'autorisation des parents n'a plus la même valeur: les enfants doivent encore la requérir, par des actes dits de «sommations respectueuses». Mais si les parents la refusent, les enfants sont libres de se marier malgré tout, sans pour autant encourir aucune peine. A l'origine cette formalité consistait à requérir par écrit le consentement des père et mère comme ces est indiqué dans l'édit de 1556 et dans l'article un de la déclaration de 1639. Depuis un arrêt de règlement du Parlement de Paris du 27 août 1692 ces sommations ne sont valables dans le ressort de ce Parlement que si elles sont faites avec la permission du juge royal du domicile des père et mère —qui doit l'accorder aux enfants sur requête— par deux notaires de Paris, et ailleurs par deux notai-

23. FEVRET, *Traité de l'abus* (Lyon 1736) 2 vols, I, 456.

24. DENISART, *Collection*, mot SOMMATIONS RESPECTUEUSES, 411.

res royaux ou un notaire royal et deux témoins domiciliés qui signent la sommation avec le notaire — à peine de nullité.

Pour aussi inutile que cette formalité puisse paraître, elle était cependant considérée comme très importante: ainsi un arrêt de règlement du Parlement de Toulouse du 26 juin 1723²⁵ vient interdire la pratique de certains notaires qui acceptaient de recevoir des contrats de mariages d'enfants de famille majeurs «sans que leur apparaisse aucun acte de réquisition par eux faite à leurs parens pour y consentir» et en les chargeant seulement «de requérir la consentement avant de recevoir la bénédiction nuptiale». L'arrêt souligne que ces sommations consistent en trois actes réitérés requérant l'autorisation des parents — dans le cas où ceux-ci ne voudraient pas la donner. Il faut noter que la forme de ces sommations n'était donc pas exactement la même partout.

Sauf exception, les sommations respectueuses, qui, comme leur nom l'indique, n'étaient qu'une manifestation du respect dû par les enfants à leurs parents, n'étaient dues qu'à l'égard des ascendants et non pas des tuteurs ou curateurs.

c') *Les lieux où les enfants sont tenus de demander cette autorisation.*

Le principe est ici que la nécessité de l'autorisation des parents au mariage ne dépend pas des lois du pays où l'enfant se trouve quand il se marie. Il reste, au regard de cette obligation, soumis à sa loi personnelle. On peut citer à cet égard l'exemple de l'arrêt rendu par le Parlement d'Aix le 29 octobre 1644²⁶ qui déclare nul le mariage d'un fils de famille de Marseille avec une fille d'Avignon contracté sans le consentement du père du garçon. Le Concile de Trente était, en effet, observé en Avignon et le consentement des parents n'était donc pas nécessaire au mariage des enfants. Le Parlement n'a pas admis d'appliquer le principe de la territorialité des lois car cela aurait permis très facilement d'éluder les lois du royaume. Le duel lui aussi est puni s'il est commis en pays étranger, car, sinon tout le monde irait s'y battre.

Ce principe comporte néanmoins des exceptions. Févret, en effet, soutient qu'un mariage contracté par un français mineur, sans le consentement de son père, dans les pays où l'on suit la discipline

25. «Archives départementales de la Haute Garonne», *Arrêts du Parlement de Toulouse* série B. 1.386 p. 727.

26. BONIFACE, *Arrêts du Parlement de Provence* (Paris 1670) 5 vols. I, 317.

du Concile de Trente, est valable. La jurisprudence l'a parfois admis. Par exemple le même Parlement, le 11 juin 1662²⁷, a confirmé le mariage d'un mineur fait en Avignon, sans le consentement de son père. Astruc fait remarquer que l'inconvénient, qui résulte de l'application de la territorialité de la loi: à savoir la fraude, est limité de deux manières: si l'on exige

- d'abord que l'enfant français ait épousé un étranger
- d'autre part qu'il soit de bonne foi — comme l'indique Févret²⁸.

b) *Limites de l'autorité parentale.*

Il faut souligner tout de suite que, si forte que fût l'autorité des parents, jamais, en Droit, il ne leur fut reconnu le pouvoir de marier leurs enfants contre leur gré. La position de l'Eglise sur ce point est très ancienne; Gratian déjà l'avait affirmée. Et le pouvoir séculier ne l'a jamais contredite.

Févret rapporte que le Parlement de Paris a déclaré avoir été «mal et abusivement jugé par l'official qui abait condamné une fille à épouser celui à qui elle avait été fiancée du consentement de ses père et mère, après qu'elle eût dit avoir changé de volonté».

Cependant la violence émanant des parents n'est pas facilement admise et reconnue par les tribunaux: ceux-ci, en effet, affirment que la crainte révérencielle n'est pas suffisante et ne saurait en aucun cas être assimilée à la violence²⁹.

Ce point mis à part, la volonté des parents a été limitée par le pouvoir, essentiellement pour deux sortes de raisons:

- par souci d'équité
- pour des motifs politiques.

a') *Limitation par souci d'équité.*

Les Parlements se sont reconnus le droit d'autoriser le mariage d'enfants contre le gré de leurs parents dans le cas où leur refus était manifestement injuste. C'est ce que souligne Ferrière³⁰ mais

27. BONIFACE, *Arrêts*, I, 317.

28. FEVRET, *Traité*, I, 456, núm. 1.

29. «Bibliothèque canonique» (1689) mot MARIAGE 82.

30. FERRIERE, *Dictionnaire de pratique civile, canonique et beneficiale* (1754) mot MARIAGE 196.

il ajoute «ces cas sont rares et la préoccupation est toujours en faveur des père et mère».

Cette jurisprudence était donc assez exceptionnelle en France sauf en Flandres où elle était au contraire constante et reposait sur des textes législatifs. Elle mérite que nous l'étudions.

Longtemps les Flandres ont une législation différente de celle du reste du Royaume de France en ce qui concerne le consentement des parents au mariage de leurs enfants. En effet deux «placards» de Charles Quint et Philippe IV d'Espagne de 1540 et 1623, confirment une ancienne coutume des Flandres, «les mineurs sont autorisés à citer leurs père et mère tuteur ou curateur devant les magistrats pour déduire leurs moyens d'opposition au mariage et les juges ordonner le mariage nonobstant l'opposition s'il y a lieu»³¹.

L'Edit ou «placard» du 4 octobre 1540 ne décrit pas la procédure il y fait seulement allusion. Charles Quint, par cet édit, veut punir ceux ou celles qui auront épousé une mineure ou un mineur «sans le consentement des père et mère ou des plus proches parens et amis, ou de ceux de la justice du lieu»³².

Quant au placard de 1623, le texte est introuvable. Après le rattachement de la Flandre au Royaume de France, l'édit du Roi de France Louis XIV de 1697 qui interdisait aux curés de marier des enfants de famille «sans avoir le consentement de leur père, mère, tuteur ou curateur...» posa quelques problèmes en Flandres. Certains curés refusant de célébrer le mariage d'enfants qui avaient obtenu du juge, selon l'usage en Flandres, l'autorisation de se marier contre la volonté de leurs parents³³. Aussi, le Roi de France jugeait-il nécessaire de préciser par une déclaration du 8 mars 1704³⁴ qu'il n'avait pas entendu, dans son édit de 1697, déroger aux lois, coutumes et usages des Flandres concernant le mariage des mineurs et en conséquence «il ordonnait que les magistrats des villes et autres juges à qui la connaissance en appartenait, continueraient de connaître tant des demandes des mineurs afin d'obtenir la permission de se marier, que des oppositions ou refus de consentement des tu-

31. GUYOT, *Répertoire*, XI, 348.

32. J. C. LAMEERE et H. SIMONT, *Récueil des Ordonnances des Pays Bas* (Bruxelles 1907) 2^e série, IV 232, 238.

33. *Préambule de la déclaration du Roi de France du 8 mars 1704 dans SIX et PLOUVAIN, Recueil des édits, déclarations, lettres patentes... enregistrés au Parlement de Flandre* (Douai 1785-1790) 11 vols, III, 339-342, num. 401. «Archives du Nord», Placard 8.174.

