

The Center for Research Libraries scans to provide digital delivery of its holdings. In some cases problems with the quality of the original document or microfilm reproduction may result in a lower quality scan, but it will be legible. In some cases pages may be damaged or missing. Files include OCR (machine searchable text) when the quality of the scan and the language or format of the text allows.

If preferred, you may request a loan by contacting Center for Research Libraries through your Interlibrary Loan Office.

Rights and usage

Materials digitized by the Center for Research Libraries are intended for the personal educational and research use of students, scholars, and other researchers of the CRL member community. Copyrighted images and texts are not to be reproduced, displayed, distributed, broadcast, or downloaded for other purposes without the expressed, written permission of the copyright owner.

Center for Research Libraries

Scan Date: January 14, 2013

Identifier: d-a-000185



Center *for* Research Libraries

.....
GLOBAL RESOURCES NETWORK

P-00212175

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE PARIS

EXAMEN CRITIQUE
DES
TENDANCES MODERNES
DANS LE MARIAGE
ET VERS L'UNION LIBRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le mardi 9 novembre 1909, à 1 heure 1/2

PAR

PIERRE AVIGDOR

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. PLANIOL, président.

Suffragants : { *MM. GARÇON, professeur.*
GIDE, professeur.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, RUE SOUFFLOT, 13

1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

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

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE PARIS

EXAMEN CRITIQUE
DES
TENDANCES MODERNES
DANS LE MARIAGE
ET VERS L'UNION LIBRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le mardi 9 novembre 1909, à 1 heure 1/2

PAR

PIERRE AVIGDOR

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. PLANIOL, président.

Suffragants : { *MM. GARÇON, professeur.*
GIDE, professeur.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1909

JUL 20 1910.

INTRODUCTION

Il y a une crise du mariage, écrit-on de toutes parts aujourd'hui. De hardis réformateurs préconisent l'union libre. Les publications qui la réclament se font de plus en plus nombreuses. On croit voir dans cette forme des rapports des sexes, que l'on veut rendre générale et légale, le dernier stade de leur évolution et le dernier mot du progrès.

En face de ces détracteurs du mariage, plus ou moins énergiques suivant les tempéraments, se trouvent des défenseurs convaincus, mais dont certains, ancrés en des idées d'un autre âge, rêvent de rendre au mariage son indissolubilité d'antan.

Entre ces deux extrêmes se placent d'ailleurs toutes les opinions moyennes, qui veulent conserver le mariage, tempéré par le divorce plus ou moins largement compris, mais en le réformant dans la mesure nécessaire.

Les partisans de l'union libre, très sûrs d'eux-mêmes, nous prédisent que ce régime sera celui de l'avenir.

Cela est-il exact ? Et si c'est exact, est-il désirable qu'il en soit ainsi ? Si oui, il n'est besoin que de laisser le temps et la marche de l'opinion faire leur œuvre. Sinon, n'appartient-il pas à ceux qui sont convaincus du contraire d'éclairer l'opinion publique, de la mettre en garde contre ses entraînements souvent généreux mais aussi irréfléchis ?

Ce sont ces diverses questions que nous nous proposons de traiter ici, après beaucoup d'autres et avec infiniment moins de talent. Peut-être estimera-t-on que nous y avons fort mal réussi. Ce que nous revendiquons, en tout cas, c'est l'éclectisme que nous nous sommes efforcé d'apporter à cette étude, et le souci de l'intérêt général qui nous a animé, ainsi que celui de la vérité.

D'où venons-nous ? Où allons-nous ? telles sont les questions que nous nous essaierons à résoudre.

LIVRE PREMIER

Qu'est-ce que le Mariage ?

« Une réglementation des rapports des sexes, qui s'étend non seulement aux instincts physiques que ce commerce met en jeu, mais encore aux sentiments de toute sorte que la civilisation a peu à peu greffés sur la base des appétits matériels », dit Durkheim (1).

C'est « la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée », selon la définition de Portalis.

Et c'est, disaient les Romains, « *conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* » (Dig., Modestin), ou encore : « *Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitae continens* » (Institutes de Justinien).

Ces quatre définitions, données à deux mille ans

(1) Cité par A. Valensi, *L'application de la loi du divorce en France*.

de distance, — les deux dernières chez le peuple antique qui porta au plus haut degré la science juridique et qui la fit rayonner avec intensité à travers le monde ; les deux premières chez la nation où est éclos ce Code qui devait, malgré son esprit fréquemment rétrograde, en fixant le droit coutumier français et en le fondant harmonieusement avec le vieux droit romain conservé par nos pays de droit écrit, rénover l'esprit juridique dans le monde moderne, — ces quatre définitions donnent-elles fidèlement la notion du mariage tel qu'il fut toujours compris dans l'espèce humaine ?

Ou autrement dit, le type de « la famille européenne moderne, basée sur la procréation monogame, où l'enfant né de la femme mariée est réputé issu des œuvres du mari et est pareillement rattaché aux parents de sa mère et aux parents de son père » (1), est-il le paradigme des coutumes qui ont réglé les relations de l'homme et de la femme depuis leur origine, ou plutôt depuis la lointaine époque jusqu'à laquelle a pu pénétrer l'esprit scrutateur des historiens ?

La réponse est résolument négative. La famille moderne a été précédée de « la famille patriarcale, basée sur la puissance paternelle, où l'enfant est le

(1) Paul-Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, livre II, chap. III.

parent des parents de son père et ne l'est pas de ceux de sa mère, où il y a une parenté en ligne masculine et point de parenté en ligne féminine » (1), et de celle, qui a priori semble encore plus archaïque, où « la paternité est ignorée par le droit, non-seulement lorsque l'instabilité des rapports des sexes empêche matériellement de la connaître, mais quand elle est en fait considérée comme notoire ; où l'enfant n'est lié qu'à sa mère et à la famille de sa mère ; où la parenté n'est reconnue qu'en ligne féminine et où le plus proche parent mâle de l'enfant est le frère de sa mère » (1).

D'éminents écrivains ont soutenu que ces formes de la famille ont été précédées par une forme plus rudimentaire encore, dans laquelle, les hommes vivant à l'état de nature, « le fait matériel et patent de la maternité est lui-même négligé, où les liens de famille ne se déterminent que par l'âge et où l'enfant est considéré comme le fils de tous les hommes et de toutes les femmes d'un groupe » (1), ou autrement dit, par un régime de promiscuité générale.

Partant de cette lointaine époque qui fut aux origines de notre humanité, nous nous efforcerons d'apercevoir l'évolution des mœurs dans la gigantesque marche des peuples à travers les siècles. Notre ambi-

(1) Girard, *op. cit.*

tion se bornera d'ailleurs à effleurer le « *jus matrimonii* » chez les grandes races qui divisèrent le monde, dans le seul but de fixer certains résultats connus, et de former ainsi une sorte de travail statistique, qui nous fournira une base solide pour notre discussion et nous donnera le sens de l'évolution des rapports sexuels. Nous pourrons également, de cette brève étude, tirer des déductions empiriques qui ne seront pas indifférentes pour asseoir notre critique des théories nouvelles.

Notre conclusion tentera de déduire l'avenir du passé et du présent, et de prévoir la solution nécessaire et logique de la question, celle qui s'imposera sans doute au législateur de l'avenir, comme étant l'émanation de la Justice et de la Raison.

CHAPITRE PREMIER

L'organisation de la société primitive.

Deux théories se sont fait jour sur cette très captivante question de l'organisation des sociétés primitives : la théorie patriarcale et la théorie des hordes. Il nous suffira d'exposer brièvement ces deux systèmes.

La théorie patriarcale de la société est, dit Sumner-Maine, la théorie de son origine en familles séparées, dont les membres restent unis par l'autorité et la protection de l'ascendant mâle valide le plus âgé. Platon (*Lois*, III, 680) et surtout Aristote (*Politique*, I, 2) les premiers formulèrent cette opinion. Ainsi que le constate Sumner-Maine, il est particulièrement intéressant de remarquer que l'un et l'autre se trouvant beaucoup plus voisins de l'âge barbare des races supérieures, les observations qu'ils relatent sont très concluantes.

Dans cet état de la société, « le mâle le plus fort et le plus sage gouverne. *Il garde jalousement sa*

femme ou ses femmes. Tous ceux sur qui s'étend sa protection sont sur un pied d'égalité. L'enfant étranger qu'elle couvre de son ombre, l'étranger que les circonstances amènent sous cette ombre pour servir, ne se distinguent pas de l'enfant né à son abri... Qui-conque s'en échappe, femme, enfant, esclave, voit s'arrêter toutes ses relations avec le groupe... Telle est, pour emprunter l'expression énergique de sir George Cox, la famille de la bête fauve dans son antre » (1).

La théorie des hordes comporte, semble-t-il, une définition moins précise que la précédente, ou du moins paraît moins spécifiquement établie dans l'esprit de ceux qui la définirent. La plus claire est sans doute celle de Sumner-Maine : «... On peut établir, je pense, que ces agglomérations sont regardées comme des compagnies d'hommes et de femmes où les relations sexuelles, d'abord complètement déréglées, passent ensuite par divers degrés de limites ou restrictions jusqu'à ce qu'on ait atteint la famille patriarcale ou autre. L'ordre social actuel serait ainsi le résultat d'une promiscuité modifiée ». Des deux principaux créateurs de cette théorie, MM. Mac Lennan et Morgan, le premier accorde une importance particulière au « *totemisme* » (origine de l'idée

(1) Sir H. Sumner-Maine, *L'ancien droit et la coutume primitive*.

de parenté dans les marques que font sur leur corps les sauvages), à l'infanticide des filles, au rapt des femmes, à la polyandrie (plusieurs hommes pour une même femme), au levirat enfin, dont il sera reparlé plus loin ; — le second au mariage consanguin, au mariage punaluan (union d'un groupe de frères avec un groupe de sœurs), et aux relations classificatoires (confusion qui place au même degré et sous le même nom de parenté tous les membres de la tribu appartenant à la même génération) (1).

Quoi qu'il en soit d'ailleurs de leurs divergences de détail, l'un et l'autre considèrent la promiscuité comme le début de la société humaine, celle-ci étant partie de la horde et s'étant élevée graduellement jusqu'au niveau de la famille.

Darwin (2) et M. Sumner-Maine ont adopté la théorie patriarcale. Le grand argument en faveur de ce système, en dehors des déductions tirées des observations faites sur les peuples sauvages actuels, est la « *jalousie sexuelle* », passion que l'homme partage avec tous les animaux supérieurs et qui croît à mesure que l'animal s'élève dans l'échelle des êtres. L'amour de la progéniture (3), commun même à beaucoup d'animaux inférieurs, milite également en

(1) Voir Sumner-Maine, *loc. cit.*

(2) *Descendance de l'homme*, trad. Carl Vogt, Paris, Reinwald, 1872, t. II, p. 380.

(3) Darwin, *ibid*, p. 386.

faveur de cette opinion. Enfin Sumner-Maine a trouvé dans le droit hindou, le droit romain, le droit slave, le droit grec et l'ancien droit des races teuto-niques, des traces plus ou moins claires de l'organi-sation patriarcale primitive.

« Nos primitifs ancêtres errèrent dans les forêts par petits groupes composés chacun du père, du mâle plutôt, de sa ou de ses femmes, des jeunes ; le tout formant une association temporaire sous l'auto-rité paternelle », dit aussi le docteur Letourneau, le savant sociologue (1).

« Dans les sociétés des animaux qui se rappro-chent le plus de notre espèce, écrit enfin le Docteur Le Bon (2), nous voyons l'animal, monogame ou polygame, toujours jaloux de ses prérogatives sexu-elles, les défendre avec énergie pendant le temps plus ou moins long que dure son union, c'est-à-dire au moins pendant la période nécessaire pour élever ses petits. »

La jalousie sexuelle serait donc le principal pilier de la théorie patriarcale. Elle-même repose sur la puissance de l'homme fort, sans laquelle elle ne sau-rait être sanctionnée (3).

(1) *La sociologie d'après l'ethnographie*, Paris, Reinwald, 1880, p. 379.

(2) *L'homme et les sociétés*, Paris, Rothschild, 1881, t. II, p. 289.

(3) « Il est bien difficile qu'un hétéaïsme complet ait pu jamais

La théorie des hordes ou de la promiscuité est peut-être plus séduisante, parce qu'elle *paraît* plus primitive, plus sauvage, plus animale. Et cependant la plupart des sociologues la rejettent.

Indépendamment de ceux déjà cités, Westermarck, dans son remarquable ouvrage : « *Origine du mariage dans l'espèce humaine* » (1), fournit un solide matériel de preuves en faveur de la théorie patriarcale.

Il fait tout d'abord remarquer que la plupart des exemples cités par les voyageurs en faveur de la théorie de la promiscuité ne sont pas probants. Il démontre qu'il s'agit tantôt de polyandrie ou de polygamie, tantôt de punaluan (mariage d'un groupe de frères avec un groupe de sœurs), mais ce sont encore là des mariages. Westermarck cite une longue nomenclature de tribus primitives de toutes les parties du monde, que les voyageurs ont désignées comme vivant en état de promiscuité. Pour toutes, si l'on va

dominer. Là même où l'incessante variabilité des unions entre les sexes ne serait pas empêchée par les mœurs ou les lois, — dit encore le D^r Harald Höffding (*Essai sur les principes théoriques et leur application aux circonstances particulières de la vie*), — les préférences individuelles, aussi bien que l'amour de la possession et de la domination, auraient pour résultat de rendre les liaisons autres que purement momentanées... » — V. Spencer, *Principes de sociologie*, trad. de Cazelles et Gerschel, t. II, p. 253 et ss.

(1) Trad. Henry de Varigny, 1895, Alcan, éditeur.

au fond des choses, on reconnaît que la promiscuité n'est que superficielle : le relâchement du lien conjugal, la prostitution ou la polyandrie masquent un mariage *large sensu*, qui n'en est pas moins un mariage. Mais pour la grande majorité des peuples sauvages, il y a un mariage bien établi, plus souvent monogame, quelquefois polygame, et beaucoup plus étroit que le précédent.

Nous verrons plus loin cependant qu'il a pu y avoir certains peuples chez lesquels, soit momentanément, soit même dès l'origine, sous l'influence de circonstances diverses, la promiscuité a régné plus ou moins sans partage. Il semble bien qu'il en ait été ainsi parmi quelques peuplades, notamment chez les Massagètes (rives de la Mer Caspienne), les Auséens (Lybie), les Garamantiens (Ethiopie), etc., que les anciens nous représentaient comme vivant dans cet état anormal. Ce qui est le plus extraordinaire d'ailleurs, c'est que les mœurs les plus relâchées se trouvent, à quelques exceptions près, non pas chez les peuples les plus primitifs, mais chez ceux qui ont déjà atteint quelque degré de civilisation, et surtout chez ceux qui ont eu des rapports suffisamment fréquents avec les civilisés.

Les Veddahs, race très inférieure, sont monogames et professent que « la mort seule sépare le mari

de la femme » (1). Chez les Australiens, autre race inférieure, M. Brough Smyth assure que « si les mariages des aborigènes ne sont célébrés par aucun rite... on ne doit pas supposer que, en règle générale, il y ait de la promiscuité dans leur commerce. Si un homme a une bonne femme, il la garde comme un trésor précieux tant qu'elle peut l'aider, satisfaire ses besoins, et augmenter son bonheur. Aucun autre ne doit la regarder avec affection... La promiscuité est en horreur à beaucoup d'entre eux » (2).

D'autre part, il faut remarquer que si certaines races de sauvages sont fort immorales, et d'une immoralité bestiale (Hippocrate, cité par Malte-Brun, *Géogr. Univ.*, p. 58, nous raconte que les Mosyncees accomplissaient en public les actes les plus secrets de la vie ; il ajoute, il est vrai, que ces sauvages se nourrissaient de glands), il y en a d'autres, tout aussi barbares, qui sont remarquablement vertueuses, et celles-ci sont en nombre fort important. Westermarck en cite une quantité : la femme cafre est chaste et modeste ; chez les peuples du Loango un jeune homme n'ose parler à une jeune fille qu'en la présence de sa mère ; chez les Africains de l'Equateur, la fille séduite est chassée de son clan, le séducteur frappé de verges ; au Dahomey, le séducteur

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) Cité par Westermarck.

doit épouser la fille et payer une amende au père ou au maître ; il doit également payer une amende en Tessaua et chez les Beni-Mzab ; chez les Beni-Amer les femmes non mariées sont très réservées, au contraire des femmes mariées ; chez les Kabyles, l'enfant naturel est tué ainsi que sa mère ; chez les Turcs de l'Asie centrale, chez les Kalmoucks, chez les Bohémiens, les mœurs ne tolèrent pas la séduction ; les Let-htas de Birmanie séparent la jeunesse des deux sexes ; chez les Nias (Archipel Indien), la jeune fille enceinte est mise à mort ainsi que son séducteur, etc... Sumner-Maine cite encore les Andamènes (habitants des îles Andaman), dont les femmes sont modestes, fidèles à leurs époux, et chez lesquels le mariage est une institution parfaitement définie. La paternité y est pleinement reconnue. Les célibataires des deux sexes sont séparés, etc. (1). On pourrait multiplier les exemples de la vertu obligatoire des jeunes filles et des femmes mariées chez les sauvages. Les femmes d'Uea, aux Iles Loyalty, sont, dit

(1) Sumner-Maine, *loc. cit.* Il convient ici de remarquer que des voyageurs avaient prétendu que les Andamènes vivaient dans un état de sauvagerie complète, comme de véritables animaux, et à l'état de promiscuité absolue. Un fonctionnaire anglo-indien, M. E.-H. Man, cité par Sumner-Maine, a remis les choses au point. Ceci montre qu'il ne faut accepter que sous bénéfice d'inventaire les récits des voyageurs, qui se laissent souvent tromper par l'apparence et ne peuvent observer les mœurs que superficiellement.