34. POLLET, *Recueil d'arrêts du Parlement des Flandres* (Lille 1716) partie III num. 68.

teurs ou curateur, et d'y pouvoir ainsi qu'ils avaient accoutumé avant l'édit de 1697... sauf l'appel au Parlement de Tournai» (plus tard transféré à Douai)... «que ces sentences et arrêts soient exécutés même ceux par lesquels il aura été permis aus mineurs de contracter mariage, sans que le défaut ou refus de consentement des père et mère, tuteur ou curateur puissent en ce cas être opposés auxdits mineurs».

Les arrêts que nous avons pu trouver ne sont pas nombreux. Deux cependant, méritent d'être signalés³⁵:

— L'un date du 9 décembre 1695: un jeune fille de vingt trois ans s'était pourvue devant le mayeur et les échevins de Lille, juger, jugés domiciliaires de son père, en demandant que ses parents, «le sieur et la dame de Saint-Marc» fussent assignés pour dire les causes de leur refus à son mariage avec un certain Huart qu'elle présentait comme «digne de son affection».

Le père répondit qu'elle ne saurait l'obliger à dire les raisons de son refus car «la tendresse des parents envers les enfants fait présumer que, lorsqu'ils refusent, c'est pour de bonnes raisons». Malgré ces raisons la fille fut autorisée à épouser Huart. Après un appel au Parlement, la sentence fut confirmée.

— Le second arrêt date du 18 février 1708 et fut rendu par le Parlement dans les mêmes circonstances entre Matthieu Nicquet, appelant, et sa fille Marie-Agnès, intimée.

Le préambule de la déclaration du Roi de France Louis XV du 24 juin 1749 nous donne quelques renseignements supplémentaires sur la jurisprudence des Flandres³⁶. Le Roi par cette déclaration supprime la législation spéciale des Flandres que nous venons d'étudier. Et pour motiver sa décision, il fait état dans ce préambule, de la façon dont l'appliquait, d'après lui, la jurisprudence des Flandres. «Bien loin d'avoir la plus grande attention à conserver les droits de l'autorité paternelle... On s'est accoutumé à recevoir favorablement toutes les demandes formées par les enfants rebelles à leurs parents... et il se trouve des juges qui, voulant se rendre les arbitres souverains du sort des familles, portent le relâchement jusqu'à autoriser la conduite des filles mineures, qui, contre les règles de la bienséance et de l'honnêteté publiques, sortent furtivement de la maison paternelle».

Au terme de cette déclaration, il semble donc que la jurisprudence

35. GUYOT, *Répertoire* XI 347.

36. SIX ET PLOUVAIN, *Recueil* VI num. 959. «Archives du Nord», Placard, 8.177.

des Flandres ait abusé de la permission qui lui était accordée par la déclaration de 1704 de continuer à «réparer les abus» que peuvent comettre «ceux qui exercent la puissance domestique» pour défendre inconsidérément les mineurs contre l'autorité de leurs parents.

Nous n'avons pas d'arrêts postérieurs à cette déclaration qui manifestent si les juges des Flandres l'ont respectée. Il semble néanmoins que cette jurisprudence spéciale ait disparue car les auteurs du XVIII^e siècle en parlent à titre historique en disant bien qu'il s'agit d'une jurisprudence ayant existé «autrefois» en Flandres³⁷ et qu'elle se soit alignée sur celle du reste de la France.

b') *Limitation pour des motifs politiques.*

On peut citer ici deux hypothèses très différentes:

a'') Il s'agit d'abord du cas des enfants dont les parents protestants ont dû partir pour l'étranger. On considère — nous l'avons vu — que leurs enfants peuvent se passer de leur autorisation et n'avoir que l'avis de leurs proches parents assemblés devant le juge du lieu. C'est ce que décident la déclaration du 6 août 1686 et la première partie de celle du 14 mai 1724.

b'') La déclaration du 16 juin 1685 et la deuxième partie de celle du 14 mai 1724 visent un autre cas: celui des enfants qui se marient à l'étranger, et que nous retrouverons plus loin. Elles interdisent à leurs parents de consentir à leur mariage sans le consentement du Roi. La raison en est d'empêcher que les français ne s'établissent à l'étranger au préjudice de leur patrie. Dans le cas contraire, si l'on a besoin de français ailleurs qu'en France, on autorise les enfants à se passer de leurs parents: il faut citer un arrêt que nous avons déjà rencontré et qui admit qu'un fils de famille ait pu se marier à la Martinique sans le consentement de son père et cela à cause du dessein de peupler les colonies³⁸.

Nous avons ainsi examiné dans quelle mesure les enfants étaient «empêchés» de se marier sans le consentement de leurs parents. Mais il arrivait qu'ils se marient malgré tout. Et c'est cette hypothèse qu'il faut maintenant envisager.

37. GUYOT, *Répertoire* XI 347.

38. «Journal des audiences», II 20 mai 1667.

2. *Le sort des mariages des fils de famille contractés sans l'autorisation nécessaire.*

La jurisprudence nous offre une multitude d'exemples d'enfants qui se mariaient sans autorisation. C'est que l'accès au mariage était très facile. En effet, jusqu'au Concile de Trente, le mariage était purement consensuel: il était formé et valable dès l'échange des consentements et aucune formalité n'était exigée.

Ainsi s'est répandue la pratique des mariages clandestins souvent doublée d'enlèvements concertés. Cette pratique faisait donc échec au vœu des familles. Et c'est pour la décourager que dès 1556 Henry II prit l'édit que nous citons plus haut, édit qui autorisait l'exhérédation des enfants qui se mariaient contre le gré de leurs parents.

Cette mesure ne fut sans doute pas suffisante, car une dizaine d'années plus tard, une pétition présentée au nom de Roi de France par le Cardinal de Lorraine au Concile de Trente, demandait qu'on interdît désormais à peine de nullité les mariages clandestins et les mariages de fils de famille contractés sans le consentement de leurs parents. Le Concile repoussa une partie des prétentions françaises en refusant d'admettre que le consentement des parents soit une condition nécessaire à la validité du mariage de leurs enfants.

Mais, il eut une action indirecte contre ces mariages de deux façons:

- en interdisant pour l'avenir les mariages clandestins,
- en restaurant l'empêchement de rapt.

On sait que la partie disciplinaire des décisions du Concile de Trente, ne fut pas reçue telle quelle dans l'ancienne France³⁹. Certes l'épiscopat français la reçut et le décret Tametsi fut publié dans les diverses paroisses de la France. Mais les ordonnances royales gâchant le droit canonique donnèrent aux décisions conciliaires un sens qu'elles n'avaient pas.

Et ce sont précisément ces décisions du Concile et leur application en France qu'il faut maintenant examiner.

a) *L'utilisation de l'empêchement de clandestinité.*

La pratique des mariages clandestins posait depuis bien longtemps de très graves problèmes à l'Eglise car ils étaient, par définition,

39. A. ESMEIN, *Le mariage en Droit canonique*, 2^e ed. mise à jour par R. GÉNÉSTAL et J. DAUVILLIER (Paris 1929-1935), 2 vols. II, 229.

impossibles à prouver. Les situations inextricables, qu'ils engendreraient, étaient une véritable plaie contre laquelle l'Eglise, très vite, avait essayé de lutter notamment dans le quatrième concile de Latran de 1215 qui

- exigeait la publication des bans avant tout mariage,
- réservait la célébration du mariage au curé de la paroisse des conjoints.

Si un mariage clandestin était néanmoins célébré, le prêtre qui y assistait était suspendu pendant trois ans. Quant aux époux, s'il existait entre eux un empêchement dirimant, ils perdaient le bénéfice de la putativité. C'étaient là les seules peines prévues par le Concile et qui, on le comprend, ne furent guère efficaces.

D'autres essais furent tentés par certains conciles provinciaux et synodes diocésains qui ont dégagé, mais sans grand succès à ce moment-là, les règles de la publicité que reprit plus tard le Concile de Trente⁴⁰.