Erskine, « strictement chastes avant le mariage, et fidèles épouses, après » (1). Chez les indigènes Australiens, les célibataires ne peuvent même converser avec les filles ou femmes mariées. Dans les tribus de l'Ouest de Victoria, les mœurs sont aussi extrêmement sévères.

En Amérique, il en est de même, en général, tout au moins en ce qui concerne les jeunes filles. Chez les Indiens du Nord, entre autres, Hearne (1) constate que la surveillance et la discipline qui leur sont imposées ne sauraient être dépassées dans un pensionnat anglais. De même encore chez les Nez-Perçés et les Apaches, etc...

Il nous faut ajouter en revanche que chez bon nombre de peuples sauvages, les jeunes filles, au contraire, ne sont plus vierges quand elles se marient ; chez certains, la jeune fille suspend à son cou les présents de chacun de ses amants, et plus elle a de ces trophées, plus elle est recherchée en mariage, car cela mesure son pouvoir de séduction ; il en est ainsi, par exemple, chez certains habitants du Thibet.

Quoi qu'il en soit, tous les voyageurs, avons-nous dit, ont constaté que c'est chez les peuplades qui furent le plus en contact avec la civilisation que les mœurs se sont le plus relâchées. Et ils citent à l'ap-

(1) Cité par Westermarck.

pui des exemples probants. Le Docteur Nansen a trouvé les femmes Esquimaudes des plus grandes colonies bien plus libres de mœurs que celles des lieux où il ne vient pas d'Européens. Dans la Colombie anglaise et l'île de Vancouver, l'adultère était autrefois puni de mort dans les tribus de l'intérieur. D'autres peuples encore ont vu leur moralité diminuer depuis le contact des civilisés (Yokuts de Californie, habitants des îles de la Reine Charlotte, Patagoniens, Indiens, habitants des îles Hawaii, de Tahiti, de l'Australie méridionale, etc..., etc...). Il en est de même chez les Finnois, les Turco-Tartares, etc... (1).

Parmi les sauvages de l'Inde et de l'Indo-Chine, la liberté laissée aux célibataires est fort grande, et cependant la promiscuité ne règne pas davantage. Les Toungha « ont horreur de la prostitution, dit le capitaine Lewin, et font, à bon droit, une grande distinction entre une femme se prostituant habituellement pour gagner sa vie, et le commerce mutuel entre deux individus de sexe différent, qui finit, généralement, par leur mariage » (2). Il en est de même chez maintes autres peuplades.

« Et en Ecosse, autrefois, aux foires publiques, dit le Reverend Ch Rogers (2), les hommes choisissaient des compagnes pour cohabiter pendant une année.

(1) Westermarck.

(2) Cité par Westermarck.

A l'expiration de cette période, les deux parties contractantes étaient considérées comme libres ; elles pouvaient ou s'unir en mariage, ou se séparer. »

Il existe bien chez certaines races l'habitude d'offrir sa femme à son hôte, mais c'est là, ainsi que le constate Westermarck, une conception primitive et sauvage de la politesse et de l'hospitalité, et non comme le prétend sir John Lubbock, une survivance de ce qu'il appelle « *le mariage communal* », ou communauté des femmes à tous les hommes du village, qui aurait existé à l'origine (1).

Offrir « bon souper, bon gîte et le reste » semble au sauvage un devoir. Et la preuve en est qu'en certains pays, à Madagascar par exemple, et chez les Toungouses, l'hôte offre ou sa fille ou sa servante, mais jamais sa femme. Chez les peuples qui offrent leur propre femme, cet acte est considéré comme la plus grande marque d'honneur qui puisse être donnée à un hôte (2).

(1) Le mariage communal est aussi combattu par Sumner-Maine, *op. cit.*

(2) Il semble toutefois un peu exagéré de considérer comme une marque de politesse l'habitude des Nasamons (Afrique) (Hérodote, cité par Malte-Brun, *op. cit.*, liv. I, p. 46), et de trois ou quatre autres peuplades (V. Westermarck, p. 72), de prostituer les nouvelles mariées à tous les convives de la noce. C'est là une politesse véritablement excessive. Il semblerait bien qu'il s'agit là en effet d'une survivance du mariage communal, d'une expiation du mariage individuel. Mais Westermarck rattache ces coutumes au culte phallique, pratiqué entre autres par les Hin-

A propos de cette curieuse coutume, nous ne pouvons résister au plaisir de citer cette savoureuse relation de voyage du grand navigateur vénitien Marco Polo, en parlant des habitants de la province orientale du Turkestan chinois, appelée Khamil ou Hami. En ce temps, ils étaient idolâtres ; ils sont aujourd'hui mahométans. Voici comment s'exprime Marco Polo, à la fin du XIII^e siècle :

« Il sunf homes de grant seullas, car il ne entendent à autre couse for che a soner estromens et à chantere et à baller, et à prendre grand délit à lor cors. Et voz di que se un forester li vient à sa maison por hebergier, il en est trop liés. Il comande à sa feme qu'elle face tout ce que le forester vult, et il se part de sa maison et vait à fer sez fait et demore, deus jor ou trois, et le forester demore avec sa feme en la maison et fait à la volonté et jue con elle en un lit ousi conce elle fusse sa feme et demorent en gran seullas. Et tuit celz de ceste cite et porvence sunt ainsi de lor feme, mès je voz di qu'il ne le se tienent à vergogne. Et les femes sunt beles et gaudent et de soulas. On avint que au tens que Mongu Chan sire de Tartarz

dous : dans les vallées du Gange, par exemple, les vierges étaient forcées, avant le mariage, de s'offrir dans les temples dédiés à Juggernaut. En Arménie, les filles de bonne famille étaient consacrées à Anaïtis, divinité phallique, et devaient s'offrir aux adorateurs de la déesse, sans distinction (Strabon, cité par Westermarck) ; coutumes à peu près analogues à Chypre et en Babylonie (Hérodote). — Westermarck fait observer, après M. Mac Lennan, que s'il s'agissait d'une survivance du mariage communal que suppose Sir John Lubbock, le privilège serait accordé aux hommes du groupe du marié seulement. Or il est octroyé même à des hommes ne faisant pas partie de ce groupe.

regnoit, adonc li fu denunsiés comant cels de Camul fa-
soient ensi avoutrer lors femes as forestier, e cel Mongu
mande elz comandant sont grand poine que il ne deusent
hebergier les forestiers. Et quant cel de Camul ont eu
cest conmandement, il en furent mout dolés, et adonc
furent à consoil, et consiolent et font ce que je voz dirai :
car il pristrent un grand present et l'aportent à Mongu,
et le prient que il le laisase fere les usanse de lor femes,
que lor ancesteté avoient elz laissés, et li dient come lor
ancesteté avoient dit que por le plaisir qu'il as forestiers
de lor femes et de lor cosses qe lor ydres (idoles) l'avoient
à grand bien et que lor blée et lor labor de terre en mol-
teplio asez. Et quant Mongu Chan entendit ce, il dit puis
que vos volés vostre honte et voz laies, et adonc consent
qu'ils faichent lor volonté, et vos di que toutes foies ont-
ils manténée celle uzanse, et mantinent encore » (Marco-
Polo, chap. LIX, cit. par Malte-Brun et Cortambert,
Géographie Universelle, tome III, p. 188).

Quant à la coutume de laisser sa femme passer la
nuit de nocés avec le roi, le chef ou un prêtre, qui
existe chez maints peuples sauvages ou même relati-
vement civilisés, certains y veulent voir une survi-
vance de l'état primitif de promiscuité qu'ils suppo-
sent. Westermarck considère ce « *jus primæ noctis* »
comme une conséquence de la force, un droit extor-
qué par le plus fort, ou une marque d'estime, un hon-
neur fait au privilégié. Le roi ou le chef a le droit
de vie et de mort, celui de réduire en esclavage un de
ses sujets, il peut même lui prendre sa femme (D^r

Holub, *Sur les Maritse*) (1). Au Dahomey le roi peut retenir toute jeune fille à sa convenance, il en est de même chez d'autres peuples. En Perse, ce qui était touché par le roi restait immaculé, disait-on, et pouvait entrer dans tous les harems de ses sujets (1).

Westermarck cite ce fait de seigneurs russes d'autrefois parcourant leurs terres et abusant des jeunes filles qui leur plaisaient, dans chacun de leurs villages, chaque année. Tout le monde sait que certains écrivains assurent que le droit de jambage existait autrefois en France ; d'autres le nient (2). Il exista certainement en Ecosse, car Malcom l'abolit et le convertit en une rétribution pécuniaire (*Encycl. de 1765, v° Mariage*).

Partout, il y a donc abus de la force, ou privilège qui dérive plus ou moins directement de celle-ci. Quant au « *jus primæ noctis* » accordé aux prêtres

(1) Westermarck.

(2) A la vérité, quelques seigneurs se l'étaient arrogé illégalement (V. *Encyclop. de 1765, v° mariage*). Il en fut de même de certains abbés. — S'il faut en croire le journal l'*Opinion*, ce droit existe encore aujourd'hui au Canada, au moins à titre symbolique. Voici, selon ce journal, comment on procède : « Le seigneur ayant la mariée à son bras, s'avance, après le repas, au milieu d'une double haie de parents, vers la couche nuptiale. Il embrasse alors la mariée et applique simplement son genou sur le lit, comme pour y laisser son empreinte. Cela suffit et l'honneur est sauf. Et les époux, ainsi que toute la famille, remercient le seigneur qu'ils reconduisent en cortège jusqu'à son château... On ne peut être plus spirituellement traditionnel. »

dans certaines régions, c'est là pure affaire religieuse, superstition ou pensée de sanctification.

Mais l'argument le plus sérieux contre la théorie patriarcale semble être l'importance fort grande, et parfois exclusive, accordée chez certains peuples à la parenté en ligne féminine, par exemple en ce qui concerne la transmission de l'héritage chez un grand nombre d'aborigènes d'Afrique, selon MM. de Froberville et d'Eichthal (1).

Des longs développements que consacre Westermarck à cette discussion, il suffira d'extraire quelques remarques typiques. « Quand bien même on prouverait, ce qui est douteux, — dit-il, — que dans le passé a prévalu un système de parenté par les femmes seules, chez tous ces peuples dont les enfants prennent le nom de la mère et sont considérés comme appartenant à son clan, bien que la succession soit masculine, il nous resterait encore à expliquer le fait qu'un grand nombre de peuples n'offrent aucune trace d'un tel système. Et parmi eux se trouvent beaucoup des races les plus grossières du monde, les indigènes du Brésil, les Fuégiens, les Hottentots, les Bushmen, et plusieurs tribus très inférieures de l'Australie et de l'Inde. La supposition que la parenté par les femmes a partout précédé la parenté masculine ne

(1) Cit. par Malte-Brun, *loc. cit.*

serait donc autorisée qu'à la condition que la cause ou les causes auxquelles est dû le système maternel pourraient être reconnues comme ayant opéré d'une manière universelle dans la vie passée de l'humanité. »

« Il peut d'ailleurs y avoir plusieurs raisons pour nommer les enfants du nom de la mère plutôt que de celui du père. Non seulement c'est elle qui leur donne naissance, mais on la voit pendant des années les porter à son sein. En outre, dans les cas de séparation, fréquents aux étapes primitives de la civilisation, les petits enfants suivent toujours la mère, et même quelquefois les enfants plus âgés font de même. N'est-il pas naturel, donc, qu'ils conservent le nom de la mère plutôt que celui du père qu'ils connaissent à peine ? » Et Westermarck cite de nombreux exemples des causes de ce fait que l'enfant prend le nom de la mère au lieu de celui du père chez certaines tribus.

Certaines de ces causes sont raisonnables (idée fort relâchée du mariage chez les Khasias des Indes, une des quelques tribus de cette région où domine la descendance féminine ; le divorce et l'échange des femmes y étant très communs, le fils oublie le nom et la personne de son père avant de devenir un homme), mais certaines autres sont au moins bizarres ; les Naudowessies, selon Carver, croyaient que

les enfants devaient leur âme à leur père et leur corps physique à leur mère, d'où la coutume paraissant plus logique de donner aux enfants le nom de cette dernière.

Dans quelques tribus, d'autre part, ce même fait s'explique par cet usage que c'était le mari qui entrait dans le clan de sa femme et non la femme dans celui de son mari.

Enfin il résulte de nombreux exemples cités par Westermarck, que l'importance quelquefois exclusive accordée à la parenté en ligne féminine ne prouve pas qu'on ignore la parenté en ligne masculine (1). Spencer fait la même remarque. Et l'on cite comme exemple analogique le fait qu'à Rome, primitivement, la parenté purement agnatique aboutissait, entre autres anomalies, à l'absence de tout lien légal entre les enfants de la même mère et de pères différents. Cela ne suppose aucunement l'inconscience de la maternité. Il n'y a pas plus de raison pour supposer qu'une

(1) Les indigènes des îles de la Mélanésie, par exemple, comptent la descendance par la mère. Pourtant « on ne perd jamais de vue la parenté avec le père et ses parents proches », et elle est un obstacle au mariage, bien que légalement elle n'existe pas (Westermarck, *loc. cit.*). D'autre part voici un autre fait rapporté par Malte-Brun, *loc. cit.*, t. V, p. 147, et qui vient également à l'appui de cette assertion : chez les Sérères (Afrique, Sénégal), à la mort du roi « son frère de mère lui succède ; s'il n'y a pas de frère, c'est le fils de sa sœur » ; et cependant le fils hérite des biens de son père, mais non de son autorité.

véritable inconscience de la paternité fût associée avec le système de la parenté par les femmes seules parmi les sauvages.

La prédominance de la ligne féminine ne présupposerait pas une promiscuité générale, ajoute enfin Westermarck, même si en quelques cas elle dépendait de l'incertitude quant aux pères. La séparation du mari et de la femme, l'adultère du côté de la femme et l'habitude de prêter sa femme aux visiteurs, que nous avons déjà rencontrée et qui est fréquente parmi beaucoup de nations sauvages, en seraient la cause. Les Bakongo, qui ne comptent leur descendance que par la mère et affirment que l'incertitude de la paternité en est la cause, ont cependant horreur de l'idée de promiscuité.

Nous avons vu d'ailleurs précédemment que chez la plupart des peuples, c'est la parenté masculine qui domine et que le contraire n'est qu'une exception (1).

En résumé, l'examen des mœurs des peuplades sauvages n'apporte aucun appui à la théorie de la promiscuité, bien au contraire. Pas une des coutumes alléguées comme étant des restes d'un ancien état de cohabitation des sexes ne présuppose nécessairement l'existence précédente de cet état : elles ne justifient pas la supposition que la promiscuité ait

(1) Voir le matériel de preuves et de longs développements dans Westermarck, *loc. cit.*

jamais été la forme dominante des relations sexuelles chez un seul peuple, encore moins qu'elle ait été une étape générale dans le développement social de l'homme, ni surtout que cette étape ait été le point de départ de toute l'histoire de l'humanité (1).

Mais de solides arguments viennent encore à l'encontre de cette théorie. Nous avons déjà parlé de la jalousie sexuelle, sentiment si puissant chez l'homme et même chez les animaux supérieurs. Il y en a un autre encore : la difficulté de trouver des aliments; cette difficulté détermine beaucoup d'animaux à vivre isolés, ou bien, comme les quadrumanes, en familles aux membres extrêmement peu nombreux.

Elle a dû obliger les premiers hommes à vivre dans les mêmes conditions. Et ce n'est pas seulement chez les hommes primitifs qu'il en dut être ainsi. Aujourd'hui même, des peuplades sauvages vivent en familles séparées plutôt qu'en tribus. Tels sont les Veddahs, qui vont par couples, les Fuégiens (habitants de la Terre de Feu), qui ne connaissent que la famille comme organisation sociale et n'ont même pas de chefs, les Australiens Occidentaux, vivant à la manière patriarcale, les Bushmen ou Boschimans, assez semblables aux Fuégiens, les différentes peuplades aborigènes du Brésil, les Togiagamutes (tri-

(1) Westermarck.

bu d'Esquimaux), les anciens Finnois, les Indiens-Serpents, etc...

Moins il y a de personnes, plus l'approvisionnement est facile. C'est ce que constate Westermarck, après Darwin, qui ajoute que « le lien unissant le mari et la femme, les parents et les enfants fut, si ce n'est le seul, du moins le principal facteur dans la vie primitive de l'homme ». On ne peut donc pas dire que la famille soit dérivée de la tribu ; c'est au contraire la famille qui a diminué d'importance et la tribu qui en a augmenté.

Si l'on cherche des preuves à l'appui de cette assertion, il est facile d'en trouver non seulement chez les hommes, mais chez les animaux. On peut déduire de ces preuves l'antiquité du mariage et son origine pour ainsi dire « naturelle ».

La plupart des oiseaux, constate Westermarck, excepté ceux qui appartiennent à la famille des Gallinacés, s'unissent pour *toute la durée* de leur vie. Ce qui a fait dire au Docteur Brehm, dans un moment d'enthousiasme, que « le vrai mariage ne se trouve que chez les oiseaux » (1). Chez l'autruche, par exception, c'est le mâle qui couve les œufs et élève les petits.