C'est pourquoi le Concile de Trente décida de transformer le mariage, jusque là contrat purement consensuel en un contrat solennel.

Reprenant et complétant le quatrième Concile de Latran, le Concile de Trente exige, à *peine de nullité*, que le mariage soit contracté

- en présence du curé —qui n'est pas nécessairement prêtre— eu de l'évêque d'une des parties ou d'un délégué de ceux-ci; ce délégué étant nécessairement un prêtre.
- et en présence de «deux ou trois témoins».

Il exige aussi la publication des bans avant la célébration du mariage. Le «propre curé» des parties contractants doit annoncer publiquement dans l'Eglise au cours de la messe solennelle par trois jours de fêtes consécutifs les noms de ceux qui doivent se marier. L'absence de cette publication de bans est punie des «mêmes peines que celles prévues par le concile de Latran»: par conséquent elle n'entraîne pas, à elle seule, la nullité du mariage.

Les ordonnances des Rois de France ont repris les décisions du Concile mais en y apportant quelques modifications:

- C'est l'ordonnance de Blois, surtout qui introduisit en France la solemnisation du mariage:

40. J. DAUVILLIER, *Le mariage dans le Droit classique de l'Eglise depuis le décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)* (thèse de Droit) (Paris 1933) 102-116.

— En ce qui concerne la publication des bans: elle reprend les termes du Concile. Pour les dispenses, elle est plus sévère, elle n'en admet qu'après la première publication.

La jurisprudence sera plus sévère pour la sanction du défaut de publication de bans: après avoir d'abord estimé que le défaut de publication des bans entraîne toujours la nullité du mariage⁴¹, elle s'est finalement modérée en distinguant entre le mariage des majeurs, dont le seul défaut est l'absence de publication des bans, qui est déclaré valable, et celui des mineurs, qui, dans les mêmes circonstances, est déclaré nul.

Au regard de la célébration publique:

— L'ordonnance exige quatre témoins et non «deux ou trois» comme le texte du Concile.

— Elle ne précise pas qu'elle exige la présence du propre curé.

Les peines prévues pour sanctionner ces règles sont les peines portées par le Concile.

La déclaration de 1639 et l'édit de mars 1697 ont apporté des précisions supplémentaires:

La déclaration de 1639 déclare que la proclamation des bans sera faite par le curé de chacune des parties, ce qui est conforme à l'esprit du Concile, mais ajoute «avec le consentement des père, mère, tuteur et curateur, ceux qui se marient sont enfants de famille ou en la puissance d'autrui».

L'édit de mars 1697 précise que le curé qui doit célébrer le mariage est «celui des parties», et demande que l'on applique les dispositions du Concile sur le «propre curé».

Il apporte, d'autre part, une importante précision concernant le domicile des parties: sont réputés domiciliés dans la paroisse ceux qui y habitent depuis au moins six mois, s'ils demeuraient auparavant ailleurs mais dans le même diocèse, depuis un an s'ils demeuraient dans un autre diocèse. Enfin et surtout les enfants de famille sont domiciliés chez leurs père et mère.

Les mariages à la gaulmine.

Toutes ces précautions, concernant la publication des mariages, permettaient au moins que les parents connaissent les intentions de

41. DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire de Droit canonique et de pratique bénéficiale* (Lyon 1770) 4 vols. mot BAN I 265 s.

leurs enfants avant qu'ils ne se marient. Cela, cependant, ne les empêchaient pas de se marier malgré tout contre le gré de leurs parents. C'est pourquoi toutes les ordonnances que nous venons de citer interdisent aux curés de publier les bans et de célébrer le mariage «d'enfants de famille ou étants en la puissance d'autrui, s'il n'appert de consentement des père, mère, tuteur ou curateur».

Cette mesure paraissait très efficace; elle fut néanmoins déjouée à l'initiative d'un certain Gaulmin, maître des requêtes pendant la Fronde: il imagine en effet de surprendre le prêtre qui devait le marier en le rendant par surprise témoin involontaire de son mariage.

Cette pratique des mariages dits «à la gaulmine» ne violait pas l'esprit du Concile qui considère que le prêtre n'a qu'un rôle passif dans le mariage: il en est le témoin «testes spectabilis, testis autorisabilis».

La doctrine était divisée sur la validité de ces mariages: les ultramontains, conformément à la jurisprudence des pays où l'on suivait la discipline de Concile de Trente, déclaraient que de tels mariages étaient «illicites mais valides»⁴².

Les ordonnances royales ne donnaient, d'ailleurs, aucun rôle actif au curé. La déclaration de 1639 dit «le curé conjointra les parties en mariage suivant la forme pratiquée en l'Eglise».

Certains gallicans, au contraire, estimaient que le prêtre est ministre du sacrement.

Les Parlements commencèrent par renoncer à prononcer la nullité des mariages à la gaulmine comme le montrent certains arrêts: ainsi un arrêt rendu à Rouen le 19 juin 1671⁴³: un fils de vingt neuf ans, dont le père avait obtenu un mandement du juge portant défense à son fils d'épouser telle jeune fille, demande à son curé de célébrer son mariage; comme celui-ci refusait, il déclara en sa présence qu'il prenait pour épouse la jeune fille. Après sa mort la question de la validité de ce mariage se posa. La veuve soutenait que le prêtre n'a qu'un rôle de témoin; les parents du mari, au contraire, que c'était la bénédiction qui formait le mariage: la cour donna raison à la veuve et confirma le mariage.

Par la suite, se ralliant à la conception gallicane, les Parlements prononcèrent la nullité de ces mariages: un arrêt du Parlement d'Aix du 10 février 1678 déclare «nul et abusif» un tel mariage car la bénédiction nuptiale est une formalité qu'on ne peut omettre sans encourir les peines portées par les canons.

42. *Consultation de Sorbonne du 3 janvier 1720: Hubert de Precelles dans DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire mot CLANDESTIN I 523.*

43. «Code matrimonial» (Paris 1770) 2 vols. II 383.

Ainsi, l'interdiction des mariages clandestins et l'application sévère qu'en ont fait les ordonnances et la jurisprudence de France ont permis sinon d'empêcher du moins d'entraver les mariages des mineurs conclus sans le consentement de leurs parents.

Néanmoins, malgré l'interdiction faite par les ordonnances aux curés ou autres prêtres d'assister volontairement à ces sortes de mariages, beaucoup d'entre eux ne l'ont pas respectée.

Quand les formes de la célébration avaient été respectées, comment s'attaquer au mariage? Le Concile avait restauré l'empêchement du rapt. C'est ce moyen qui fut utilisé, comme nous allons le voir maintenant.

b) *L'utilisation de l'empêchement de rapt.*

Le Concile de Trente rétablit l'empêchement de rapt dont Innocent III, avait consacré la disparition après une évolution qui avait fini par le confondre avec celui de violence. L'enlèvement n'était plus pris en considération; il suffisait que la jeune fille ait consenti librement au mariage. Peu importait qu'elle fût encore au pouvoir du ravisseur — à ce moment là ⁴⁴—.

Le Concile, au contraire, considère qu'il y a rapt

- quand il y a enlèvement d'une jeune fille,
- fait par la violence.

Le rapt constitue un empêchement de mariage: c'est à dire qu'il vicie le consentement de la personne ravie lorsque celle-ci consent à son mariage alors qu'elle est encore au pouvoir de son ravisseur.

Mais, on le voit, le Concile ne visait que le rapt de violence. Cette définition que nous envisageons ne convient guère à première vue à notre situation: en effet la mineure ou le mineur qui se marie contre le gré de ses parents consent le plus souvent à se laisser enlever par celui ou celle qu'il veut épouser.

Cependant les gallicans à la recherche d'un moyen de briser les mariages, qui étaient trop souvent des mésalliances, tout en paraissant respecter le Concile, ont imaginé d'assimiler le détournement dolosif à la violence et par conséquent de dire qu'il y avait rapt alors même que la personne ravie avait consenti à l'enlèvement. Si elle a consenti contre le gré de ses parents c'est qu'il y a eu rapt de son consentement. Cette nouvelle sorte de rapt fut appelée plus tard: rapt de séduction.

44. DAUVILLIER, *Le mariage dans le Droit classique* 160.

La théorie du rapt de séduction.

Cette conception d'un rapt de séduction était ancienne. Gratien, dont les gallicans estimaient qu'ils contenaient les coutumes et usages anciens de l'Eglise, ceux qu'admettait l'Eglise gallicane, estimait que le consentement des parents était nécessaire à la validité du mariage de leurs enfants. Il parlait déjà de «*raptus*» in parentes». Et quelques arrêts, antérieurs au Concile de Trente, admettaient qu'il y avait rapt d'un mineur qui se mariait sans le consentement de ses parents: ainsi un arrêt du 26 mars 1554⁴⁵ parle du «rapt commis en la personne de Fleury Léger que l'on avait porté à se marier, sans le consentement de son tuteur et curateur». Mais il ne saurait s'agir encore d'un empêchement de mariage. Simplement la cour «fait défense à toutes personnes de contracter aucun mariage sans le consentement des père et mère, tuteur et curateur des enfants qu'on voudra marier, sous peine d'être privés des profits matrimoniaux et punition corporelle s'il y échet».

Il s'agit de voir comment la législation royale et surtout la jurisprudence en ont fait un empêchement dirimant de mariage.

a') La législation royale et le rapt de séduction.

Les ordonnances royales ne voulant pas contredire le Concile, n'ont jamais admis que le rapt de séduction entraînaît la nullité d'un mariage. Elles sont simplement intervenues pour punir le crime de rapt de violence ou de séduction.

— Déjà avant même le Concile l'art. III de l'ordonnance d'Orléans rendue en janvier 1560 par François II punit comme coupable du crime de rapt ceux qui «font séquestrer des filles pour les épouser malgré leurs parents».

— De la même manière l'article 42 de l'ordonnance de Blois punit de mort «ceux qui se trouveront avoir suborné des fils ou filles mineures de vingt cinq ans sous prétexte de mariage ou autre couleur, leurs participes et conseils, nonobstant tout consentement desdits mineurs».

Et l'article 40 punit même comme «fauteurs du crime de rapt les curés ou autres» que auront marié «des enfants de famille ou étant en puissance d'autrui sans le consentement des père, mère, tuteur ou curateur».

45. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts* (1727) mot MARIAGE 314.

— L'ordonnance de 1629 prononce la peine de mort contre «ceux qui commetant rapt et enlèvement de veuves, fils et filles étant sous la puissance des père, mère, tuteur ou curateur et parents, ou entreprendront de les suborner pour se marier, et qui auront aidé ou favorisé tels mariages». L'article 39 déclare «non valablement contractés les mariages faits contre la teneur de l'ordonnance de Blois».

— L'ordonnance de 1639 déclare dans son article 2: «la peine de rapt demeure encourue nonobstant le consentement des parents que pourrait intervenir ensuite». L'article 3 déclare «non valablement contractés les mariages faits avec ceux qui ont ravi et enlevé des veuves, fils ou filles de quelque âge et condition qu'ils soient sans que par le temps ou le consentement des personnes ravies et de leurs père, mère, tuteur ou curateur, ils puissent être confirmés, la personne ravie étant encore au pouvoir du ravisseur».

— La déclaration de Marly de 1730 étend les peines du rapt aux deux sexes et distingue, comme nous l'avons vu, le commerce illicite du rapt de séduction, en ce que, seul, ce dernier a pour but le mariage et est puni comme crime de rapt.

Quelles conclusions tirer de cette législation?

a'') *Du point de vue de la définition du rapt.*

Les ordonnances assimilent au rapt de violence, celui que cite le Concile de Trente, une autre sorte de rapt: celui qu'on appellera plus tard «le rapt de séduction», qu'elles punissent de la même manière: la peine de mort.

Ce rapt consiste dans la «subornation des enfants de famille ou étant en la puissance d'autrui». Il ne concerne donc que les mineurs du point de vue matrimonial.

L'ordonnance de 1639 article 3 cependant parle «des veuves, fils et filles de famille»... mais il déclare leurs mariages non valablement contractés «conformément aux saints décrets et constitutions canoniques». Il ne s'agit donc pas là du rapt de séduction mais du rapt de violence.

Enfin les ordonnances considèrent, à la différence du Concile, que les garçons peuvent être l'objet de rapt de violence ou de séduction, aussi bien que les filles.

On le voit, il y a déjà là une certaine assimilation du rapt de séduction avec la simple absence de consentement des parents: il en est ainsi notamment de l'article 40 de l'ordonnance de Blois qui punit comme coupable du crime de rapt le curé qui célèbre le mariage d'enfants de famille sans l'autorisation de leurs parents et

dans le membre de phrase de l'article 42 «nonobstant tout consentement desdits mineurs» (leurs suborneurs seront punis comme coupables du crime de rapt).

b'') *Du point de vue de la peine qu'il emporte.*

Le rapt, de quelque nature qu'il soit est passible de la même peine. D'autre part, selon l'article 42 de l'ordonnance de Blois, le rapt fait «sous prétexte de mariage ou autre couleur» est punissable de la même façon. A cet égard il faut rappeler la distinction qui a été faite par la déclaration de Marly en 1730 entre le simple commerce illicite et le rapt de séduction. En tous cas, même si le rapt n'est pas suffisant pour entraîner la nullité du mariage (ce qui est le cas du rapt de séduction dont les ordonnances n'ont jamais osé faire un empêchement dirimant), il reste un délit intéressant l'ordre public et il est donc puni tout de même de mort, ce qui est un autre moyen de dissoudre le mariage.

Ainsi la peine de mort encourue pour cause de rapt reste indépendante de la validité du mariage contracté après ce rapt. C'est l'explication que donne Boutaric⁴⁶ du fameux adage de Loysel: «Il n'est si bon mariage qu'une corde ne rompe»⁴⁷.

c'') *Au regard de la nullité du mariage pour rapt.*

Deux ordonnances seulement en parlent: l'ordonnance de 1629 art. 39 et celle de 1639 art 3.

L'ordonnance de 1629 déclare que «les mariages faits contre la teneur de l'ordonnance de Blois sont non valablement contractés». Autrement dit, le mariage des fils de famille subornés ou simplement mariés sans le consentement de leurs parents dont parlent les articles 40 et 42 de l'ordonnance de Blois sont non valablement contractés.

Le clergé de France réagit contre cette nullité qui n'était pas d'origine canonique⁴⁸. Et le Roi de France Louis XIII dut s'expliquer sur le sens des termes «non valablement contractés»: le mariage restait valide quant au lien «quoad foedus» mais était nul quant aux effets civils.

Dix ans plus tard l'ordonnance de 1639 déclarait «non valablement contracté» le mariage conclu entre un ravisseur et sa victime.

46. BOUTARIC, *Explication de l'Ordonnance de Blois* (Toulouse 1745).

47. LOYSEL, *Institutions coutumières* (s.d.) I, 2,28.

48. A. VANTROIS, *Etude historique et juridique sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants* (thèse Droit) (Paris 1889).

Mais, nous l'avons dit, le Concile parle ici du rapt de violence et ne prononce donc pas la nullité en cas de rapt de séduction.

Par conséquent, si ce n'est l'extension du rapt de violence aux garçons, les ordonnances n'ont pas prononcé d'autres nullité du lien (foedus) matrimonial que celle du Concile. Et si la subornation est interdite et sévèrement punie, les ordonnances ne lui ont jamais donné le caractère d'un empêchement dérimant de mariage.

En présence de cette législation du rapt, de quels moyens la jurisprudence disposait-elle pour lutter efficacement contre les mariages des enfants de famille contractés sans le consentement de leurs parents? (si on ne pouvait pas faire jouer la clandestinité)

— le Droit Canonique avait rétabli l'empêchement de rapt de violence,

— les ordonnances sur le plan pénal avaient assimilé au rapt de violence la subornation des enfants de famille en punissant ces deux crimes de la mort.