Chez la plupart des mammifères, la mère s'occupe

(1) Westermarck, *loc. cit.*

seule des jeunes. Cependant encore, chez certaines espèces, les sexes restent unis après la naissance de ceux-ci, et le mâle demeure le protecteur de la famille.

Mais ce qui est une exception parmi les mammifères est une règle chez les quadrumanes. Les Orangs-Outangs, notamment, vivent en famille : le mâle, la femelle et un ou même plusieurs petits. Le père leur donne des soins. Les vieux mâles errent plutôt solitaires. Il en est de même chez les Gorilles, où le mâle défend soigneusement sa ou ses femelles et leurs petits, et chez les Chimpanzés. Chez ces différentes espèces de singes, le mâle construit un nid dans un arbre pour la femelle et les petits, et passe la nuit au pied de celui-ci pour les défendre contre toute agression (1).

On rencontre exactement les mêmes faits chez les peuples sauvages et barbares, parmi lesquels les rapports entre les sexes ont aussi un caractère plus ou moins durable.

La famille, — monogame, polygame ou polyandre, — est donc une institution universelle.

A la vérité, le père ne se préoccupe guère du bien-être de sa femme et de ses enfants, mais, sauf de très rares exceptions, il les protège et les nourrit, et

(1) Westermarck.

construit l'habitation. Il serait d'ailleurs curieux que, ce que font les bêtes, les hommes ne le fissent pas.

Westermarck apporte entre autres les témoignages suivants : chez les insulaires de Tonga, « une femme mariée est celle qui cohabite avec un homme, et vit sous son toit et sous sa protection, » dit O. Martin. A Samoa, selon M. Pritchard, quelque relation qu'il y ait entre les sexes, une femme ne devient l'épouse d'un homme que lorsque celui-ci la reçoit dans sa propre maison. A Radack, nous apprend Chamisso, les enfants naturels eux-mêmes sont reçus par le père dans la maison, dès qu'ils peuvent marcher.

Certains Africains et les Guaranis (Amérique du Sud) ne vont ni à la guerre ni à la chasse aux bêtes féroces lorsque leur femme est enceinte ou quand ils ont un jeune enfant, afin de ne pas risquer leur vie. Chez les Touareg, l'homme qui abandonne sa femme est blâmé, car il avait contracté l'obligation de l'entretenir. Chez les Cannibales de la Nouvelle-Bretagne, les Maoris, les indigènes de Ceylan, les habitants des Maldives, les Nagas, les Nairs, les habitants du Sud-est de Bornéo, et chez une infinité d'autres peuples, le mari doit entretenir sa femme, — ou ses femmes quand sa tribu est polygame, à telle enseigne qu'un homme ne doit pas épouser plus de femmes qu'il n'en peut entretenir. Une femme de

l'Empire Birman peut demander le divorce quand son mari n'a pas les moyens de l'entretenir convenablement.

Chez les Mahométans, l'entretien des enfants retombe si exclusivement sur le père que la mère a le droit de réclamer des gages pour les soins qu'elle leur donne.

A Rome enfin, la « *manus* » était non-seulement une puissance, mais encore un devoir de protection du mari à l'égard de ceux qui y étaient soumis, notamment de sa femme « *in manu*. »

Chez une infinité de peuples, un homme ne peut d'ailleurs se marier qu'après avoir fourni des preuves déterminées de sa force physique et de son adresse, montrant ainsi qu'il est à même de protéger sa femme et de la nourrir. Chez certains, la femme répudiée elle-même a le droit d'exiger d'être entretenue par le mari. Et ce devoir qui incombe au mari chez la plupart des peuples barbares, retombe sur ses héritiers à son décès. Le « *levirat* » ou *nijoga* » n'est qu'une forme de ce devoir (1). Nous le retrouverons plus loin.

En résumé, bien loin que les premiers hommes aient vécu à l'état de promiscuité, il semble qu'au contraire la famille ait été au début la seule organisa-

(1) Westermarck, *op. cit.*

tion sociale, plus ou moins embryonnaire toutefois. Cependant, comme le remarque Sumner-Maine (1), cet état patriarcal fut plus ou moins affecté, modifié ou même inexistant dès l'origine, chez certains peuples, sous l'influence de circonstances fort diverses : supériorité numérique des femmes par rapport aux hommes, dont ont souffert quelques branches de la race humaine, disproportion due à des causes plus ou moins obscures et plus ou moins temporaires (infanticide des filles, guerres, etc...) (2) ; et ces circonstances donnèrent naissance à des institutions fort opposées au régime patriarcal basé sur la jalousie sexuelle : reconnaissance de la filiation par les femmes seulement (3), totemisme, rapt des femmes, poly-

(1) *L'ancien droit et la coutume primitive*, chap. VII.

(2) Il faudrait d'ailleurs se garder de croire que les institutions de tous les peuples ont été fondues dans un même moule, et se sont ensuite diversifiées. Parmi les circonstances dont il est parlé au texte, on peut citer le fait suivant : les anciens Scénites, nomades, féroces et pillards (Arabie, 1^{er} siècle de l'ère chrétienne), ne contractaient que des mariages temporaires afin de ne pas entraver leur marche perpétuelle. La femme apportait en dot une tente et une lance (Malte-Brun, *Géogr. univ.*). Mais il y avait bien là un véritable mariage.

(3) « Je ne nie pas naturellement, dit dans le même sens Westermarck (*loc. cit.*), que le lien unissant les enfants à la mère n'ait été beaucoup plus intime et plus durable que celui qui les liait au père ; mais il me semble que le seul résultat auquel puisse nous conduire une investigation critique des faits est que, selon toute probabilité, il n'y a pas eu de phase de développement humain où le mariage n'ait pas existé, et que le père a toujours été, en règle générale, le protecteur de la famille ».

andrie (pluralité de maris sanctionnée par l'opinion); levirat, commun aux Hébreux et aux Hindous (curieuse institution en vertu de laquelle un homme suscite des enfants à la femme de son frère mort, et que nous retrouverons à propos de ces deux peuples); punaluan (mariage d'un groupe de frères avec un groupe de sœurs), etc...

Il semble donc que la promiscuité a été plus ou moins particulière à certaines peuplades, et plus ou moins prolongée (1), mais que l'homme primitif vécut à l'état patriarcal.

Darwin apporte sa haute autorité à cette hypothèse : « L'homme primitif a dû originellement vivre en petites communautés, chaque mâle ayant autant de femmes qu'il en pouvait entretenir ou se pro-

(1) Il convient toutefois de remarquer que la promiscuité se trouve à l'état accidentel chez certains peuples, et cela de façon périodique : chez les Hos, tribu indienne des montagnes, un concubinage général précède une certaine époque de l'année, pendant laquelle il n'y a plus de différence entre maîtres et serviteurs, entre parents, même en ligne directe, entre femmes et jeunes filles; chez les Santals, on trouve aussi ces saturnales, mais n'y prennent part que les candidats au mariage, après quoi on admet que chaque jeune fille a trouvé un mari (Westermarck, citant le Colonel Dalton). — On trouve des coutumes analogues chez beaucoup de tribus sauvages (certains Cafres, Hottentots, etc.). Les Hindous, comme les anciens Aryens qui habitaient autrefois les plaines du Nord, ont aussi leurs saturnales. Mais nous avons déjà indiqué qu'il convenait de rattacher ces usages au culte phallique.

curer, et qu'il a dû, par jalousie, défendre contre tout autre homme » (1).

Et Sumner-Maine suppose que pour chaque enfant il y a bien toujours eu un auteur mâle déterminé, mais que les habitudes dominantes, — l'état rudimentaire des conceptions abstraites, — empêchaient son identification *dans l'esprit*, et que la paternité ne s'individualisa que peu à peu intellectuellement.

Ainsi donc l'exactitude de la théorie de la promiscuité ou des hordes est fort improbable. Et nous voyons chez la très grande majorité des peuples barbares, — les exemples déjà cités en font foi, — un mariage plus ou moins stable, plus ou moins étroit, mais qui n'en existe pas moins.

Aussi Westermarck définit-il le mariage «... une union, plus ou moins durable, entre le mâle et la femelle, union qui dure au delà de l'acte de reproduction et de la naissance de la progéniture. Définition assez large pour comprendre toutes celles données jusqu'ici, et assez limitée pour exclure les liaisons éphémères que l'on ne saurait honorer du nom de mariage. »

Cette définition, ajoute Westermarck, implique la vie en commun, telle que la décrit le proverbe du moyen âge rapporté par Beaumanoir :

(1) *Descendance de l'homme*, t. II, p. 380.

Boire, manger, coucher ensemble
Est mariage, ce me semble.

Quelle est, nous demanderons-nous, la raison d'être de cette universalité du mariage ? C'est la conservation de l'espèce : c'est pour l'avantage des jeunes que le mâle et la femelle continuent à vivre ensemble, même après la période de puissance procréatrice chez les animaux qui ont une saison d'accouplement.

Et ceci est tellement vrai que chez les animaux dont les petits peuvent se suffire dès leur naissance, le mâle et la femelle s'ignorent après la consommation de l'acte sexuel. Ainsi en est-il par exemple chez les insectes, les poissons en général, la plupart des reptiles, etc... (1). Les œufs de ces animaux éclosent au soleil ou dans un endroit propice, sans aucune aide des parents. Nous avons vu que chez les oiseaux, le père et la mère, au contraire, collaborent pour élever les petits. Et si chez beaucoup de mammifères la mère seule prend soin des petits, chez bon nombre d'entre eux (1) les relations entre les sexes sont plus durables et le mâle protège sa famille (baleines, phoques, hippopotames, gazelles, écureuils, certains chats, etc..., etc...). Nous avons vu qu'il en est de même chez les animaux supérieurs, les quadrumanes.

(1) Voir les développements dans Westermarck, *op. cit.*, chap I^{er}.

Il serait vraiment extraordinaire qu'il n'en eût pas été de même chez l'Homme.

C'est cette raison d'être du mariage qui a fait dire à Westermarck que « le mariage a sa racine dans la famille, plutôt que la famille n'a la sienne dans le mariage. »

Beaucoup de peuples, d'ailleurs, ne font commencer celui-ci qu'après la naissance d'un enfant, et ce n'est qu'alors que la femme habite dans la maison du mari. Chez d'autres, l'état de grossesse avancée suffit pour faire commencer le mariage.

Chez les Baele, la femme, demeurée chez ses parents jusqu'à ce qu'elle soit mère, y reste toujours si elle ne le devient pas et le prix d'achat est remboursé au mari. Dans le royaume de Siam, une femme ne reçoit sa dot qu'après la naissance d'un enfant ; chez les Aléoutes, le mari ne verse le prix d'achat que lorsqu'il est père (1).

Les Badagas de l'Inde méridionale ont deux cérémonies de mariage dont la deuxième n'a lieu que lorsqu'il y a des indices de maternité. Lorsque ces espérances font défaut, le couple se sépare d'ordinaire (2). Il semble, d'après Fraissinet (3), qu'autre-

(1) Westermarck.

(2) Westermarck. — Chose curieuse, une coutume analogue se retrouve dans certaines provinces de Hollande (Voir *infra*, livre II).

(3) Cité dans Malte-Brun, *Géographie universelle*.

fois les Mikados du Japon avaient aussi deux cérémonies du mariage, la seconde suivant « l'heureuse délivrance de la princesse. »

Chez les Wolofs de la Sénégambie, la cérémonie du mariage proprement dit ne s'accomplit qu'au cours de la grossesse et même parfois qu'après la naissance d'un ou plusieurs enfants (Dr Béranger-Féraud) (1).

D'autres exemples se rencontrent fréquemment.

Chez les tribus sauvages de Bornéo, il y a des rapports libres entre la jeunesse des deux sexes, mais dès que la grossesse survient, le mariage est considéré comme nécessaire (1). Il y a de nombreux exemples de la même pratique.

A Tahiti, selon Cook, le père avait le droit de tuer son enfant naturel, mais s'il le laissait vivre, on considérait les parents comme mariés. Chez certains peuples, une femme abandonnée avec un jeune enfant peut le tuer parce qu'il n'y a plus personne pour l'entretenir (1).

Chez l'Homme, d'ailleurs, l'union prolongée des sexes est sans doute due à une autre cause encore que celle du besoin qu'a la progéniture de ses parents, pense Westermarck : elle est peut-être due aussi à ce fait que l'instinct sexuel n'est pas limité à

(1) Westermarck.

une saison particulière — bien qu'à l'origine il est possible qu'il en ait été ainsi même chez l'Homme, — mais que cet instinct existe pendant toute l'année. Et il cite le mot de Beaumarchais : « Ce qui distingue l'homme de la bête, c'est qu'il boit sans soif et fait l'amour en toute saison. »

Ainsi, l'homme semble avoir toujours vécu en famille, et le mariage avoir existé de tout temps. Nous constaterons que les effets attribués à ce mariage sont très complets. — Nous avons vu qu'il marquait, chez la plupart des peuples primitifs, le moment où la jeune fille peut avoir des relations avec un homme, très généralement cet homme étant le mari qui lui a été choisi, et aussi que la plupart des peuples sauvages imposent la virginité aux jeunes filles.

Nous avons vu également que la fidélité à son ou à ses maris est imposée à la femme, et que le mari a le droit de châtier l'adultère de sa ou de ses femmes. La cohabitation est complète, il y a vie en commun au moins depuis la naissance du premier enfant. Le mari doit entretenir sa femme et ses enfants.

Il y a donc là un mariage très développé, dès les premiers âges de l'humanité.

Notons d'ailleurs que cela n'empêche nullement qu'aux âges primitifs, ce furent le rapt et le viol les sources de mariage les plus répandues ; ces formes

violentes s'adoucirent avec le progrès des mœurs et en vinrent peu à peu à constituer un symbole légal : les législations primitives sont imbues de ce symbolisme en notre matière.

A mesure que les peuples nomades se fixent et que les sociétés s'organisent et deviennent plus policées, le mariage se perfectionne et se régleme.

Examinons donc quelles vicissitudes il a traversées chez les différents peuples pour en arriver au mariage moderne.

CHAPITRE II

Les Hindous.

L'histoire de l'Inde antique est fort obscure, et ne peut être aperçue, selon l'expression de M. Emile Accollas (1), « qu'à travers le brillant prisme de ses Védas. » « L'épouse y apparaît comme la compagne du héros, c'est elle qui, avant la mêlée, veille à ce que la boisson fortifiante soit préparée pour lui, et c'est elle qui, lorsqu'il reviendra vainqueur, lui ménagera dans l'expansion de ses soins et de ses tendresses la récompense qu'il envie le plus » (2).

Il ne faudrait cependant pas s'exagérer le rôle et la situation de la femme chez les Aryas, car si le code de Manou veut que l'épouse soit entourée d'honneurs et comblée d'égards, il place la femme, dans sa hiérarchie religieuse, au même rang que le « *soudra* », qui est l'homme de la dernière caste (3). D'au-

(1) *Le mariage, son passé, son présent, son avenir*, Paris, 1880.

(2) *Rig-Véda*, trad. Langlois, notamment sect. VII, lecture 7, hymne 4 ; cit. par Accollas, *op. cit.*

(3) La première caste est celle des Brahmines ou Brahmanes

tre part il décrète la subordination perpétuelle et avilissante de la femme : pendant son enfance, elle doit dépendre de son père, puis de son mari, et celui-ci disparu, de ses fils ; si elle n'en a pas, elle dépend des proches parents de son mari, ou à leur défaut de ceux de son père ; si elle n'a pas de parents paternels, du souverain, car une femme ne doit jamais se gouverner à sa guise (1). Vis-à-vis de son mari, elle est dans une situation infime : elle lui doit une obéissance servile, ne peut s'asseoir devant lui, ne mange que ses restes, est en butte à ses mauvais traitements. On lui inculque qu'il n'y a d'autre dieu sur la terre, pour une femme, que son mari (2).

Les Aryas étaient monogames (3) ; cependant les

(prêtres, savants, jurisconsultes, fonctionnaires) ; la deuxième est celle des Kshatriyas, qui se considèrent comme les descendants des anciens rois indiens ; — tous les princes et les grands vassaux sont de celle-ci, ou de la première caste, à l'exclusion des deux autres ; les Kshatriyas sont destinés à l'état militaire ; au contraire des membres des autres castes, ils sont guerriers et poussent la valeur jusqu'à la barbarie ; tels sont les Radjpoutes, dont nous reparlerons plus loin, et qui sont membres de cette caste ; la troisième est celle des Veyeyas (agriculteurs, commerçants, industriels) ; la quatrième est celle des Soudras (artisans et ouvriers). Chaque caste comporte des subdivisions.

(1) Manou, trad. Loiseleur-Deslongchamps, liv. V, Cl. 148, cit. par Accolas, *op. cit.*

(2) Dubois, *Mœurs de l'Inde* ; cit. par Paul Lapie, *La femme dans la famille*.

(3) On ne peut faire aucun fondement sur la légende du Mahâbhârata, poème indien qui attribue à Swêtakêtu l'institution du mariage, ou du moins sa réglementation. Nous verrons qu'il y a

rois et les seigneurs pratiquaient la polygamie. Ils étaient en outre et sont encore « *exogames* », c'est-à-dire qu'ils ont coutume de prendre femme exclusivement hors des limites d'un cercle tribal déterminé, et reconnaissent une table de degrés prohibés d'une étendue surprenante (1).