Et sans définir exactement la subornation, elles avaient laissé entendre que l'absence de consentement des parents équivalait à une subornation.

Deux voies s'opposaient donc pour anéantir ces mariages:

— appliquer la sanction des ordonnances: c'est à dire la peine de mort,

— appliquer la sanction canonique: c'est à dire la nullité pour rapt.

Examinons quel parti la jurisprudence en a tiré.

b') *La jurisprudence et l'empêchement de rapt.*

a'') *Dans quelle mesure la jurisprudence a-t-elle appliquée la peine de mort pour rapt.*

Alors que les ordonnances punissent de la même peine les coupables de rapt de violence et ceux de rapt de séduction, la jurisprudence, au contraire, les distingue nettement.

— La jurisprudence prononce facilement la peine de mort en cas de *rapt de violence*. Il faut remarquer que c'est souvent par contumace. On en trouve de multiples exemples, dont l'un est tiré des archives du Parlement de Toulouse arrêt vendredi 6 juillet 1657⁴⁹ contre François de Foix dit vicomte de Rabat condamné à

49. «Archives Hte. Garonne». Série B 789 p. 106.

mort pour le rapt et enlèvement de Catherine de Foix, sa cousine, qu'il avait arrachée de son lit au château de Gardouch le 30 août 1650. Le dernier épisode est rapporté par l'arrêt du mardi 30 août 1650⁵⁰ qui désigne une commission pour faire leur procès aux auteurs de l'enlèvement de Catherine de Foix.

— En cas de rapt de séduction, au contraire, la peine de mort étant manifestement bien trop sévère, les tribunaux hésitent à l'appliquer.

On peut citer les conclusions de l'avocat général Le Nain sous un arrêt du 29 janvier 1709⁵¹ qui commua la peine de mort prononcée par les premiers juges contre le sieur La Garrigue qui avait séduit sans violence une jeune fille, en bannissement de neuf ans: «le rapt de cette espèce ne doit être puni de mort et l'article 42 de l'ordonnance de Blois et les lois postérieures n'ont eu d'exécution que contre les domestiques qui ont enlevé des fils de leurs maîtres, ou contre des tuteurs qui ont abusé de leurs pupilles, ou contre des maîtres qui ont abusé de leurs écolières...

Cette explication n'est certainement pas fidèle au texte des ordonnances, mais montre bien l'attitude des Parlements. S'ils punissaient dans certains cas le rapt de séduction, c'était plutôt pour l'atrocité des circonstances que pour la subornation elle-même.

Certains Parlements, particulièrement celui de Bretagne, avaient imaginé, pour punir le ravisseur sans toutefois le condamner à mort, de lui donner le choix entre la condamnation ou le mariage, si la fille le voulait bien. C'est pour mettre fin à cette pratique qui d'ailleurs encourageait presque les ravisseurs et allait complètement à l'encontre des buts poursuivis par la répression du rapt, que Louis XV dans la déclaration de Marly de 1730 interdit au juge de donner ce choix aux coupables du crime de rapt.

Mais en même temps il ne déclare qu'un coupable de ce crime que dans la mesure où la séduction a eu pour but le mariage et distingue, comme nous l'avons vu plus haut, le rapt de séduction du simple «commerce illicite».

La rigueur de cette déclaration a un moment influencé la jurisprudence comme le montrent les deux arrêts suivants:

— un arrêt de Paris du 20 avril 1758⁵² condamne un certain Louis La Bruyère de Maillane, dit Dubois, à être pendu et étranglé en place de grève pour crime de rapt de séduction sur une mineure.

50. «Archives Hte. Garonne». Série B 720 p. 904.

51. GUYOT, *Répertoire* mot RAPT p. 434.

52. GUYOT, *Répertoire* mot RAPT p. 434.

— de la même manière un arrêt de Dijon du 18 février 1738⁵³ condamne le marquis de Tavane Mirebel, mais par contumace, à perdre la tête pour avoir enlevé la demoiselle de Brun, sa cousine, «du consentement de celle-ci», et l'avoir conduite hors du Royaume pour se marier en Lorraine allemande.

Cette jurisprudence est restée exceptionnelle et les Parlements pratiquement ne se permettaient pas d'appliquer strictement la peine de mort aux coupables de subornation. Pour que celle-ci méritât la mort, il fallait qu'elle fût accompagnée de circonstances très graves. Par conséquent, sur le plan pénal il n'était pas question d'assimiler la simple absence d'autorisation des parents au rapt de séduction.

Restait donc la deuxième voie qu'il faut maintenant étudier:

b'') *L'utilisation de l'empêchement canonique de rapt par la jurisprudence en cas d'absence de consentement des parents au mariage de leurs enfants.*

Pour pouvoir utiliser cet empêchement canonique dans ces circonstances, il fallait justifier que l'absence de consentement des parents équivalait à un rapt, qui ne pouvait être que le rapt de séduction.

Il fallait donc faire un raisonnement en deux étapes:

— démontrer que le rapt de séduction peut s'entendre du rapt tel qu'il est visé par le Concile de Trente,

— démontrer que l'absence de consentement des parents équivaut à un rapt de séduction.

a'') Encouragée d'abord par l'ancienne position des canonistes exprimée notamment par Gratien et qui admit que le rapt de séduction est un empêchement dirimant de mariage, et d'autre part par la relative confusion, plus ou moins volontaire d'ailleurs, des ordonnances royales entre le rapt de violence et le rapt de séduction, la doctrine laïque et même celle de l'Eglise de France s'ingénia à démontrer que le Concile de Trente a visé le rapt de séduction.

Ainsi on peut lire dans le traité du mariage de Gerbais publié en 1696: «Il s'y rencontre presque toujours (dans les mariages des enfants de famille contractés en l'absence du consentement de leurs parents) une espèce de rapt au moins de séduction et de subornation qui, selon les dispositions mêmes canoniques les rend nuls et invalides».

53. GUYOT, *Répertoire* mot RAPT p. 434.

Signalons en ce sens deux arrêts:

— Le premier du 20 janvier 1689⁵⁴ rendu à Paris; une jeune fille s'étant mariée avec celui qu'elle devait épouser depuis longtemps, son père y avait d'abord consenti, puis avait ensuite refusé. Il se plaignait «du rapt commis sur sa fille ainsi que de la dispense des bans qui était abusive». Le mariage fut déclaré non valablement contracté mais les époux furent autorisés à faire procéder de nouveau à la célébration de leur mariage «suivant les constitutions canoniques et la disposition des ordonnances». Ce qu'il faut souligner ce sont les conclusions de l'avocat général Bignon qui déclare que suivant les lois ecclésiastiques «le rapt est un empêchement dirimant et qu'il y a rapt toutes les fois qu'il y a défaut de consentement du père».

— L'autre arrêt a été rendu le 3 septembre 1694⁵⁵; un précepteur s'était marié avec la fille de la maison qui était mineure après que sa mère y eût consenti. Le mariage fut déclaré nul sur la poursuite du tuteur qui n'avait pas été consulté. Et l'avocat général Lamoignon conclut: «qu'il n'y a point de différence à faire entre le rapt de violence et celui de séduction tant pour la peine que pour l'*obstacle dirimant qu'il apporte au mariage*».

C'est exactement ce qu'affirme Pothier plus tard dans son traité du mariage: «la séduction n'est pas moins un empêchement au mariage que le rapt nous l'appelons rapt de séduction»⁵⁶.

L'Eglise gallicane elle même admet cette interprétation du Concile de Trente et en trouve une ingénieuse explication: la violence est déjà un empêchement. Le rapt tel que l'entend le Concile ne se ramène donc pas à la simple violence. Il reste un empêchement, alors que la violence a cessé, par le simple fait que les deux parties n'ont pas été séparées: «c'est qu'alors on craint la séduction»⁵⁷.