Dans la communauté familiale des Hindous, qui « reproduit trait pour trait la communauté domestique des Slaves méridionaux », et qui est une communauté masculine, les filles ont le droit de se marier et de se faire doter aux frais de la communauté. Elles ont aujourd'hui une certaine latitude dans le choix d'un époux, mais autrefois les parents mariaient les jeunes enfants à leur gré. Elles ne pouvaient prétendre, au début, à rien d'autre que leur dot sur les biens de la communauté. Mais les femmes qui ne font pas partie de celle-ci et qui par mariage avec un de ses membres s'y introduisent, conservent leur apport matrimonial à titre de pécule, et ont le droit de le soustraire au contrôle même de leur mari. A ce pécule peut venir se joindre une certaine quantité de biens que la femme a le droit de posséder en propre (analogie avec la « *Morgengabe* »

là une légende commune à beaucoup de peuples primitifs, amoureux des précisions concrètes.

(1) Sumner-Maine, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*.

germanique). « Cette propriété distincte, jointe à l'apport matrimonial et formant alors un composé des paraphernaux et de la dot, se transmet exclusivement aux héritiers féminins, en vertu d'un ordre de succession particulier (1). » C'est le « *Stridhan* », que nous retrouverons plus loin.

Ceci nous amène à parler du matriarcat Hindou, coutume qui consiste à retracer la filiation exclusivement par les femmes. Dans quelle mesure cette filiation féminine exista-t-elle chez les Aryas ? Cela semble assez obscur (2). Toujours est-il que la constitution de la famille, chez les Hindous du Pandjab, première demeure des Aryens hindous, est aujourd'hui agnatique. Ces tribus sont encore très frustes. Or on n'y tient compte que de la descendance mâle. Le culte des ancêtres se borne à ceux de la ligne masculine ; autrefois aussi, il a dû en être ainsi au début,

(1) Sumner-Maine, *op. cit.* — Il en est de même aujourd'hui chez les Koccs, tribu Indo-Chinoise (Indo-Chine Britannique). Le mariage n'y est qu'un simple contrat, le mari paye aux parents de la femme un prix qui est restitué en cas de divorce (V. Malte-Brun, *op. cit.*, t. IV, p. 11).

(2) Voir les développements dans Westermarck, *loc. cit.* — Cf. les observations faites au sujet de la parenté en ligne féminine, *infra*, chap I^{er}; et comp. ces observations avec ce fait qu'aux Indes et à Ceylan, la parenté des femmes est associée avec la polyandrie du type « *beena* » — où les maris viennent habiter avec leurs femmes, ou tout près; — et la parenté masculine avec celle du type « *deega* » — où la femme va habiter la maison et le village de son mari (Westermarck.)

et ce n'est sans doute que peu à peu que les ancêtres féminins prirent place dans le panthéon religieux.

« Bien que chez les sauvages de race inférieure, dit sir John Lubbock, la filiation s'établisse en ligne féminine, cependant je ne sais pas de cas où les ancêtres féminins soient adorés ». Nous avons vu que l'affirmation de cet écrivain touchant la filiation en ligne féminine est fort contestée. Mais en ce qui concerne le culte des ancêtres, cette exclusion des ancêtres féminins chez les peuples très primitifs est un argument puissant en faveur de la descendance par les mâles. Dans les plus anciens livres de droit hindou, l'oblation funéraire est réservée aux ancêtres mâles. Et, dit Apastamba, les mânes du père, du grand-père et de l'arrière-grand-père sont les divinités auxquelles le sacrifice est offert. Ce n'est que postérieurement (Vischnou, chap. LXXIII), que l'on voit s'introduire dans les rituels le culte des ancêtres féminins. L'ordre de célébration paraît suivre l'ordre historique, et montre que les premiers ancêtres adorés par les Hindous furent ceux cités plus haut.

Il est donc assez clair que partout où s'est établi le culte des ancêtres, la paternité était pleinement reconnue (1).

(1) Voir les développements fort intéressants de Sir H. Sumner-Maine, *op. cit.*, chap. III, dont ce qui précède n'est qu'un faible résumé. — Chez les Chinois, les ancêtres masculins furent

D'autre part, le fils est le seul dont les sacrifices religieux soient efficaces. Aussi les Aryens possédaient-ils onze façons différentes de se donner l'équivalent d'un fils légitime lorsqu'ils en étaient privés : c'est là un ordre d'idée analogue à l'adrogation et à l'adoption romaines.

Afin d'assurer cette descendance mâle si désirable, « les plus vieux docteurs brahmaniques relâchent les prescriptions du mariage, et montrent une certaine complaisance pour des formes nuptiales étrangères, si nombreuses qu'elles comprennent tous les modes d'union possibles entre les sexes. Quelques-uns de ces mariages sont fortement condamnés par les auteurs hindous postérieurs ; par exemple, le mariage avec une fiancée que l'on achète ; d'autres s'effectuent à l'occasion par fraude ou par violence. Encore faut-il observer que les enfants de toutes ces unions seraient physiologiquement les enfants du mari, et que le père et la mère, si barbare que soit leur rapprochement, sont probablement supposés jusqu'alors n'avoir jamais été mariés » (1). Mais nous verrons plus loin que dans certains cas, le fils n'avait au contraire aucun lien naturel avec le père.

Le fils aîné est le premier à devoir les sacrifices,

également seuls adorés à l'origine, plus tard seulement les ancêtres féminins le furent aussi.

(1) Sumner-Maine, *op. cit.*, chap. IV.

comme il est le premier à recueillir l'héritage, car il a un préciput variable selon l'époque ; à l'origine, tout lui appartenait, mais il devait soutenir ses frères ; peu à peu sa part diminua pour devenir égale à celle de ses frères.

Après le fils légitime, vient le fils de l'épouse né pendant le mariage sans être nécessairement issu des œuvres du mari.

A défaut de fils légitime, le père pouvait « désigner » une fille, dont le fils recueillait alors la succession et devait les sacrifices à son grand-père. Par cette désignation donc, un simple « *cognat* » du paterfamilias devenait apte à lui succéder en tout, c'est pour lui que sa fille l'engendrait et non pour le mari qui l'avait conçu. Sumner-Maine rapporte les formules religieuses de désignation, d'après Gautama (1).

On retrouve des usages juridiques plus ou moins analogues chez différents peuples antiques, notamment chez les Athéniens.

Sumner-Maine voit dans cette désignation « l'une des brèches par lesquelles le droit des femmes à succéder parvint à pénétrer dans les système rigides de parenté et de succession agnatiques qui régnaient

(1) Sumner-Maine, *loc. cit.*, p. 126 et 130.

chez les peuples barbares les plus avancés en civilisation ».

Les plus anciens docteurs hindous, tel Baudhâya, refusent en effet aux femmes le droit d'hériter. Apastamba le leur accorde déjà, mais place la fille à la fin de la liste des héritiers. Vishnou, au contraire, relativement moderne, introduit à la fois la mère et la fille immédiatement après les fils (1).

Les livres de droit nous présentent aussi une série de successeurs possibles dont la situation est entièrement fictive. Gautama donne la nomenclature des cas possibles. D'après lui, le fils né clandestinement, le fils d'une demoiselle non mariée, le fils d'une fiancée enceinte, et le fils d'une femme mariée deux fois, peuvent être affiliés et assimilés au fils légitime. Il y a là une sorte de propriété dudit étranger, qui appartient au paterfamilias comme lui appartient la femme qui l'a engendré.

Cette affiliation des enfants adultérins ou illégitimes est d'ailleurs vue avec défaveur dès une époque reculée. Elle est une création des écoles de droit hindoues. On lui préféra vite la véritable adoption, par laquelle un pur étranger peut être désigné comme héritier du paterfamilias, et par conséquent comme tenu à lui faire les oblations funéraires. Cette créa-

(1) Sumner-Maine, *loc. cit.*

tion juridique, que l'on retrouve à Rome et à Athènes, est, selon la remarque de Summer-Maine (1), d'une hardiesse extrême. On sait qu'elle a survécu dans notre code civil.

Mais lorsqu'aucun de ces cas ne se présente à la mort du paterfamilias, lorsqu'il est décédé sans fils, sans fille « *désignée* », sans fils adoptif, sans affiliation de fils illégitime ou adultérin, n'y a-t-il plus aucune ressource et les mânes du défunt devront-ils rester sans offrandes religieuses, c'est-à-dire tomber dans une région de tourments ?

Pas toujours, grâce à une très curieuse institution du droit hindou, — que l'on retrouve d'ailleurs chez les Hébreux sous le nom de « *levirat* », le « *niyoga* ».

C'est le fait pour un frère du paterfamilias décédé de susciter un fils à l'épouse du défunt, avec la permission de ses « *gourous* », ou directeurs spirituels. A défaut de beau-frère, la femme pourra cohabiter avec un « *sapinda* » (agnat), un « *sagotra* » (gentil), ou un « *samânâpravara* » (membre du même clan que le mari,) ou enfin un membre de la même caste (2).

Ce qui est faculté pour la femme hindoue est obligation chez les Hébreux (Voir *infra*, au chapitre relatif aux Juifs). On retrouve des traces légères de la

(1) V. les développements sur ces différents sujets dans cet auteur, *op. cit.*, chap. IV.

(2) Voir les développements dans Sumner-Maine.

même institution chez les Spartiates et les Athéniens. Mais chez ces trois peuples, le frère seul peut exercer cette faculté. Même chez les Hindous d'ailleurs, certains écrivains sacrés déclarent que la femme ne peut cohabiter qu'avec son beau-frère.

On alla jusqu'à admettre qu'un paterfamilias vivant pouvait prier son frère de susciter un enfant à sa femme lorsqu'il n'en avait pas. L'enfant ainsi engendré « appartient à l'époux », dit Gautama. La coutume, en tant qu'institution définie par les juristes, exige rigoureusement que le père naturel de l'enfant soit alors toujours un parent. Autrement, l'enfant appartient non pas à l'époux, mais à l'étranger, dit encore Gautama (1).

De très bonne heure, les prêtres hindous se divisèrent sur la question de la moralité du « *niyoga* ». Aujourd'hui l'adoption seule est permise et les anciennes pratiques sont condamnées.

Quelle est l'origine de cette coutume ? M. Mac Lennan, partant de son système de la promiscuité originaires entre les sexes, suppose qu'elle fut d'abord limitée par la polyandrie, une femme appartenant à plusieurs maris. A la longue, ces nombreux maris durent toujours être frères, d'après lui, et le « *levirat* » n'est qu'un reste de cette forme de polyandrie.

(1) Sumner-Maine, *op. cit.*

Sir Sumner-Maine réfute cette théorie. D'abord, dit-il, on ne pourrait faire rentrer toutes les formes du *niyoga* (dont le *levirat* selon lui n'est qu'un cas spécial) dans cette théorie.

Mais en outre, il estime que cette explication n'est pas celle que suggèrent les antiquités du droit hindou. Au cours de développements qu'il serait trop long de reproduire ici, il remarque que le fils procréé par le moyen du *niyoga*, s'il n'a pas dans les veines le sang du mari, en a du moins le sang de la race. On pouvait donc soutenir que la maison, la famille se continuait régulièrement, et supposer que les rites funéraires accomplis par ce fils de la veuve ou de l'épouse, atteindraient leur but : soustraire le défunt aux tourments infernaux. Et c'est bien parce qu'il s'agit là d'un expédient, qui bien que plausible, n'en est pas moins contraire à la nature, que les opinions se partagèrent sur sa validité et sa moralité : Apastambha le condamne, Baudhâyana et Gautama l'acceptent ; Manou le déclare bon pour les animaux, mais Narada, auteur presque moderne, le trouve tout naturel (1).

Ces divergences mêmes semblent bien prouver que, conformément à l'opinion de Sumner-Maine, il ne s'agit là que d'un expédient et non d'une survivance

(1) Sumner-Maine, *loc. cit.*

d'un régime disparu, qui aurait semblé, au moins au début, très normal, tandis que nous avons vu que dès les temps les plus anciens le *niyoga* était fort discuté.

Sumner-Maine rattache à la capacité que l'on finit par reconnaître aux filles de transmettre à un enfant mâle la qualité religieuse de fils, vis-à-vis de son grand-père, l'admission tardive de la descendance féminine à une part de l'héritage.

Et il pense en outre que la capacité de procréer un fils pour son mari défunt, grâce au *niyoga*, dût servir à conférer à la femme, sur les biens du mari, l'intérêt viager dont elle jouit dans quelques parties de l'Inde, — et le droit de donner un fils à son mari défunt *par simple adoption*, que lui reconnaissent la loi et la coutume hindoues.

Les plus anciens auteurs parlent à peine de la succession des filles. Les uns disent que la femme ne peut hériter ; Apastamba appelle bien la fille, mais après les parents mâles et après des successeurs très éloignés, comme l'instituteur religieux et le condisciple du défunt (1). Ces auteurs reconnaissent cependant dans une faible mesure une sorte de propriété séparée pour les femmes mariées.

La femme a toutefois droit à une dot si elle se marie et doit être entretenue par la communauté fami-

(1) Sumner-Maine, *op. cit.*

liale si elle reste célibataire (1). Elle est propriétaire de sa dot dans le premier cas, et la transmettra à sa postérité, même si elle meurt du vivant de son mari. Cependant celui-ci a la puissance de s'en servir et de la dépenser en cas de besoin (2).

Plus tard les femmes furent admises à une part de l'héritage.

Sauf au Bengale, dit M. Mayne, les agnats excluent les cognats jusqu'au 14^e degré. La parenté est purement agnatique au Pandjab.

Au Bengale, au contraire, les cognats ou parents par les femmes succèdent, quelquefois même par préférence aux agnats. Sumner-Maine voit l'origine de cette anomalie dans l'habitude qui fut prise à un moment donné d'associer la femme de l'ancêtre mort à cet ancêtre lui-même dans les sacrifices. Cette brèche dans les vieux usages aurait entraîné le droit pour

(1) Sumner-Maine, *op. cit.*

(2) Cf. Westermarck, *op. cit.* — On lit dans les lois de Manou : « Ce qu'on a donné avant le feu nuptial, ce qu'on a donné pendant le cortège des noces, ce qu'on a donné en témoignage d'amour, et ce qu'elle (*la mariée*) a reçu de son frère, sa mère ou son père, ce sont les six possessions de la femme. Ces possessions, aussi bien qu'un don subséquent et ce que lui a donné un mari affectueux, descendront à la postérité, même si elle meurt du vivant de son mari ». De tout cela, qui constitue le « *stridhan* » de la femme, le mari peut se servir en cas de besoin.

les femmes d'adorer efficacement les ancêtres, d'où leur vocation à l'hérédité (1).

Sumner-Maine, qui voit derrière le culte des ancêtres pratiqué par les Hindous, un système d'agnation ou parenté exclusive par les mâles, tel qu'il survit dans le Pandjab, — Fustel de Coulanges était du même avis, — professe que ce culte des ancêtres a agi dans son développement ultérieur comme une cause d'affaiblissement et une force dissolvante sur l'ancienne parenté et l'ancienne famille.

Et Sumner-Maine compare le changement qui s'est produit chez les Hindous avec celui qui s'est manifesté chez les Romains, la transformation du système de la succession agnatique des XII Tables en succession cognatique de l'Edit du préteur. L'ancien droit d'hérédité romain se liait d'ailleurs intimement au culte des ancêtres ; le droit hindou avait la même base ; il subit les mêmes modifications que le droit romain (1).

Mais Sumner-Maine voit dans la modification du culte des ancêtres la source de ces transformations : ce qui est possible pour les Hindous le semble beaucoup moins pour les Romains, chez lesquels le préteur a, dans toutes les branches du droit, exercé une action parallèle qui semble complètement indépen-

(1) V. les développements dans Sumner-Maine, *op. cit.*, chap. IV.

dante de ce culte et qui se serait plutôt opérée malgré celui-ci ; l'équité seule a guidé le magistrat, en matière de propriété par exemple ; pourquoi n'en aurait-il pas été de même en notre matière ?

Si nous envisageons le mariage en lui-même, nous avons vu que régnaient chez les Aryens, très généralement, la monogamie, et une très complète exogamie.

Les Aryas, et les nations de race aryenne, considéraient le célibat comme une impiété et comme un malheur : une impiété, parce que celui qui ne se mariait pas mettait en péril le bonheur des Mânes de la famille ; un malheur, parce que lui-même ne recevrait aucun culte après sa mort (1).

« Tant qu'il n'a pas de femme, un homme n'est que la moitié d'un tout », est-il écrit dans le *Brahma-dharma*.

Chez les Hindous modernes, le célibataire est considéré comme un homme en-dehors de la nature, comme un membre inutile de la société.

Quant aux femmes, elles sont obligées de se marier, quand on peut leur trouver des maris, et quand on ne le peut pas, elles tombent communément à l'état de concubinage (2).

(1) Westermarck, *op. cit.* — A ce propos, cet auteur constate que le célibat est relativement rare, non seulement chez les races sauvages et barbares, mais chez plusieurs races civilisées.

(2) Westermarck, *op. cit.*

Nous avons vu que chez les anciens Aryens, les filles étaient mariées par le père sans aucun souci de leurs convenances personnelles. Manou le premier leur permit de choisir leur mari. Mais ceci semble avoir été une innovation, car Manou lui-même désapprouve « l'union volontaire d'une jeune fille et de son amoureux qui naît du désir et a pour fin le commerce sexuel ». Les quatre mariages, Brahma, Daïva, Arsha et Prâgâpatya, où le père donne sa fille, sont des mariages bénis, il en naît des fils pleins de sagesse, honorés par les hommes bons et destinés à vivre cent ans. Mais les quatre autres mariages, ceux qui s'effectuent par l'*achat*, l'union volontaire, l'enlèvement par la force, ou par la ruse, sont des mariages répréhensibles, d'où naissent des fils cruels et menteurs, qui haïssent le Véda et la loi sacrée (1). Aussi les enfants étaient-ils fiancés par leur père dès leur plus jeune âge.

En ce qui concerne ce pouvoir du *paterfamilias* sur ses enfants, Sumner-Maine lui attribue une « *patria potestas* » complète, aussi puissante que celle des Romains. Il base cette plénitude sur la vénération que devait inspirer le père, même durant sa vie, sous le régime du culte des ancêtres. Et il cite le traité de droit de Manou, qui déclare que « trois personnes, — l'épouse, le fils et l'esclave, — n'ont en général, de par la loi, aucune fortune exclusivement personnelle.

(1) Westermarck, *op. cit.*

L'avoir qui résulte de leurs gains est régulièrement acquis à celui auquel ils appartiennent ». Enfin un auteur plus récent, Narada, dit que le fils devient « majeur et indépendant par la mort de ses parents. Durant leur vie, il est toujours dans leur dépendance, quand même il aurait atteint la vieillesse ». Et, de nos jours, M. Nelson, parlant du sud de l'Inde, — où, dit Sumner-Maine, « le vernis de l'hindouisme sacerdotal est fort léger », — décrit la *patria potestas* comme l'une des grandes institutions les plus solides des Hindous. « C'est un fait indubitable, dit-il, que chez les prétendus Hindous de la province de Madras, le père est, à l'heure actuelle, regardé par tous comme le « *radjah* » ou souverain absolu de la famille qu'il tient en sa dépendance. Il a droit au respect durant sa vie, comme il aura droit au culte après sa mort. Sa parole est une loi à laquelle on obéit sans discussion et sans hésitation. Il est réellement le maître de la famille, — de sa femme, de ses fils, de ses esclaves et de sa fortune ». Et ailleurs : « La résistance aux ordres paternels semble une monstruosité ».

Mais Westermarck conteste cette plénitude de la *patria potestas* chez les Hindous. Aucune preuve claire de la prédominance générale d'une autorité aussi illimitée chez d'autres peuples Indo-Européens que les Romains n'a été apportée, dit-il. Et il cite

cette observation de Justinien : « Le pouvoir que nous exerçons sur nos enfants est particulier aux citoyens romains, car il n'y a pas d'autres hommes possédant sur leurs enfants la puissance que nous avons ». Le père, chez les Grecs, les Allemands et les Celtes, avait bien le pouvoir d'exposer ses enfants en bas-âge, et de vendre ses filles nubiles ; mais Westermarck ne voit pas là la marque d'une souveraineté semblable à celle que le paterfamilias romain exerçait sur ses descendants de tout âge. Toutefois, comme l'institution de la famille semble avoir eu une base religieuse chez les premiers Aryens, le père y avait probablement une autorité supérieure à celle qu'il avait chez aucun peuple existant non civilisé, concède Westermarck (1).

Et il oppose aux citations de Sumner-Maine d'autres livres sacrés. D'après le Rig-Véda, semble-t-il, le père, chez les anciens Hindous, n'était le chef de sa famille que tant qu'il était capable de la protéger et de l'entretenir, les parents décrépits étant même abandonnés à la misère jusqu'à en mourir — coutume dominante chez les anciens Teutons et Ira-

(1) « Dans l'antiquité primitive, dit Fustel de Coulanges, le père n'est pas seulement l'homme fort, le protecteur qui a le pouvoir d'imposer l'obéissance ; il est le prêtre, l'héritier du foyer, le continuateur des ancêtres, la race-mère des descendants, le dépositaire des rites mystérieux du culte et des formules sacrées de la prière. Toute la religion réside en lui. »

niens. En outre, Westermarck tire argument de ce texte de Manou cité plus haut, dans lequel le législateur hindou permet, par innovation, aux filles de choisir leur mari. Or, il semble bien plutôt que la suite de ce texte confirme la patria potestas, puisqu'il ne déclare bénis que les quatre mariages dans lequel le père donne sa fille, et au contraire blâme ceux qui ont été contractés en dehors de la volonté paternelle (1).

Chez l'homme primitif, le mariage se contractait naturellement sans aucune cérémonie. Il en est encore de même chez beaucoup de peuples non civilisés.

Mais de fort bonne heure, à mesure que le mariage était reconnu de quelque importance, on prit l'habitude de le célébrer par des rites ou des cérémonies quelconques. Celles-ci symbolisaient parfois le commerce sexuel, mais beaucoup plus souvent l'assujettissement de la femme à son mari, ou la vie en commun (2).

Chez les Hindous, les nouveaux époux ont leurs mains liées ensemble avec des herbes. Chez les Vedahs de Ceylan, la mariée attache une ficelle qu'elle

(1) On retrouve d'ailleurs les principaux traits de la patria potestas chez les Hébreux, les Perses, les Gaulois, etc... (Aristote, *Ethic. nicom.*, VIII, X ; César, *De bell. gall.*, VI, 19).

(2) Westermarck, *loc. cit.*

a faite elle-même autour de la taille du marié, et ils sont, dès lors, mari et femme. Cette ficelle est un emblème du lien conjugal, et de même que le mari ne s'en sépare jamais, il reste uni, toute la vie, à sa femme (1). En beaucoup de parties de l'Inde, les mariés sont marqués avec du sang l'un de l'autre, — symbole d'union —, remplacé aujourd'hui par du minium.

Les dieux sont généralement invoqués par des prières et des sacrifices. Le mariage est pour les Hindous un véritable sacrement, « qui forme la dernière des cérémonies prescrites aux trois classes régénérées, et la seule pour les Sudras ; et l'on a déclaré un homme non marié inapte à remplir ses devoirs religieux » (2). Mais il n'est pas certain cependant que chez les Aryens primitifs, les cérémonies religieuses fussent nécessaires à la validité du mariage.

Nous avons déjà mentionné incidemment les huit formes légales du mariage ; au nombre de ces formes se place le rite du Rākshasa, qui est « l'enlèvement par la force d'une jeune fille qui crie et pleure, ses parents ayant été tués ou blessés en la défendant, et leur maison dévastée ». Ce rite était autorisé par une tradition sacrée chez les Kshatriyas (1). Le mariage par capture aurait existé, d'après Denys d'Ha-

(1) Westermarck, *loc. cit.*

(2) W.-H. Macnaghten, cit. par Westermack, *loc. cit.*

licarnasse, dans l'ancienne Grèce. Nous le retrouvons de façon certaine à Sparte et sous une forme atténuée chez les Romains. L'énumération des peuples chez lesquels ce mariage existe, soit en réalité, soit en symbole, est extrêmement longue (1).

Mac-Lennan rattache le mariage par capture à la règle d'exogamie qui l'aurait engendré. Mais Westermarck conteste cette affirmation, en constatant que l'exogamie et le mariage par capture ne coexistent pas nécessairement. Il attribue cette forme d'union surtout à l'aversion pour les mariages entre proches, qui existent même chez les peuples endogames, et à la difficulté qu'a un sauvage de se procurer une femme à l'amiable, sans donner de compensation pour la perte qu'il inflige à son père. Il est certain d'ailleurs que quelques peuples primitifs ne durent guère avoir d'autre moyen de se procurer des femmes. Les premiers Romains furent bien obligés de procéder ainsi pour leurs premières épouses (Ortolan). Westermarck admet d'ailleurs que jamais l'enlèvement n'a été, en aucune période, la forme exclusive pour contracter mariage, bien qu'il ait pu en être la forme normale, et nie que les négociations amicales de deux familles pouvant s'allier aient été jamais entièrement inconnues.

Le Rākshasa ou mariage par capture a subsisté

(1) Westermarck, *loc. cit.*

comme forme symbolique de ce qui fut la réalité, à titre de rite.

Après cette première forme, se place le mariage par achat, qui vint chronologiquement après elle — chez les peuples toutefois parmi lesquels il a existé, car malgré sa généralité, nous n'avons aucune preuve que ce soit là une étape nécessaire de chaque race. Le mariage par achat est la forme Asura, — désapprouvée, avons-nous déjà vu, par Manou (1). Cette forme n'en était pas moins, aux temps védiques, et non pas seulement à titre de symbole, mais en fait, obligatoire et exigée par les Védas (2). Selon Dubois,

(1) Manou était doué d'une grande délicatesse : « Aucun père... ne doit accepter même le moindre des cadeaux pour sa fille ; car un homme qui, par avarice, prend un cadeau, vend sa progéniture » (Cit. par Westermarck). Mais ailleurs, il ajoute : « Quand la famille ne s'approprie pas le cadeau donné, ce n'est plus une vente : dans ce cas, le don n'est qu'un signe de respect et d'amitié envers les jeunes filles ». Ce don s'appelait « *çulka* » ou « son salaire » ; mais son rapport étroit avec un achat qui précédait appert du fait qu'il passait, en cours de succession, aux frères de la femme, et une version du texte de Gautama qui règle cette succession, permettait même à ce salaire d'aller à ses frères pendant sa vie. Dans l'Inde moderne, les hommes des hautes classes ne s'approprient point l'argent acquis par le mariage d'une fille, selon Dubois, mais l'emploient à lui acheter des bijoux et des cadeaux de noces (Westermarck).

(2) Apastamba, à propos d'un don de valeur véritable fait par le mari, qui était immédiatement rendu à celui qui l'avait donné, dit que cet arrangement avait été prescrit par les Védas « pour accomplir la loi », c'est-à-dire l'ancienne loi par laquelle la forme obligatoire du mariage était une vente. Toutefois, en général, on ne rendait pas le même cadeau, mais un autre (Westermarck).

aujourd'hui encore, dans l'Inde, chaque père fait de sa fille un article de trafic. En principe toutefois le mariage par achat disparut comme coutume pour devenir un pur symbole, dans la forme Arsha, selon laquelle le marié envoyait une vache et un taureau, ou deux couples, au père de la mariée. Manou condamne formellement ceux qui appellent ce don un cadeau ; d'où il suit que la forme Arsha fut admise par lui et d'autres législateurs comme un des modes légitimes du mariage (1).

La répulsion pour le mariage entre proches se retrouve chez la plupart des peuples. L'horreur de l'inceste, dit Westermarck, est un trait caractéristique presque universel de l'humanité, les cas indiquant une complète absence de ce sentiment étant à tel point rares qu'il faut les considérer uniquement comme des aberrations anormales d'une règle générale (2). Westermarck cite à l'appui de cette assertion

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) V. dans Westermarck, *op. cit.*, une curieuse liste d'exceptions à cette règle. On y verra que chez certaines peuplades les parents cohabitent avec leurs enfants et les frères avec leurs sœurs. Il en aurait été ainsi, dit-on, chez les anciens Persans. Les Veddahs sauvages de Ceylan considéraient, il n'y a pas bien longtemps encore, le mariage entre un homme et sa sœur cadette comme tout naturel, et même comme étant « le » mariage convenable, bien que l'union du frère avec sa sœur aînée leur parût incestueuse, de même que celle du neveu avec sa tante. Les Annamites, les Bohémiens, etc... cohabitent avec leurs sœurs ; de même les membres de certaines familles royales (Siam, Bir-

une longue nomenclature des mœurs des sauvages actuels, ainsi que les récits des anciens, et trouve dans ce sentiment universel un nouvel argument contre la théorie prétendant que les premiers hommes vivaient en petites communautés endogames, pratiquant l'inceste à tous les degrés. Il attribue ce sentiment à une aversion instinctive pour le commerce sexuel entre personnes vivant ensemble dès l'extrême jeunesse, et à ce que l'amour, selon la parole de Bernardin de Saint-Pierre, « ne résulte que des contrastes ; plus ils sont grands, plus il a d'énergie », (1) — sans attacher d'ailleurs à ces causes probables plus d'importance qu'il ne convient. Quelles qu'en soient les causes, d'ailleurs, le résultat patent est de favoriser le développement de l'espèce, à laquelle les mariages consanguins souvent répétés sont plus ou

manie, Ceylan, etc..). Virchow remarque d'ailleurs que la raison de la coutume d'épouser une sœur « était probablement la même, partout, dans les familles souveraines comme chez les Veddahs nus, le manque de femmes appropriées ou même de femmes quelconques ». Il y a cependant des peuplades qui pratiquent l'inceste par vice, mais ce sont généralement celles dont les sentiments sexuels sont complètement pervertis, car ce sont les mêmes qui se livrent à la bestialité et à d'autres vices contre nature (Westermarck, *op. cit.*)

(1) « Dans l'amour des sexes, dit encore le professeur Bain, le charme de la disparité l'emporte sur les différences établies de sexe, comme dans les contrastes de teint, ou de taille » (cit. par Westermarck).

moins nuisibles. Les tables de degrés prohibés varient à l'infini suivant les peuples (1).

Pour ce qui concerne spécialement les Hindous, ils sont, avons-nous vu, exogames. Mais Sumner-Maine, ayant défini l'exogamie la coutume de prendre femme exclusivement hors des limites d'un cercle tribal déterminé, et l'endogamie l'habitude de se marier hors de ce cercle, constate qu'il n'existe guère de société qui ne soit à la fois exogame et endogame. Et il cite à l'appui le très ancien droit romain : le mariage d'un Romain à l'intérieur d'un cercle qui ne différait pas sensiblement de celui que trace notre table des degrés prohibés n'était pas valable, et les enfants issus d'une telle union étaient illégitimes ; mais d'autre part, le citoyen romain ne pouvait se marier qu'avec une citoyenne romaine, ou avec une femme appartenant à un peuple qui avait le « *connubium* » avec Rome ; au cas contraire le mariage ne produisait que des effets restreints et les enfants étaient illégitimes.

On retrouve cette double règle en droit hindou. Un Hindou ne peut épouser une femme appartenant au même « *Gotra* », tous les membres du *Gotra* étant censés descendre, en théorie, du même ancêtre ; mais

(1) V. l'intéressante liste citée par Westermarck.

par contre il doit se marier dans sa caste. Ici encore se retrouve la limite interne et externe (1).

Chez les Radjpoutes, — race aristocratique et fière qui « renferme un noyau d'Aryens, barbares il est vrai, mais néanmoins de la race pure » (1), et qui est un « composé de clans » unis les uns aux autres par les liens du sang, — la nomenclature des degrés prohibés est interminable. Mais ils doivent encore se marier dans un certain cercle : ils ne le peuvent dans leur propre clan, mais doivent le faire dans leur caste. Aussi y a-t-il de grandes difficultés pour un Radjpoute à marier ses enfants, surtout ses filles, ce qui est d'autant plus gênant que l'on regarde comme urgent de marier une fille dès qu'elle est nubile et déshonorant pour son père de ne lui point trouver d'époux. Aussi l'infanticide féminin a-t-il été, pendant longtemps, fréquent chez les Radjpoutes, pour éviter les mésalliances (2) ; les Anglais ont encore aujourd'hui grand mal à les empêcher d'en user. Une telle organisation familiale présente d'ailleurs quelques avantages à une certaine phase de la vie du clan :

(1) Sumner-Maine, *op. cit.*, chap. VII.

(2) Les descendants de ceux qui ont contracté des mariages illicites, c'est-à-dire qui ont dérogé aux règles régissant les quatre classes nobles, sont parqués dans les divisions méprisées, appelées « *bouroum-sunker* » ou « *varna-sankra* », espèces de castes mixtes. Au-dessous encore de celles-ci sont les malheureux parias, rejetés hors de la société par les Hindous (V. Malte-Brun, *loc. cit.*).

lorsqu'il n'est plus une simple horde de guerriers (époque à laquelle il souffre de la rareté de l'élément féminin dans les limites qui l'encerclent, et où l'on adopte alors des fictions destinées à faire franchir aux jeunes filles que l'on vole les frontières sociales de la tribu), — et lorsqu'il n'est pas encore arrivé à son développement complet (époque à laquelle le groupe souffrira du fait que tous les « *septs* » ou familles du clan étant apparentés, les mariages réciproques leur seront par la suite interdits) ; — mais à l'époque intermédiaire où l'émigrant radjpoute, n'étant rattaché que « par un lien tribal d'une nature vague et extensible avec un certain nombre de septs qu'il ne considère pas encore comme étant du même sang que lui, il doit se marier dans l'intérieur de sa tribu mais non dans l'intérieur de sa « *gens* » : les chances de fertilité sont alors aussi élevées que possible et communiquent au clan un avantage manifeste dans la lutte pour l'existence (1).

« En toute société purement hindoue, dit Sir Alfred Lyall (2), la loi qui règle les degrés dans lesquels le mariage est interdit procède de la théorie qu'entre parents agnats le connubium est impossible ».

Et il s'ensuit qu'un Brahmine ne peut épouser une

(1) Sumner-Maine, *op. cit.*

(2) Cit. par Westermarck. — V. dans cet auteur, les très intéressants développements sur ces matières.

femme d'un clan du même nom que le sien, ce qui empêche le mariage entre eux de parents en ligne masculine indéfiniment. Il y a d'ailleurs en outre de larges prohibitions en ligne féminine (1).

— Nous avons vu que les Aryens étaient monogames, mais que la polygynie exista chez eux dans une certaine mesure ; elle semble être née dans la dernière partie de l'âge védique. Vers le vingtième siècle avant notre ère, la monogamie régnait seule ; l'homme pouvait bien avoir des concubines, mais une seule femme légitime.