Et l'auteur des conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage écrit: «on ne peut dire que le Concile ait voulu excepter le rapt de séduction car c'est la séduction proprement dite qui fait le caractère de ce nouvel empêchement plutôt que la violence. La violence est déjà elle-même un autre genre d'empêchement si l'on en use pour parvenir au mariage».

54. «Code Matrimonial» II 867.

55. BRILLON, *Dictionnaire* mot MARIAGE 315.

56. POTHIER, *Traité du contrat de mariage* dans *Oeuvres* (Paris 1817-1820), III, 3,2.

57. L. DUGUIT, *Etude historique sur le rapt de séduction* RHD (1886) 387 s.

b'')) A partir du moment où l'on admettait que le rapt de séduction était un empêchement de mariage il fallait aussi définir quand il avait lieu.

Comme la subornation ou séduction est par nature très difficile ou même impossible à prouver, elle est du domaine de la présomption qui laisse au juge une très grande liberté d'interprétation des faits; ce que la jurisprudence ne se priva pas d'utiliser dans le dessein qu'elle poursuivait: éviter les mésalliances des enfants de famille.

La doctrine prétendait que l'absence de consentement des parents faisait irréfragablement présumer que le mariage était entâché de rapt de séduction. Pothier dit: «La séduction se présume de droit lorsqu'un mineur s'est marié sans le consentement de ses père et mère, tuteur ou curateur, et en conséquence sur l'appel comme d'abus que ceux-ci interjettent.

Plus précisément, la lecture des arrêts qui admettent qu'un mariage est entâché de rapt de séduction nous permet de dégager les motifs habituels que retient la jurisprudence pour le déclarer tel.

— D'abord la jurisprudence a déclaré nuls pour rapt de séduction des mariages d'enfants de famille contractés en l'absence de consentement des parents. Mais cette raison n'était pas la seule qui ait déterminé le juge à dire que le mariage était entâché de rapt.

Par exemple un arrêt du 6 août 1603⁵⁸ déclare que «pour raison d'un mariage contracté entre personnes inégales par paroles de futur, au desçu des père et mère de la fille, les parents peuvent intenter l'action de rapt à l'encontre de celui qui a suborné la femme à condescendre à telles promesses de mariage...»

— Par la suite les arrêts ont admis que la *seule* absence de consentement des parents suffisait à faire présumer qu'il y avait rapt de séduction.

C'est le cas de l'arrêt déjà cité du 20 juin 1689 dans les conclusions duquel l'avocat général Bignon affirme: «Qu'il y a rapt toutes les fois qu'il y a défaut de consentement du père».

C'est un exemple flagrant de la manière dont on a étendu et abusé de la notion de rapt de séduction, qui, manifestement, n'avait pas lieu de s'appliquer ici.

Cela était si clair, dans cette espèce que les juges après avoir déclaré le mariage non valablement contracté, car il y avait eu une dispense abusive des bans, ont néanmoins permis aux parties de se retirer par devant leur évêque diocésain «pour être de nouveau pro-

58. BRILLON, *Dictionnaire* 314.

cédé à la célébration de leur mariage suivant les constitutions canoniques et la disposition des ordonnances».

— Enfin, à partir du moment où l'on admettait qu'il y avait rapt dans ces conditions, ce qui a fait dire à Pothier «qu'il était toujours présumé en cas de défaut de consentement des parents», la séduction n'était plus qu'un mot une clause de style. On n'avait guère plus besoin d'y faire référence.

La théorie du rapt de séduction avait servi de tremplin pour faire admettre insensiblement le nouvel empêchement: l'absence de consentement des parents.

C'était la troisième étape de sa création: le moment où il est devenu vraiment autonome par rapport au droit canonique.

On en trouve des exemples dans des arrêts multiples:

— Par exemple dans les conclusions de l'avocat général Talon à propos de l'arrêt du 1^{er} février 1662: «quand un fils mineur se marie sans le consentement de ses parents, le mariage est nul par ce seul défaut».

On peut citer encore:

— L'arrêt rendu à Paris le 15 mars 1687 en la Grande Tournelle⁵⁹ qui déclare nul le mariage d'un mineur, *célébré avec toutes les formalités mais sans le consentement* de son frère, qui était son curateur. Sur ce *seul* moyen la cour a déclaré nul le mariage contracté entre le nommé Hardy âgé de 19 ans et demoiselle Punot, à peu près du même âge et de la *même condition*.

— Signalons cet arrêt du 9 novembre 1670 rendu par le Parlement d'Aix⁶⁰ qui déclare la célébration du mariage d'un fils de famille sans le consentement de son père «abusive, et iceluy non valablement contracté, fait inhibition aux parties de se hanter» et permet au père d'exhérer son fils.

«Les mariages des enfants de famille sont déclarés nuls et non valablement contractés, quand le consentement du père n'est pas intervenu lequel est de l'essence même du mariage à raison de la puissance paternelle, laquelle étant de la matière des mariages et rendant les personnes des enfants de famille habiles, qui ne le seraient pas autrement, opère que le mépris d'icelle fait déclarer les mariages non valablement contractés».

— Un arrêt du Parlement de Grenoble du 2 août 1663⁶¹ déclare

59. AUGÉARD, *Arrêts notables des différents tribunaux du royaume* (Paris 1756) 2 vols. I 34 num. 17.

60. BONIFACE, *Arrêts* IV 355.

61. BASSET, *Arrêts* I,4,3,2.

non valablement contracté le mariage d'un fils de famille marié sans le consentement de son père.

— Un arrêt du Parlement de Dijon du 5 mars 1691⁶² déclare abusif le mariage d'un mineur sans le consentement de la mère et fait défaut aux parties de se fréquenter.

Pothier avait-il pour autant raison? Pas absolument car cette jurisprudence est loin d'être constante et uniforme.

Nombreux exemples le montre:

— Un arrêt du 6 mars 1636 d'un Parlement non précisé⁶³ confirme le mariage d'un mineur de 25 ans, sans le consentement des père et mère, à cause de sa déclaration qu'il y persévère.

— Un autre du 9 juillet 1687⁶⁴ déclare qu'un père et une mère ne sont pas recevables à réclamer contre la mariage de leurs fils, sans leur consentement, après un silence de cinq ans, le mariage ne leur ayant point été caché. On a admis ici la confirmation tacite.

— Un autre encore de décembre 1672⁶⁵ confirme le mariage d'un fils marié contre le consentement de son père, car de ce mariage était né un enfant que le père avait tenu sur les fonts baptismaux.

— Enfin un arrêt du 1^{er} mars 1691⁶⁶ juge valable le mariage d'un mineur de 20 ans, le consentement de ses père et mère, sans publication de bans, ni présence du propre curé, parce que ses père et mère l'avaient abandonné depuis longtemps à sa conduite.

Cette espèce rejoint la jurisprudence spéciale des Flandres, que nous avons étudiée plus haut et qu'il convient que nous rappelions ici ainsi que les cas plus rares où la jurisprudence de reste du Royaume de France tient compte du refus injuste des parents.

Après avoir étudié l'histoire de la création de ce nouvel empêchement de mariage, il faut préciser la portée exacte de la nullité que la jurisprudence se permet de prononcer.

c') *Portée de l'empêchement.*

a") *Personnes visées par l'empêchement.*

Ce sont les garçons et les filles.

La jurisprudence fait une distinction très nette entre les mineurs et les majeurs de 25 ans.

62. RAVIOT, *Arrêts notables du Parlement de Dijon* (Dijon 1735) 2 vols. II 596.

63. BARDET, *Arrêts* I,5,2.

64. BRILLON, *Dictionnaire* mot MARIAGE 315.

65. «Journal des audiences» II décembre 1672.

66. «Journal des audiences» IX 1^{er} mars 1691.

Cette distinction correspond à la catégorie de ceux qui sont tenus d'obtenir le consentement de leurs parents et à celle de ceux qui ne sont pas tenus que des sommations respectueuses.

- Pour les premiers qui sont mineurs de 25 ans: l'empêchement s'applique normalement: le mariage est déclaré non valablement contracté.

- Pour les autres: les majeurs de 25 ans: en principe pas de nullité s'ils ont fait les sommations respectueuses. Ils ne sont même pas exhérédés.

- Il y a une exception pour les garçons majeurs de 25 ans et mineurs de 30 ans: en général, car la jurisprudence ici n'est pas stable, leur mariage n'est pas nul mais ils peuvent être exhérédés.

b'') *Qui peut invoquer la nullité?*

Alors qu'en Droit Canonique, toute nullité concernant le mariage est absolue, ici, au contraire, la nullité pour absence de consentement des parents est relative.

En effet, les arrêts ont toujours précisé que seules les personnes, dont le consentement était nécessaire, pouvaient attaquer le mariage par ce motif.

Les mariés eux-mêmes sont privés du droit de l'invoquer par application de la règle «*nemo auditur*».

Ainsi on lit dans Ferrière: «Si les père et mère ne se plaignent point en justice au mariage que leurs enfants mineurs ont contracté sans leur consentement, ces enfants ne peuvent agir eux-mêmes, et n'ont aucun moyen pour donner atteinte à leur mariage».

Ou encore dans les Institutions du Droit Français de Serres⁶⁷: «Les ordonnances de 1606 et 1629 veulent que les mariages contractés par les enfants de famille, mineurs de 25 ans, sans le consentement de leurs parents, soient déclarés non valablement contractés. Mais il n'y a que les père et mère qui puissent poursuivre la nullité des mariages ainsi faits sans leur consentement».

Augeard rapporte un arrêt du 6 mars 1703⁶⁸ rendu par le Parlement de Paris: un mineur qui a contracté un mariage abusif, et qui en appelle comme d'abus treize ans après n'est pas recevable dans son appel. Ce dernier invoquait entre autres, comme moyen le défaut de consentement de son tuteur. Il lui est répondu: «que le pouvoir d'interpréter appel comme d'abus n'appartient pas à tout le

67. SERRES, *Institutions du Droit Français* (1760) 32.

68. AUGÉARD, *Arrêts* I 703.

monde mais aux seuls père et mère, tuteur ou curateur, quand le mariage est fait sans leur consentement».

«Le procureur a le droit d'interfeter appel comme d'abus mais ne peut invoquer que les défauts touchant l'ordre public et jamais le défaut de consentement des parents».

c'') *Qu'est-ce qui est annulé?*

Ici se pose un problème très délicat: celui de savoir jusqu'à quel point les tribunaux séculiers se sont reconnu le pouvoir de dissoudre ces mariages dont ils proclament la nullité car la jurisprudence est très imprécise.

Il est logique de penser qu'elle n'a que faire d'une semi-nullité, c'est à dire, qui n'affecterait que les effets civils des mariages, laissant subsister le lien sacramentel.

C'est pourquoi la théorie gallicane qui distinguait le mariage contrat-civil du mariage contrat-sacrement affirmait qu'il ne peut y avoir de sacrement que si le mariage est d'accord valable aux yeux de la loi civile; et encourageait par là la jurisprudence à déclarer nul le lien même sacramentel.

Mais cette théorie fut condamnée par le Roi lorsqu'à la demande du clergé de France, il dut expliquer, comme nous l'avons vu, que l'expression «non valablement contracté» employée dans l'ordonnance 1629 ne s'appliquait qu'aux effets civils du mariage et non au *lien sacramentel*, n'eut pas de succès en jurisprudence.

La théorie du rapt de séduction fut, elle aussi, inventé pour justifier que le rapt de séduction était un empêchement véritablement dirimant: en effet si la jurisprudence a fait cette acrobatie pour montrer qu'elle jugeait selon le Droit Canonique, c'est pour que la nullité qu'elle prononçait touchât même le sacrement.

Malgré cela l'examen de la jurisprudence montre qu'elle est restée indécise sur la portée exacte de la nullité qu'elle prononçait.

D'abord, elle ne déclarait pas les mariages nuls, mais «non valablement contractés», comme le font remarquer Fromental⁶⁹ et Févret⁷⁰.

— Certains arrêts limitent la nullité aux effets civils du mariage. Un arrêt du 16 juillet 1655 décide que le mariage contracté par un fils de famille mineur et soldat dans une garnison, sans la participation de ses père et mère, avec une fille de basse naissance, ne

69. FROMENTAL, *Décisions* 494.

70. FEVRET, *Traité* V, 2,19.

peut produire des effets civils⁷¹. Sous un arrêt du 12 juillet 1672 du Parlement de Dijon⁷² dans le développé des moyens, on lit que «le mariage célébré sans l'autorisation du curateur est abusif et *nul quant aux effets civils*».

— D'autres arrêts vont plus loin et font défense aux parties de «se hanter et fréquenter»: ainsi un arrêt du 18 février 1664 du Parlement de Paris déclara non valablement contracté le mariage d'un fils de famille sans le consentement de son père, et fit défense aux parties de se hanter et fréquenter. De même un autre arrêt du Parlement de Dijon⁷³ déclare qu'il y a abus dans la célébration du mariage d'un mineur sans le consentement de sa mère. Et défense est faite aux parties de se hanter et fréquenter.

Il semble bien que par une telle mesure, la jurisprudence ait voulu dissoudre absolument de tels mariages. Cependant l'arrêt du 9 novembre 1670 déjà cité, rendu par le Parlement d'Aix et qui déclare «non valablement contracté le mariage d'un fils sans le consentement de son père, fait inhibition aux parties de se hanter». Mais il est dit par l'avocat général: «le mépris d'icelle (la puissance paternelle) fait déclarer les mariages non valablement contractés, *sans toucher à la nullité du sacrement*».

Ainsi n'osant pas toucher directement au sacrement lui-même, la jurisprudence, en privant le mariage de ses effets civils et surtout en interdisant aux parties de se hanter et fréquenter, a un peu abouti au même résultat.

Cependant les défenses étaient le plus souvent provisoires et l'on autorisait les parties à célébrer à nouveau leur mariage — après qu'elles aient atteint leur majorité.

La nécessité de célébrer un nouveau mariage montre qu'en théorie on considérait le premier mariage comme nul, mais qu'en fait on osait pas pousser le raisonnement jusqu'au bout et annuler absolument le mariage.

Conclusion

D'après les quelques sources que nous avons pu consulter, il nous semble que la création de l'empêchement de mariage résultant de l'absence de consentement des parents n'a pas donné les résultats

71. SÖEFVE, *Arrêts* I, 4,96.

72. RAVIOT, *Arrêts* I quest. 112.

73. RAVIOT, *Arrêts* II quest. 316.

attendus par les gallicans et n'a pas eu une assise très solide, car, à cause de l'abus manifeste de cette nullité, la jurisprudence a souvent bésité

— d'une part à admettre la présomption irréfragable de rapt de séduction,

— d'autre part à annuler totalement ces mariages en prononçant l'invalidité du sacrement comme aurait pu le faire un tribunal ecclésiastique.

III. LE MARIAGE DES PRINCES DU SANG.

Si les alliances entre familles particulières avaient déjà une grande importance dans l'ancienne France, combien plus celle des membres de la famille royale!

Et l'on comprend la nécessité du consentement de son chef, le Roi, pour les mariages dont l'issue avait toujours une influence politique qui était souvent considérable.

C'est ce que souligne Lebreton dans son traité de la souveraineté⁷⁴.

«S'il est défendu aux enfants de contracter mariage sans le consentement de leur père, est-il pas raisonnable que les princes soient obligés de rendre un semblable devoir à leur Roi... à cause du grand dommage que peut recevoir le public quand des personnes si puissantes dans l'Etat prennent des alliances mal à propos».

La tradition d'ailleurs est certaine: depuis toujours les Rois ont exigé que les membres de la famille royale se marient avec leur consentement.

Le Bret poursuit: «c'est pourquoi les princes et les seigneurs de marque ne doivent poursuivre aucune alliance, sans la permission du Roi et sans l'avoir auparavant adverty».

Talon dans ses mémoires rapporte plusieurs exemples de mariages de princes du sang que les rois ont cassé pour avoir été contractés à leur insu.