En effet, c'est non pas la polygamie qui a pré-existé à la monogamie, comme on l'a cru souvent à tort, mais l'inverse. La position supérieure généralement accordée à la *première* femme épousée, semble indiquer une transition des habitudes monogames aux habitudes polygames (1). Nous avons déjà observé que chez nos premiers ancêtres, la monogamie régnait à peu près seule. Cette introduction de la polygamie dans les mœurs hindoues semble due à la crainte de mourir sans enfants et d'être ainsi privé du culte des ancêtres. Chez les Hindous modernes, un homme peut épouser autant de femmes « *de par la loi* », et s'accorder « *de par la coutume* », autant

(1) Voir Westermarck.

de concubines qu'il le veut, dit M. Balfour (1). La première femme est au-dessus des autres. « Une sainteté particulière, dit M. Mayne (1), semble avoir été attribuée au premier mariage..... » La première des épouses a le pas sur les autres, considérées plutôt comme une classe supérieure de concubines. Elle devait être de la même caste que son mari ; elle pouvait adopter un fils si celui-ci mourait sans en avoir. Elle s'asseyait auprès de lui dans les cérémonies religieuses, etc...

Le mari pouvait répudier sa femme, selon les lois de Manou, si elle « prend des spiritueux, se conduit mal, est rebelle, malade, méchante ou dépensière », et la remplacer par une autre. De même si elle est stérile, si elle n'a que des filles, si ses enfants meurent tous, — mais surtout si elle est querelleuse ! Mais en revanche les anciens Hindous ne permettaient à la femme de se séparer de son mari qu'en certains cas très exceptionnels. De nos jours, dans le sud de l'Inde, le divorce est commun chez beaucoup des castes inférieures, mais n'est pas pratiqué du tout chez les Brahmines et les Kshatriyas, ni parmi les classes supérieures des Sudras (2).

(1) Cit. par Westermarck, *op. cit.*

(2) Là, la mort seule dissolvait l'union ; et encore pas nécessairement : on connaît la barbare coutume (nulle part inscrite dans la loi écrite, mais si fortement implantée dans les mœurs), que les Anglais ont tant de mal à extirper complètement de

Les Aryens tenaient les seconds mariages des veuves en grand mépris. Aujourd'hui encore la femme hindoue qui se remarierait serait chassée de la société et aucune personne convenable n'aurait de relations avec elle (Westermarck).

L'adultère était sévèrement châtié. « Prendre la femme d'un autre, dit le Rāmâyana, est l'un des trois grands crimes. Toujours, le même, tu n'aimeras que ta femme » (1).

★★

Ce résumé des lois et des mœurs matrimoniales hindoues nous prouve qu'ici, comme en matière religieuse, nous avons hérité de nos ancêtres aryens certaines de nos institutions, et qu'en tout cas le mariage, dans ses grandes lignes (monogamie (2), exo-

l'Inde et qui consiste à brûler vive la veuve sur le bûcher consumant le cadavre et les biens de son mari. « D'une longue étude de Sumner-Maine sur les biens de la femme mariée dans l'Inde, il résulte : 1° que le sacrifice des veuves est surtout une coutume bengalaise ; — 2° qu'elle n'était suivie que dans les classes aristocratiques ; — 3° que les veuves sans enfants étaient seules tenues de s'y conformer ; — 4° qu'en les y contraignant, les parents du mari avaient surtout pour but d'empêcher la veuve de jouir de son douaire ou « *stridhana* », c'est-à-dire de la part des biens que l'époux lui avait assurée au moment du feu nuptial » (Gaston Richard, *La femme dans l'histoire*. V. ses intéressants développements). — On retrouvera chez certaines tribus germaniques les traces d'un usage analogue.

(1) Cit. Fonsegrive, *Mariage et union libre*.

(2) Sir Henry Sumner-Maine et Schrader professent que les premiers Indo-Européens étaient, en général, monogames.

gamie...) existait dans la plus haute antiquité avec un caractère étroitement réglementé — qu'il n'avait certes pas aux premiers âges de l'humanité, même si nous admettons la théorie de Darwin, Sumner-Maine, Westermarck, etc... sur l'état social primitif de l'homme, la théorie patriarcale opposée à la théorie des hordes ou de la promiscuité, — mais qui n'en est pas moins très précis.

Nous constaterons encore que maints caractères analogues se retrouvent en notre matière, chez des peuples qui n'ont aucuns liens communs et sont unis par la moindre parenté possible. Nous verrons ainsi que le mariage est une institution universelle — existant même chez les peuples polygames, car la polygamie n'exclut aucunement l'idée de mariage.

Il nous suffira d'ailleurs d'exposer très brièvement les mœurs matrimoniales des autres races humaines.

CHAPITRE III

Les Hébreux.

Des Aryens, qui viennent à la tête de la branche indo-germanique de la race blanche ou caucasique, (branche qui comprend les grands rameaux hindou, persan, caucasien, pélasgique ou gréco-latin, tudesque ou germanique et slave ou sarmate), nous passons aux Juifs, rameau de la branche araméenne ou sémitique (comprenant les rameaux arabe, juif, abyssin, égyptien ou copte, et peut-être aussi le basque et le berber).

Les Hébreux étaient polygames. A l'époque des patriarches Esaü épousa Judith et Basemath, Jacob épousa Lia et Rachel (1). Le roi Salomon avait sept

(1) Il en fut de même d'Abraham ; sa femme Sarah prit une suppléante, sa servante Agar : « Ingredere ad ancillam meam, dit-elle à Abraham, si forte saltem ex illa suscipiam filios » (*Genèse*, XVI). C'est Sarah qui s'attribua les fils de la serve. Rachel dit de même à Jacob : « Habeo famulam Balam, ingredere ad illam ut pariat super genua mea et habeam ex illa filios » (*Genèse*, XXX, 3), et Lia (*ib.*, 9) imita sa sœur en donnant à Jacob sa serve Zelpha (cit. Fonsegrive, *op. cit.*).

cents femmes et trois cents concubines, et Roboam dix-huit femmes et soixante concubines.

La polygynie était d'ailleurs permise par le droit Talmudique, mais il réduisait le nombre des femmes légitimes à quatre. Les riches seuls toutefois avaient les moyens de la pratiquer, les autres le faisaient plus rarement. Au moyen âge, les Juifs d'Europe la pratiquaient encore, et chez ceux qui habitent les pays mahométans, elle existe même de nos jours.

Ceux des Hébreux qui avaient plus d'une femme étaient d'ordinaire bigames. Le célibat y était presque inconnu. Encore aujourd'hui il est fort rare parmi eux. Le mariage était considéré comme un devoir religieux ; selon le Talmud, les autorités peuvent forcer un homme à se marier, et celui qui vit seul à l'âge de vingt ans est maudit de Dieu. « Celui qui n'a pas de femme n'est pas un homme », dit un proverbe juif (1). Les Esséniens seuls dédaignèrent dans la suite le mariage, et prisèrent la continence de la chair. Mais leur doctrine influença plutôt le christianisme que le judaïsme (1).

Le mariage n'était pas un contrat religieux ; il n'y a pas de trace d'une consécration ecclésiastique dans les Ecritures ou le Talmud. Cependant, suivant Ewald (1), on peut tenir pour certain qu'une consé-

(1) Westermarck, *op. cit.*

cration avait lieu le jour des fiançailles ou des noces, bien que les détails ne nous en aient pas été conservés.

Avant les fiançailles, on réglait les conditions du contrat. Le mari achetait sa ou ses femmes : le « *mohar* » était primitivement une sorte de prix d'achat. Il reste quelque chose de cette coutume dans le rite actuel de la cérémonie religieuse, qui s'appelle « *épouser avec le sou* ».

Le prix d'achat était traditionnellement gagné par le mari au moyen de services rendus au père de sa fiancée, chez lequel il travaillait comme domestique pendant un certain temps. Cette coutume est fort répandue parmi les races non civilisées, en Amérique, en Afrique, en Asie et dans l'Archipel Indien (1).

Le mariage par achat, chez les Juifs comme chez les autres peuples, tomba en désuétude. Une partie du « *mohar* » était donnée à la femme elle-même et non à son père ; cette partie lui était laissée à titre de douaire, dans les temps anciens. Plus tard, la femme en se mariant reçut une dot, appelé « *nedunia* », dont le mari avait l'usufruit tant que durait le mariage, et ce devint un devoir sacré pour un homme de doter sa fille, bien loin que celle-ci lui fût achetée (2).

(1) Westermarck, *loc. cit.*

(2) L'existence de la dot servit même à distinguer la femme légitime de la concubine : la première était épousée par contrat

Primitivement, le père, qui, selon l'ancienne loi du Jahvéisme, pouvait vendre son enfant en cas de besoin urgent et le faire mettre à mort, avec toutefois l'assentiment de la communauté, pouvait marier ses filles, voire ses fils, à son gré, sans même les consulter. Nous retrouvons encore ici le pouvoir presque sans limites du paterfamilias auquel le fils était astreint jusqu'à la mort de ce dernier. Mais dès le VII^e siècle avant l'ère chrétienne, et selon la loi du Talmud, le consentement volontaire des deux époux était requis, à peine de nullité (1).

La virginité de l'épouse était exigée et le « *signum innocentiae* » était solennellement exhibé. L'adultère était durement châtié.

On considérait une progéniture nombreuse comme une bénédiction de Jéhovah.

Le mariage était interdit entre frères et sœurs, mais non entre cousins. Toutefois Abraham épousa sa demi-sœur, nous apprend la Genèse, et considéra l'union comme légitime parce qu'ils n'avaient pas la même mère (2). Plus tard, un des Hérodes épousa sa sœur.

et recevait une dot, la seconde se prenait sans contrat et demeurait sous la dépendance de l'épouse légitime du mari ; en outre, les enfants des concubines n'héritaient pas des biens-fonds, mais d'un présent que leur faisait leur père (*Encyclop. de 1765*, v^o *Polygamie*).

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) Il convient de citer encore Hérodiade, fille d'Aristobule et

Nous avons déjà rencontré, à propos du *niyoga* hindou, le « *levirat* » hébreu, cette curieuse coutume en vertu de laquelle un fils naît à la veuve d'un homme sans enfants, fils engendré non par l'époux lui-même, mais par son frère, afin « que son nom ne s'éteigne pas dans Israël. » La veuve peut même exiger, devant les anciens, l'accomplissement de ce devoir.

Saint-Matthieu, dans son *Evangile*, au XXII^e chapitre, mentionne cet usage à propos de la question casuistique des Sadducéens : « Maître, Moïse a ordonné que si quelqu'un mourait sans enfants, son frère épousât sa femme et suscitât des enfants à son frère. Or il s'est rencontré sept frères parmi nous, dont le premier ayant épousé une femme est mort ; et n'ayant point eu d'enfants, il l'a laissée à son frère. Il en fut de même du second, du troisième et de tous, jusqu'au septième. Enfin cette femme est morte aussi après eux tous. Lors donc que la résurrection arrivera, duquel de ces sept sera-t-elle femme, puisque tous l'ont épousée ? » Dans le passage de la Bible auquel il est fait allusion, le devoir du frère de l'époux est déclaré d'obligation impérative : « Lors-

de Bérénice et petite-fille du roi Hérode le Grand, laquelle épousa successivement ses deux oncles, Hérode-Philippe et Hérode-Antipas ; saint Jean-Baptiste blâmant ces unions incestueuses, elle obtint la mise à mort du saint par l'entremise de sa fille Salomé.

que deux frères demeureront ensemble et que l'un d'eux sera mort sans enfants, la femme du mort n'en épousera point d'autre que le frère de son mari qui la prendra pour femme et suscitera des enfants à son frère. Et il donnera le nom de son frère à l'aîné des fils qu'il aura d'elle, afin que le nom de son frère ne se perde point dans Israël. » Si le frère du mort décline cette obligation, une procédure particulière doit être suivie, au cours de laquelle son soulier lui est symboliquement arraché. On retrouve cette procédure dans le livre de Ruth, à propos de l'application des règles légales à la généalogie de la maison royale de Juda (1).

Le divorce, aux premiers jours de l'histoire israélite, dit Ewald (2), était peu répandu, les maris n'abusant qu'exceptionnellement du droit de divorcer. Mais plus tard il fut largement admis chez les Hébreux. C'était là un acte purement privé. L'antipathie était une cause suffisante de séparation des époux.

Selon la loi du Talmud, la femme peut demander le divorce si le mari refuse de remplir son devoir conjugal, s'il vit dans le désordre, s'il est impuissant pendant dix ans, s'il souffre d'une maladie insupportable ou s'il quitte le pays pour toujours (2).

(1) Citations et développements dans Sumner-Maine, *op. cit.*

(2) Westermarck, *op. cit.*

Quant au mari, la Bible lui donne toutes les facilités : « Si un homme, après avoir épousé une femme et vécu avec elle, en conçoit du dégoût, à cause de quelque défaut honteux, il fera un écrit de divorce et l'ayant mis entre les mains de cette femme, il la renverra hors de sa maison. » Un rabbin nommé Hillel, peu de temps avant l'ère chrétienne, permettait même, dit-on, de répudier la femme qui avait mal préparé un plat ou laissé brûler un rôti (1).

« Toute femme répudiée ne pourra être reprise par son mari », dit la Bible (2). Le divorce devait être signifié à la femme par un acte, le « *libellus repudii* ». Les enfants restaient à la mère.

La femme accusée d'adultère par son mari était soumise à l'ordalie des eaux amères : après une cérémonie d'exécration où le Grand-Prêtre annonçait que si elle était coupable, la boisson qu'on allait lui faire boire ferait enfler son ventre et pourrir sa cuisse, la femme absorbait le breuvage préparé, et s'il ne lui arrivait rien, elle était réputée innocente (3).

(1) Fonsegrive, *op. cit.*, citant Cauvière, *op. cit.*

(2) C'est là l'origine, observe M. Fonsegrive, *op. cit.*, de l'interdiction du remariage entre deux époux divorcés, qui a existé dans quelques législations modernes.

(3) Fonsegrive, *op. cit.* — M. Fonsegrive fait remarquer justement que c'était ici le contraire de ce qui se passait dans les ordalies ordinaires, où le miracle, l'intervention divine, devait se produire en faveur de l'innocent. Chez les Hébreux au contraire, la manifestation surnaturelle devait se produire pour prouver la

Ainsi donc le mariage hébreu se distingue par son caractère éphémère, par la situation inférieure de la femme, primitivement achetée par le mari et pouvant être renvoyée au gré de celui-ci lorsqu'elle a cessé de plaire. D'ailleurs fréquemment la femme n'était pas même élevée au rang d'épouse : en outre de ses deux, trois ou quatre femmes, l'Israélite polygame avait parfois un certain nombre de concubines. Les servantes des patriarches juifs étaient au nombre de celles-ci.

culpabilité : point n'est besoin d'insister sur ce qu'il y avait ici de plus favorable à l'accusée. Les Juifs sont donc les inventeurs de la présomption d'innocence et de la mise de la preuve à la charge de l'accusation et non de la défense, « procédure, dit M. Fonsegrive, qui a eu tant de peine à s'introduire dans le droit pénal ».

CHAPITRE IV

Les Égyptiens.

Les légendes égyptiennes, amoureuses du concret comme toutes les légendes populaires, attribuent à Ménès l'institution du mariage. Nous avons vu que les données actuelles de la sociologie conduisent à admettre des solutions opposées à l'admission de cette affirmation. Il est possible d'ailleurs que Ménès ait eu une action législatrice prépondérante en notre matière.

Les Égyptiens, nous apprend Diodore de Sicile, n'étaient pas limités dans le nombre de leurs femmes ; ils en épousaient autant qu'ils le désiraient, sauf les prêtres, qui, de par la loi, n'en pouvaient avoir qu'une (1). Cependant Hérodote nous affirme qu'il était d'usage de n'en épouser qu'une seule (2).

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) Selon M. Lane, il n'y a en Egypte pas plus d'un mari sur 20 qui ait aujourd'hui deux femmes. Le mari polygame y a généralement une favorite, qui est soit la plus belle, soit la plus féconde des femmes ou des esclaves.

D'après Ebers, cité par Westermarck, les rois eux-mêmes n'auraient eu, à part leurs nombreuses concubines, qu'une seule vraie femme, car il n'y a pas d'exemple de deux noms d'épouse dans les inscriptions.

Les Egyptiens avaient aussi des concubines, dont la plupart semblent avoir été des femmes étrangères : captives de guerre ou esclaves ; ces concubines étaient membres de la famille, avaient leur rang, après les épouses et les enfants, et jouissaient probablement d'une partie de la fortune après la mort du mari (1). Mais la femme égyptienne, qui s'entendait merveilleusement à accroître sa puissance par des contrats passés avec son futur mari, stipulait fréquemment que le mari ne pourrait prendre de concubine, et en échange elle lui abandonnait ses biens, ses enfants, sa liberté (2).

La femme avait, à vrai dire, des droits fort étendus dans la famille. Elle était considérée comme l'égale du mari : « dès la IV^e dynastie, des tombeaux représentent l'épouse appuyant la main sur l'épaule de son mari, comme une égale (3). Et cette égalité ne suffit pas à l'Egyptienne ; à partir du règne de Bocchoris, et

(1) Westermarck, *loc. cit.*

(2) Paturet, *La condition juridique de la femme dans l'ancienne Egypte.*

(3) Revillout, *Précis de Droit Egyptien.*

jusqu'à un moment où un Ptolémée croira devoir réagir, elle se fait octroyer, par contrat de mariage, la prépondérance dans le ménage » (1). Elle prenait d'ailleurs part aux affaires de l'Etat et au culte des dieux. La femme du Pharaon était associée à l'exercice du pouvoir. Les monuments nous la montrent « assise à côté du maître sur un siège de pareille hauteur, tandis que partout ailleurs... les reines ne sont assises que sur des tabourets de beaucoup inférieurs au trône du roi... Souvent c'est elle qui dirige réellement son mari, qui lui dicte ses volontés, qui désigne ceux qu'il reçoit » (2). Elle se montrait en public avec lui, donnait audience aux ministres. Souvent elle régnait après sa mort (« on compte autant de reines que de rois... dans l'ancienne Egypte », dit M. Maspero), et les monuments la représentent avec une barbe postiche, pour mieux marquer la plénitude de sa souveraineté (3) !

Au moment de sa plus grande puissance, la femme égyptienne avait. — depuis longtemps déjà — l'initiative de l'union : dans les anciens contrats, c'était elle qui affirmait son intention de se marier, et non son mari ; c'était elle qui fixait, d'accord avec

(1) Paul Lapie, *La femme dans la famille*.

(2) Revillout, *loc. cit.*, cit. par Paul Lapie, *op. cit.*

(3) Paturet, *La condition juridique de la femme dans l'ancienne Egypte*. Voir Paul Lapie, *op. cit.*

lui, la façon dont ils entendaient remplir leurs devoirs mutuels (1). Plus tard, les formules changèrent, et le mari prit une position moins secondaire dans l'acte contractuel ; il n'en tenait pas moins compte de l'avis de la femme, puisqu'à ce moment même son rang s'élevait encore dans la famille (2).

L'homme, selon Diodore de Sicile, appartenait à la femme, d'après les termes du contrat dotal, et il était stipulé entre les époux que l'homme obéirait à la femme.

Et l'on peut ajouter une certaine créance à cette singulière affirmation, puisque des contrats de date très ancienne prouvent que la femme, maîtresse de ses biens, « vendait, achetait, prêtait, empruntait sans avoir besoin d'autorisation maritale » (3).

« En droit, dit M. Revillout (4), l'égalité des sexes était absolue. En fait, les femmes, plus habiles, avaient su très bien mettre à profit la liberté des conventions... Ce n'était plus le père, c'était la mère qui, se trouvant posséder les biens, administrant toute la fortune du ménage, en faisait un jour le par-

(1) Nietzold, *Die Ehe in Ägypten Zur ptolemaisch-romischen Zeit*, Leipzig, 1903 ; d'après l'analyse de l'*Année Sociologique*, t. VIII, p. 417, cit. par Paul Lapie, *loc. cit.*

(2) Paul Lapie, *loc. cit.*

(3) Revillout, cité par Giraud-Teulon, *Les origines du mariage et de la famille*.

(4) *Précis de droit égyptien*, cit. par Paul Lapie, *loc. cit.*

tage entre les enfants. C'était elle qui trônait au foyer conjugal, où le mari, par contrat formel, s'était seulement réservé une petite place, demandant à être nourri durant sa vie et à ce qu'on prît soin de sa chapelle funéraire après sa mort. »

Même si l'on refuse d'appliquer cette description à toutes les familles égyptiennes, ajoute M. Paul Lapie, — car il est vraisemblable que les pauvres se mariaient sans contrat, et par conséquent ces documents ne nous décrivent peut-être que la famille des riches ; toutefois M. Revillout, s'appuyant sur des papyrus démotiques, déclare que « dans les familles de moyenne et basse condition, la maîtresse de maison était souveraine » (1), — même alors, on doit reconnaître que cette description révèle des mœurs étrangement favorables à la femme. « Sans doute, il lui arrive encore d'être battue : dans un texte traduit par M. Maspéro, un veuf, tourmenté par l'ombre de sa femme, se plaint de son injustice et lui rappelle qu'il ne s'est jamais comporté brutalement à son égard (Revillout, *Cours de droit égyptien*) ; ce qui suppose qu'il en aurait eu le droit. Mais ce droit du plus fort demeure le seul privilège du mari. Et il est probable qu'au temps où la femme (comme nous le verrons plus loin) divorçait à sa fantaisie, les maris n'abu-

(1) Cité par Giraud-Teulon, *loc. cit.*

saient pas de leur force : l'Égypte, disaient les étrangers, c'est le monde renversé » (1).

Le mariage était en grand honneur chez les Égyptiens, et l'on regardait le célibat comme peu honorable, et même comme inconvenant. Les filles étaient mariées dès l'âge de douze ans, quelquefois même à dix ans, après avoir été fiancées deux ou trois ans d'avance ; c'est assez dire que leurs parents se souciaient fort peu de leur consentement et de leur goût. Les futurs époux ne se connaissaient parfois même pas personnellement.

Il faut ajouter d'ailleurs qu'en Égypte, le devoir filial était fort sévère. Les « *Préceptes de Ptah-Hotep* », qu'on appelle « le plus ancien livre du monde », disent que le père doit commander et le fils obéir. Et les Égyptiens modernes n'admettent pas qu'un fils s'asseye devant son père sans y avoir été convié (2).

Les Égyptiens ne craignaient pas l'inceste : Cléopâtre épousa son frère, ainsi que le révèle l'inscription hiéroglyphique de l'obélisque situé en face du Temple d'Isis, à Philæ :

« Au roi Ptolémée, à la Reine Cléopâtre, sa sœur, à la Reine Cléopâtre, sa femme, dieux Evergètes, salut... » (3).

(1) Paul Lapie, *loc. cit.*

(2) Westermarck, *op. cit.*

(3) Traduction Letronne ; citée par Malte-Brun, *op. cit.*

D'autres Ptolémées épousèrent aussi leurs sœurs, même germaines. Les autres mariages de même sorte, selon Westermarck, n'avaient lieu qu'entre frères et sœurs non germains, et cela dès les temps les plus reculés (1).

On suppose que le mariage égyptien était accompagné d'une cérémonie religieuse, tout au moins à l'époque des Ptolémées.

Et en effet, remarque M. Glasson, « les lois des peuples de l'antiquité avaient un caractère à la fois religieux et civil ; il n'est donc pas étonnant qu'elles aient, le plus souvent, fait du mariage un acte à la fois religieux et civil » (2). Nous avons vu qu'il en

(1) Selon M. Paul Lapie, citant Maspero, *Histoire ancienne des peuples de l'Orient*, et Nietzold, *op. cit.*, le Pharaon « devait » même épouser sa sœur, et l'inceste était aussi répandu dans le peuple.

(2) Le papyrus 1492 de la collection de l'archiduc Renier, reproduit dans les *Textes de droit romain* de P.-F. Girard, nous présente l'expédition dressée en l'an 124 après Jésus-Christ d'une décision rendue « *extra ordinem* » par un délégué du magistrat, en l'espèce le délégué du Préfet d'Egypte, dans un litige entre deux Egyptiens, et intéressante pour l'histoire du droit local égyptien.

« Il nous apprend pour la première fois, dit M. Girard, comment la distinction déjà connue (V. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891, p. 226 et suivantes ; Denisse, *N. R. histor.*, 1893, p. 23 et suiv. et les auteurs cités) du mariage écrit, qui seul est le véritable mariage, et du mariage sans écrit, qui n'est qu'un concubinat, mais qui cependant rattache les enfants au père, influait sur le droit de tester des enfants qui en étaient issus, les premiers ayant le droit de tester au détriment du père, qui est, pour des raisons quelconques, refusé aux seconds. C'est le prin-

était ainsi chez les Hindous, et le même phénomène peut être constaté chez maints autres peuples.

Le divorce était facile chez les Egyptiens. Le mari pouvait répudier sa femme, mais elle prit de bonne heure des précautions contre la répudiation, en se faisant fixer par le contrat de mariage l'indemnité qui lui serait dans ce cas versée (1).

Dans la suite, elle put aussi répudier son mari, et même, vers le temps d'Evergète II, elle semble avoir conquis le monopole de la répudiation (2).

cipe juridique supposé comme constant dans notre procès en pétition d'hérédité».

(1) Nietzold, *op. cit.*

(2) Jules Cauvière, *Le lien conjugal et le divorce*, cité par Fonsgrive, *op. cit.* — V. aussi Paul Lapie, *loc. cit.*, citant Paturet, *La condition sociale de la femme dans l'ancienne Egypte*.

CHAPITRE V

Babyloniens, Perses, etc...

« Les anciens Babyloniens étaient monogames, et le code d'Hammourabi, récemment rapporté de Suse par M. de Morgan et traduit par le P. Scheil (1), l'établit surabondamment. Ce code date du vingt-troisième ou vingt-quatrième siècle avant Jésus-Christ; c'est le plus antique monument que nous possédions sur les mœurs de l'humanité » (2).

Le mariage y était un acte public. On a contesté (3) qu'il se fit par achat, comme chez les Chaldéens et les Assyriens. Les femmes recevaient des dots en se mariant (4).

Le mari ne pouvait prendre de concubine qu'au

(1) *Mémoires publiés sous la direction de M. de Morgan*, t. IV, *Textes élamites-Sémitiques*, 2^e série, par le P. Scheil (cit. par Fonsegrive, *op. cit.*).

(2) Fonsegrive, *ibidem*.

(3) Gaston Richard, *La femme dans l'histoire*.

(4) Hérodote nous dit que les « dots étaient fournies par l'argent payé pour les belles » (Westermarck.)

cas où il n'avait pas d'enfant ni de sa femme légitime ni de la serve que celle-ci pouvait lui donner ; la serve était considérée là non comme une concubine, mais comme une suppléante, une sorte de prolongement de la personnalité de sa maîtresse. La serve, même devenue mère, devait respecter sa maîtresse ; mais elle ne pouvait être vendue. La seule punition qui pouvait lui être infligée, c'était de la marquer et de lui faire prendre rang parmi les autres esclaves (1).

Le mari pouvait répudier sa femme ; mais il devait lui rendre son douaire ou même lui donner une indemnité s'il le faisait sans avoir contre elle de motif de plainte ; elle devait élever les enfants et pouvait ensuite se remarier (1). Lorsqu'au contraire elle avait encouru des reproches, qu'elle était portée à sortir, qu'elle semait la division ou abandonnait son mari, elle pouvait être répudiée publiquement ; elle n'avait alors droit à rien et en outre demeurait l'esclave de son mari. Mais si elle était coureuse et ruinait la maison, elle était jetée à l'eau (1).

Si la femme avait de justes motifs de plainte, elle pouvait être autorisée à retourner chez son père, en emportant son trousseau.

La femme ne pouvait être répudiée pour cause de

(1) Fonsegrive, *op. cit.*, citant le père Scheil.

maladie sans son consentement ; mais le mari pouvait prendre une seconde femme.

L'inceste en ligne directe, le viol étaient sévèrement châtiés ; l'adultère (1) également, mais le mari pouvait pardonner. Cependant si, en l'absence du mari, il n'y avait pas de quoi vivre dans la maison commune, la femme pouvait entrer dans une autre maison et y avoir des enfants sans être punissable (2).

C'était sans doute le père qui mariait ses enfants ; les frères aînés succédaient même sur ce point aux droits du père.

Le père ne pouvait renier son fils que devant les juges, en cas de faute grave, et après un premier pardon (3).

La femme demeurée veuve et sans douaire avait droit à une part d'enfant dans l'héritage du mari.

Il existait chez les Babyloniens des femmes publiques qui paraissent avoir eu des fonctions reconnues, et peut-être même des « *favoris* » employés au palais, qui semblent avoir eu des fonctions analogues. Mais les textes sont peu clairs sur ces sujets (4).

En plus d'un point de la législation civile, remar-

(1) La femme accusée d'adultère par son mari était soumise à l'ordalie de la flottaison (*Code d'Hammourabi*, p. 155, § 132, cit. par Fonségrove, *op. cit.*).

(2-3-4) Fonségrove, *op. cit.*

que M. Fonsegrive, le code d'Hammourabi paraît supérieur au code hébreu ; mais le même auteur l'estime au contraire inférieur en ce qui concerne le point de vue moral.

Nous pensons, pour notre part, qu'il fut un monument d'une extrême sagesse, étant donné son âge si antique ; on a pu voir en outre que la femme, bien qu'elle fût dans une situation inférieure, avait des droits fort bien déterminés.

★★

Les anciens Perses — comme les Mèdes, comme les Assyriens — étaient polygames, surtout les rois et les classes riches (1), et chez ceux-là, le sort de la femme était peu enviable, comme chez la plupart des peuples polygynes d'ailleurs. La première épouse jouit aujourd'hui de certaines prérogatives ; il en était peut-être de même autrefois. Les anciens Perses sont accusés d'avoir contracté des unions incestueu-

(1) Schrader, toutefois, pense que les anciens Perses étaient, de règle, monogames, comme l'étaient les premiers Indo-Européens en général, selon Sumner-Maine et Schrader (*Westermarck op. cit.*). Il est possible que les Perses ne soient devenus polygynes qu'à la longue, ou que la polygamie ait été réduite aux classes riches, hypothèse plausible lorsque l'on songe que chez plusieurs peuples il en fut ainsi. Quoi qu'il en soit, la loi de Zoroastre chercha à faire prédominer la monogamie, tout en permettant cependant de prendre une seconde femme si la première était stérile (*Zend-Avesta*, II, 230, trad. Kleuker, cit. par Bigeon, *op. cit.*).

ses, non seulement entre frères et sœurs, également comme les Assyriens, mais encore entre parents et enfants. Il est certain que Cambyse et d'autres monarques épousèrent leurs sœurs. Les Persans modernes ont d'ailleurs encore une grande prédilection pour les mariages consanguins : mari et femme sont généralement de la même famille, et très souvent cousins (1). Le Zend-Avesta recommande d'ailleurs les mariages consanguins.

Les enfants étaient souvent fiancés dès le plus jeune âge par leurs parents. Il allait de soi qu'une fille fût mariée dès qu'elle parvenait à la puberté. Le mariage contracté par une femme contre la volonté de ses parents était considéré comme un mariage de la pire espèce (1).

Les fiançailles étaient célébrées par un prêtre, qui unissait les mains du jeune couple, en lisant des prières (1).

Les mariages, chez les Persans d'aujourd'hui, se font par la médiation de procureurs ; il n'y a de dot que le trousseau. La mariée est conduite chez son époux, la nuit, en grande procession, à la lueur des flambeaux et au son des instruments (2). Cela n'empêche d'ailleurs pas les harems d'être peuplés de

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) Malte-Brun, *op. cit.*

belles esclaves, qui, paraît-il, sont ruineuses par leur luxe (1).

La femme n'hérite ni de ses parents, afin de ne pas porter les biens dans une autre famille en se mariant, ni de son mari. Le Coran, en s'introduisant chez ce peuple, n'a pu modifier cet état de choses, bien qu'il accorde formellement des droits d'héritage aux femmes. Les enfants mâles seuls héritent, et à leur défaut, ce sont les fils des frères ou sœurs du *de cujus*.

La situation des femmes des Persans nomades est très misérable, elles sont astreintes aux plus durs travaux.

Les Perses considéraient comme une horrible calamité l'absence d'enfants dans une famille.

(1) Malte-Brun, *op. cit.*

CHAPITRE VI

Les Grecs.

Les Grecs attribuent à Cécrops l'institution du mariage, comme les Egyptiens à Ménès, par le même besoin de concret.

Il est à remarquer d'ailleurs que dans beaucoup de matières les divers peuples primitifs ont des légendes présentant une grande analogie de fond, et ne différant entre elles que par l'affabulation ou par des détails secondaires, — analogie qui ne prouve toutefois aucunement en faveur de leur véracité.

En Grèce, la femme occupe une situation secondaire : elle n'est considérée que comme un moyen d'avoir une descendance. A Athènes et à Sparte, le mari enferme sa femme dans le gynécée, lorsque les parents la lui ont livrée, sans que sa volonté ait été prise en considération. Elle est entièrement soumise à l'absolutisme du mari (1).

(1) Les philosophes stoïciens, les premiers, soutinrent l'égalité morale de l'homme et de la femme et demandèrent que cette dernière fût, comme l'homme, instruite dans la philosophie.

« La Grèce, dit Balzac (1), ayant un pied en Europe et l'autre en Asie, fut influencée par son climat passionné dans le choix de ses institutions conjugales ; elle les reçut de l'Orient, où ses philosophes, ses législateurs et ses poètes allèrent étudier les antiquités voilées de l'Égypte et de la Chaldée. La réclusion absolue des femmes, commandée par l'action du soleil brûlant de l'Asie, domina dans les lois de la Grèce et de l'Ionie. La femme y resta confiée aux marbres des gynécées. La patrie se réduisant à une ville, à un territoire peu vaste, les courtisanes qui tenaient aux arts et à la religion par tant de liens, purent suffire aux premières passions d'une jeunesse peu nombreuse, dont les forces étaient, d'ailleurs, absorbées dans les exercices violents d'une gymnastique exigée par l'art militaire de ces temps héroïques ».

Les Grecs étaient monogames. Mais ils avaient souvent des concubines qui vivaient dans la maison conjugale, et occupaient un rang secondaire, après l'épouse. La polygynie semble être attribuée à Priam, mais à lui seul, et la bigamie était pratiquée par les tyrans dans quelques-unes des colonies grecques (2). Mais voici plus curieux : les Spartiates auraient pratiqué la polyandrie, si l'on s'en rapporte à Polybe,

(1) Cité par Paul Abram, *L'évolution du mariage*.