Il invoque notamment celui de Charles le Chauve qui obligea son fils Louis le Bègue à quitter sa femme Ausgarde, pur lui faire épouser Adélaïde...

Celui de Louis le Germanique, fils de Louis le Débonnaire, qui casse le mariage de Louis son fils... Et plusieurs autres encore.

Malgré ces exemples de mariages cassés pour avoir été con-

74. LE BRET, *De la souveraineté du Roi* (Paris 1632) I, 8.

tractés sans le consentement du Roi, la question fut soulevée au XVI^e siècle de savoir si l'absence de consentement du Roi au mariage des princes du sang était un empêchement dirimant.

Elle le fut d'abord par Henry III en 1583 devant l'Assemblée des notables qu'il avait convoquée à Saint-Germain-en-Laye à propos non seulement des princes du sang mais aussi d'officiers de la Couronne et gouverneurs de province s'ils contractent mariage avec des étrangers. La nullité ne fut pas décidée. Ils furent seulement soumis à d'autres peines⁷⁵.

On alla beaucoup plus loin lors du procès du mariage de Gaston d'Orléans en 1634: Gaston de France, frère de Louis XIII, avait épousé le 3 janvier 1632 Marguerite de Lorraine sans le consentement du Roi, qui était très hostile à ce mariage.

Après une longue procédure qui avait permis entre autre, au procureur général d'informer du rapt commis sur la personne de Monsieur, ce qui prouve qu'on n'était pas très sûr que la seule absence de consentement du Roi suffisait à invalider le mariage, l'arrêt du Parlement de Paris rendu le 5 septembre 1634 sur les conclusions de l'avocat général Bignon déclare que le défaut de consentement du Roi permet de dire que «le mariage de Monsieur le Duc d'Orléans fils de France et frère unique du Roi, avec la princesse Marguerite de Lorrain a été non valablement contracté».

Le pape Urbain VIII refusa de reconnaître la nullité de ce mariage: il ne pouvait dissoudre un engagement contracté selon toutes les règles et avec toutes les conditions prescrites par le Concile de Trente; que si on suivait d'autres maximes en France, elles ne pouvaient avoir d'application qu'aux effets civils».

Cependant l'Eglise gallicane devait se prononcer sur la question de principe; en effet l'Assemblée du clergé de France consultée à propos de ce mariage répondit le 16 juin 1635 que: «les coutumes des Etats peuvent faire que les mariages soient nuls et non valablement contractés quand elles sont raisonnables, anciennes, affermies par une prescription légitime et autorisé par l'Eglise; que la coutume de France ne permet pas que les princes du sang et principalement les plus proches, qui sont héritiers présomptifs de la Couronne se marient sans le consentement du Roi: et «que cette coutume de France est raisonnable par une prescription légitime et autorisée de l'Eglise».

L'Assemblée n'a pas davantage prouvé l'existence de cette coutume de France. Dans le principe elle a admis que, si elle existe, le

75. «Bibliothèque canonique», mot MARIAGE 85.

défaut de consentement du Roi soit un empêchement dirimant du mariage des princes du sang. Elle fait cependant une distinction entre les princes du sang «héritiers de la Couronne» et les autres. L'empêchement ne semble atteindre que les premiers.

Il faut remarquer que cet avis de l'Eglise gallicane, bien qu'il respecte en théorie l'autorité de l'Eglise, aboutit ici à justifier l'attitude du Parlement contre le Pape.

En fait, dans ce cas précis, Gaston d'Orléans l'emporta, car bien qu'il eût fait une déclaration le 16 avril 1635 qui paraissait admettre la nullité de son mariage, il persista néanmoins à la considérer comme valide tant que le Pape n'aurait pas dit le contraire. Et finalement le Roi Louis XIII huit jours avant sa mort consentit au mariage de son frère par une déclaration du 27 avril 1645 et la réhabilitation de ce mariage le 26 mai 1643.

Il faut remarquer toutefois que le mariage fut célébré à couveau comme s'il ne l'avait jamais été. Par conséquent le pouvoir séculier voulait montrer qu'il avait eu le pouvoir de déclarer ce mariage nul.

IV. LE MARIAGE DES FRANÇAIS À L'ÉTRANGER.

Un autre domaine où le consentement du Roi doit intervenir pour autoriser le mariage, est celui du mariage des français à l'étranger.

La cause de cette exigence est politique: car on avait remarqué que leur mariage à l'étranger otait «l'esprit de retour en France» comme cela est dit dans le préambule de la déclaration du 16 juin 1685.

Quatre ordonnances importantes ont réglementé cette matière.

— Deux ordonnances, l'une du 11 août 1716, l'autre du 21 juin 1717 visent le mariage des français majeurs ou mineurs que épouseront des étrangères des pays cités par les ordonnances.

L'ordonnance de 1716 «exclut de toutes charges et administration publique et des assemblés du corps de la Nation des les Echelles du levant les négociants français qui y épouseraient des fils ou veuves nés sous la domination du grand seigneur».

L'ordonnance du 21 juin 1717 «exclut des droits et principes appartenant à la Nation française dans les villes et forts d'Italie, d'Espagne et du Portugal des enfants nés de mariage contracté entre les français naturels ou naturalisés et les filles du pays».

En toute hypothèse donc ces mariages sont réprouvés. Il ne semble pas que le consentement du Roi ait à intervenir. D'avance il est refusé.

— Deux autres ordonnances de 1685 et 1724 dont les textes sont identiques concernent le mariage d'enfants de famille, étant encore sous la puissance d'autrui, en pays étrangers: elles interdisent à leurs père et mère, tuteur ou curateur de consentir à ce qu'ils se marient en pays étranger *sans la permission expresse du Roi* à peine de galères perpétuelles pour les hommes et de banissement pour les femmes...

— La sanction de ces ordonnances est d'ordre pénal. En aucun cas il n'est question de nullité.

Comment la jurisprudence a-t-elle interprété ces textes? Ici non plus elle n'est pas très abondante. Quelques arrêts, cependant, permettent de montrer quelle fut sa tendance.

— Le plus célèbre est l'arrêt du Parlement de Paris du 5 janvier 1700 qui déclare nul et abusif le mariage du duc de Guise Henri II de Lorraine qui avait épousé à Bruxelles le 16 novembre 1641, à l'âge de 27 ans, Honorée de Berghe, comtesse de Bossu, avec toutes les formalités prescrites par la loi de pays, mais sans la permission du Roi de France.

Il résulte de cela que la déclaration de 1685 ne faisait que confirmer un droit antérieur puisque le mariage datait de 1641.

D'autre part, si la déclaration n'avait rien dit sur la validité du mariage, la jurisprudence a montré qu'une fois de plus le consentement du Roi était une condition de validité du mariage: ici encore l'absence de consentement du Roi est considérée comme un empêchement entièrement créé par la jurisprudence française qui a même osé contredire une sentence de La Rote qui avait déclaré ce mariage valide. C'est sur l'appel comme d'abus du mariage et du jugement même de La Rote, que la Cour a jugé qu'il avait été «nul, nullement et abusivement procédé et célébré, statué et ordonné».

Ici encore on aboutit donc en théorie à prononcer une nullité et à établir un nouvel empêchement créé par le pouvoir séculier. En théorie, car il ne faut pas oublier que cet arrêt est intervenu 59 ans après la célébration du mariage, que les conjoints étaient morts et qu'il s'agissait seulement de trancher des questions pécuniaires concernant la succession d'Honorée de Berghe.

CONCLUSIÓN

La conclusion générale de ces trois dernières parties ressemble à celle que l'on a pu tirer de la première.

Il s'agit d'un effort flagrant de la part du pouvoir séculier tendant à laïciser le mariage.

Ce que l'on peut dire et que nous avons essayé de montrer, c'est qu'en théorie la création d'empêchement de mariage par le pouvoir séculier était admise mais que en fait, la pratique n'osait pas l'appliquer jusqu'au bout.

Préparée par l'ancien régime, cette laïcisation du mariage sera achevée par la Révolution.