(2) Westermarck, *op. cit.*

XII, 7, 732, d'après Timée (cité par Sumner-Maine, *op cit.* — V. les intéressantes remarques de cet auteur, p. 167, et le motif qu'il attribue à cette habitude : l'imposition d'une taxe publique sur les installations ménagères distinctes qui ne prenaient point naissance hors de mariages séparés — cause analogue à celle qui a entraîné dans l'aristocratie vénitienne de la première partie du XVIII^e siècle la polygamie des frères).

Les mariages étaient, en général, célébrés devant les autels et confirmés par des serments, mais la présence d'un prêtre n'était pas indispensable. Des prières et des sacrifices les précédaient et les accompagnaient, on invoquait les divinités qui présidaient à l'union des sexes. Le mariage, dit Musonius, « est sous la protection de dieux grands et puissants » ; et Platon enseigne que l'homme ne doit cohabiter qu'avec la femme qui est entrée dans sa maison avec de saintes cérémonies (1). De l'âge homérique, toute-

(1) Westermarck, *op. cit.* — A Athènes, un prêtre consacrait le mariage dans un temple ; on conduisait ensuite la mariée sur un char, au domicile conjugal ; une troupe de jeunes garçons l'accompagnait en chantant des hymnes en l'honneur de l'Hyménée. Le soir, il y avait un grand festin. Deux chœurs de jeunes garçons et de jeunes filles chantaient un épithalame à la porte de la chambre nuptiale. En Grèce, tous les mariages se faisaient le soir à la clarté des flambeaux. A Sparte cependant, on ne célébrait les mariages par aucune fête. Le soir, l'époux venait enlever furtivement, et comme de force, sa femme de chez ses parents, et la

fois, ne subsistent pas de traces de mariages accompagnés de sacrifices et de rites religieux, mais il n'en faut pas conclure qu'il n'y en avait pas (1). L'absence de cérémonies religieuses ne nuisait d'ailleurs aucunement à la validité du mariage.

Nous retrouvons chez les Grecs le mariage par capture, signalé par Denys d'Halicarnasse comme une ancienne coutume. Il a même été conservé comme symbole dans la cérémonie, nous dit Plutarque. Selon Sakellarios, de nos jours même il arrive qu'on se procure de la sorte des épouses (1).

Nous retrouvons également ici le mariage par achat. Aristote nous apprend que les Grecs achetaient, habituellement, leurs femmes, et du temps d'Homère on appelait une jeune fille « αλφεσιβοια », c'est à dire celle « qui procure à ses parents beaucoup de bœufs comme cadeaux de son prétendant » (1).

L'achat, ici encore, conduisit peu à peu vers la dot ; chez les Grecs de l'âge d'Homère, le père don-

conduisait chez lui ; il s'en retournait ensuite souper au gymnase avec ses camarades, y coucher, comme à l'ordinaire, et ne voyait sa femme qu'en se déroband à la vigilance de tout le monde. Ce commerce secret durait quelquefois pendant plusieurs années (Dezobry et Bachelet, *Dictionnaire de géographie et d'histoire*). Les Spartiates exigeaient que les deux époux eussent une beauté mâle, une taille avantageuse et une santé brillante (*ibid.*).

(1) Westermarck, *op. cit.*

nait parfois une partie ou même la totalité des cadeaux reçus du fiancé à sa fille, comme dot. Plus tard ce fut le mari qui les donna directement à sa femme, soit quand il la vit, pour la première fois, sans voile, soit après la « νύξ μυστική » (1).

A Athènes, le mari administrait la dot ; il pouvait s'en servir pour les besoins du ménage, et pouvait même aliéner les objets mobiliers qui en faisaient partie. Mais la propriété en demeurait à la femme. En cas de mort du mari ou de divorce, la dot revenait à cette dernière, qui avait même, pour la garantir, une hypothèque sur un immeuble du mari ; et un intérêt de neuf oboles était dû à la femme par le mari divorcé tant qu'il la détenait (1).

La dot de la femme grecque établissait la distinction entre la femme légitime, qui en avait une, et la concubine, qui n'en avait pas. Isæus prétendait qu'aucun homme bien né ne pouvait donner à sa fille moins du dixième de son bien.

A Sparte, la dot était tellement importante que près des deux cinquièmes du territoire appartenaient à des femmes (1).

La dot dégénéra, ainsi que le remarque Westermarck, en « une somme d'argent au moyen de laquelle un père achète un mari pour sa fille, comme

(1) Westermarck, *op. cit.*

autrefois l'homme achetait une femme en payant le père de celle-ci ». Et Euripide, transférant à l'âge héroïque une pratique de son propre temps, met dans la bouche de Médée des plaintes sur ce que son sexe avait à acheter des maris au moyen de fortes sommes d'argent (1). On croirait lire un fragment de quelque pamphlet moderne, n'étaient les noms et la nationalité...

Selon M. Fustel de Coulanges, la soumission illimitée du fils au père existait chez les anciens Grecs, mais disparut de bonne heure à Athènes et plus tard aussi à Sparte. Mais on conteste que cette soumission ait jamais été aussi étendue qu'à Rome. Nous voyons dans l'*Odyssée* que dans certaines circonstances, un père arrivé à la décrépitude pouvait être déposé de sa situation de chef de famille. Plus tard, l'autorité directe du « *paterfamilias* » est limitée à la minorité des enfants. A Athènes, la puissance paternelle cesse pour le fils à vingt ans, et il peut alors se marier à sa guise (1). Le père pouvait toutefois exposer ses enfants en bas-âge (2) et vendre ses filles nubiles.

Mais les femmes étaient toute leur vie en tutelle :

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) On connaît la coutume spartiate du Barathron, qui consistait à tuer les nouveau-nés mal conformés. A Athènes également l'infanticide fut pratiqué. Aristote professa toute une théorie sur l'avortement (Fonsegrive, *op. cit.*).

de celle de leur père elles passaient sous celle de leur mari, et à défaut de l'un et de l'autre, sous celle de certains parents. La femme grecque ne connaissait même pas le mari auquel on la livrait : c'était son tuteur qui, en règle, le lui choisissait. Il en était ainsi à Athènes comme à Sparte.

On donnait quelquefois sa fille en mariage au vainqueur de certains combats ou de concours : la légende nous en apporte maints exemples (1).

D'autre part, le père athénien qui craignait de mourir sans fils, pouvait s'en faire élever un par sa fille et le mode le plus usité pour atteindre ce but consistait à léguer sa propriété — ou plus exactement sa propriété et sa fille ensemble, — à une personne que l'on choisissait et à qui l'on imposait la condition d'épouser cette dernière. Le fils né de ce mariage était ensuite transféré à la famille de son grand-père maternel, avec quelques formes d'adoption, semble-t-il ; il en prenait le nom et devenait en même temps le représentant légal (*κύριος*) de sa propre mère (2).

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) Sumner-Maine, *op. cit.* — « L'intérêt capital de la désignation hindoue et de ses contre-parties dans le droit des autres races, ajoute cet écrivain, est qu'elle marque probablement l'une des brèches par lesquelles le droit des femmes à succéder parvint à pénétrer dans les systèmes rigides de parenté et de succession agnatiques qui régnaient chez les peuples barbares les

Les Athéniens toléraient le mariage entre demi-sœurs paternelles, mais non entre demi-sœurs utérines.

Il existe quelques traces de « *levirat* » dans les annales des deux grands États de la Grèce, Sparte (Plutarque, *Pyrrhus*, 26), et Athènes. « Le père athénien pouvait, comme l'Hindou, pourvoir à la continuité de sa famille par le fils d'une fille ; mais si, mourant sans fils et intestat, il laissait sa propriété descendre à une fille, en dehors de tout arrangement spécial, elle devenait une de ces héritières orphelines (ou *ἐπίκληρος*) qui font si grande figure dans le droit attique. Elle n'avait pas la faculté de se choisir elle-même un époux ; c'était le droit de son plus proche parent de l'épouser, et son devoir de la doter s'il ne l'épousait pas. Ce droit semble, de fait, avoir été vivement disputé ; il y avait une procédure spéciale (*διαδικασία*) pour décider entre les différents prétendants, et des maris divorcèrent souvent d'avec leur femme pour épouser l'héritière » (Sumner-Maine, *op. cit.*). En vertu de cet usage, des demi-frères épousaient leurs demi-sœurs, à la condition qu'ils leur fussent consanguins. On voit que le *levirat* affectait à Athènes une forme considérablement différente de

plus avancés en civilisation. » Le droit athénien faisait passer dans les successions les agnats avant les cognats, et c'était sans doute le droit commun de la Grèce.

l'institution hindoue (V. les développements dans Sumner-Maine, *op. cit.*). En tout cas, le but était toujours d'empêcher la diminution des biens paternels que recueillait l'héritière et de préserver le fonds dans son intégrité pour les sacrifices aux ancêtres (dans le même sens, Fustel de Coulanges, *op. cit.*). Le fils émancipé ne jouissait pas du privilège. Sumner-Maine remarque la tendance, à Athènes comme chez les Hébreux, qu'affectaient tous ces expédients pour la continuation de la famille, à devenir de simples modes de succession aux biens.

Les Athéniens étaient donc endogames jusqu'à un certain degré. D'autre part, un étranger qui vivait maritalement avec une Athénienne était exposé à se voir vendre comme esclave et à voir ses biens confisqués ; l'Athénien qui cohabitait avec une étrangère était passible d'une amende de mille drachmes ; elle pouvait être réduite en esclavage, comme l'étranger. Les Spartiates ne pouvaient non plus épouser d'étrangers, et il en fut de même pour les Héraclides, par une « *rhêtra* » séparée (1).

Les Grecs considéraient le mariage comme un sujet non seulement d'intérêt privé, mais encore d'intérêt public. A Sparte, on procédait au criminel contre ceux qui ne se mariaient pas. A Athènes aussi

(1) Westermarck, *op. cit.*

ceux-ci pouvaient être poursuivis. Mais cette poursuite tomba en désuétude. En dehors de l'intérêt public, il y avait des raisons particulières qui faisaient du mariage une obligation. Platon écrit que chaque individu doit pourvoir à la continuation de représentants lui succédant comme ministres de la divinité; et Isæus dit que l'on doit veiller à ce qu'après sa mort, il reste quelqu'un pour assister aux rites funèbres et accomplir les cérémonies légales à son tombeau (1).

Le divorce était fréquent chez les Grecs, surtout à Athènes, au moins depuis une certaine époque, car il semble avoir été presque inconnu à l'époque homérique. L'antipathie était une cause suffisante de divorce, et celui-ci était considéré comme un acte purement privé.

Le mari pouvait répudier sa femme et même la céder à un tiers ; il pouvait employer la force pour empêcher sa femme de divorcer ; toutefois, quand elle était maltraitée par son mari, elle pouvait demander le divorce devant l' *αρχων* (2). Le mari devait

(1) A Sparte, un mari qui croyait que la stérilité du mariage vint de lui, cédait ses droits matrimoniaux à un plus jeune dont l'enfant appartenait à la famille du mari, et aux femmes d'hommes tombés à la guerre avant qu'elles ne fussent mères, on assignait d'autres hommes, esclaves probablement, afin que le mari défunt eût des héritiers (Westermarck, *op. cit.*)

(2) Westermarck, *op. cit.*

répudier sa femme adultère. La répudiation se faisait habituellement devant témoins. Les enfants restaient au mari après le divorce.

A Athènes, remarque M. Emile Acolas (1), l'épouse paraît avoir été dépourvue de toute culture intellectuelle. Aussi est-ce non point elle, mais l'hétaïre qui « donne la vraie mesure de la femme athénienne » ; c'est l'hétaïre qui est le type de la beauté artistique, le plus souvent douée des dons de l'esprit et non étrangère aux élans les meilleurs, c'est elle qui est la réelle compagne des Athéniens les plus illustres ; c'est Aspasia qui est l'épouse de Périclès » (1).

Et dans une envolée d'enthousiasme lyrique, il s'exclame : « Laissez passer l'hétaïre, elle porte avec elle les destinées de la femme et du mariage ! Laissez arriver le jour où l'union conjugale sera comprise comme la relation la plus libre et la plus égalitaire, issue du sentiment le plus intime, et, dans l'hétaïre athénienne, saluez l'ancêtre de l'épouse qui un jour se sentira reliée à l'époux et à son tour le reliera à elle-même par la seule fidélité certaine et enviable, par la seule qui prenne tout l'être, par celle qui s'alimente à la source vive du cœur, et qui, pour unique sanction, a la conscience ! »

Magnifique programme, si l'on pouvait d'un trait

(1) *Le mariage, son passé, son présent, son avenir*. V. aussi le livre *l'Hétaïre*, de G. Grote, trad. A. Sadous, cit. par Acolas.

de plume rayer les mauvaises passions humaines et par un principe de droit naturel, décréter la bonté, la justice et la loyauté universelles. Cependant point n'est besoin pour exalter ces vertus de remonter à l'hétaïre athénienne. On les a sans doute obscurément — et fréquemment — rencontrées depuis lors, mais elles n'ont point coutume de se faire précéder d'un héraut clamant leur mérite et leur gloire !

Peut-être y a-t-il plus de justesse dans cette observation de M. Acolas que Xénophon et Plutarque ont entrevu la communion morale et intellectuelle du mari et de la femme dans le mariage, et que Lycurgue, le législateur spartiate, « fit avancer l'idée vraie de l'égalisation des deux sexes. »

Quoi qu'il en soit, il est certain que le mari grec voyait dans sa femme un instrument de reproduction, et pourvu qu'elle fût apte à perpétuer sa race sagement et en nombre suffisant, peu lui importait qu'elle fût inculte ou parée des grâces de l'esprit. L'épouse est reléguée au gynécée, où elle « file la laine avec les servantes et s'occupe de l'éducation des enfants pendant leurs premières années » (1). C'est la courtisane qui est la compagne intellectuelle.

Démosthène a défini ce système dans une phrase célèbre : « Nous avons des hétaires pour la volupté

(1) Cit. par Paul Abram, *L'évolution du mariage*.

de l'âme (1), des pallaques (concubines) pour la volupté des sens, des femmes légitimes pour nous donner des enfants et garder nos maisons. »

(1) Au Japon, les *Geishas* jouent le même rôle que les hétaires d'Athènes.

CHAPITRE VII

Les Romains.

La structure de la famille romaine est suffisamment connue pour qu'il nous suffise de la retracer brièvement.

Les Romains étaient exclusivement monogames et dès l'origine même de la fondation de Rome.

La famille romaine était rigoureusement constituée selon le type patriarcal, « où la parenté basée sur l'idée de puissance n'existait que par les mâles, où l'enfant était étranger à la famille d'origine de sa mère et n'était parent de la mère elle-même que parce qu'elle avait passé sous la puissance du père. La famille romaine avait pour colonne maîtresse la *patria potestas*, la puissance reconnue sur les enfants par le droit civil au *paterfamilias* » (1).

Le *paterfamilias* était le maître absolu, à l'origine du moins, de la « *domus* », qui comprenait, outre le *paterfamilias* lui-même, les personnes qu'il avait

(1) P.-F. Girard, *op. cit.*

sous sa puissance maritale et paternelle : enfants, épouse, petits-enfants, femme « *in manu* » du fils, etc... et aussi les personnes « *in mancipio* » et en puissance dominicale (1).

La femme « *in manu* » du paterfamilias, celle « *in manu* » du fils de celui-ci, étaient sous sa puissance au même titre que ses enfants et ses petits-enfants, c'est pourquoi la première était « *loco filiae* », « à la place d'une fille », et la seconde « *loco neptis* », « à la place d'une petite-fille. »

Le caractère saillant de la puissance paternelle romaine, c'était, non pas, comme chez nous, l'intérêt de l'enfant, mais celui du père. C'est de ce principe que découlaient les conséquences suivantes :

La puissance paternelle, au moins jusqu'à une certaine phase du droit romain, ne cessait pas à la majorité de celui qui y était soumis, elle durait tant qu'une circonstance particulière spéciale (mort du paterfamilias, sa « *capitis deminutio* », l'émancipation de l'enfant, etc.), ne venait pas la faire cesser ; ni l'âge ni le mariage ne la modifiaient.

Elle n'appartenait qu'au chef de famille ; ce n'était donc pas toujours le père qui l'exerçait ; tant qu'il y était lui-même soumis, son autorité s'effaçait devant celle de l'aïeul paternel (2).

(1) P.-F. Girard, *op. cit.*

(2) Petit, *Traité élémentaire de droit romain.*

Enfin, la mère ne pouvait jamais avoir la puissance paternelle.

Au début, cette puissance conférait au chef de famille des droits rigoureux et absolus, analogues à ceux du maître sur l'esclave et qui s'exerçaient à la fois sur la personne et sur les biens des enfants (1) (droit de vie et de mort, de « *manciper* » l'enfant (sorte de réduction en esclavage), de l'« *exposer* »). Mais à mesure que s'adoucit la rudesse des mœurs primitives, à mesure aussi que se fit sentir davantage l'influence législatrice du préteur, son énergie primitive s'atténua au point de se rapprocher beaucoup de notre conception actuelle. A la fin de l'Empire, elle n'était plus que l'ombre de ce qu'elle avait été.

Notons qu'un nouveau-né pouvait être « *paterfamilias* » s'il n'était sous la puissance de personne, et être ainsi chef de maison, ayant la « *patria potestas* » sur les personnes qui étaient sous sa puissance (sauf à être en tutelle, naturellement).

Les sources de cette puissance étaient diverses ; elle résultait normalement du mariage, et c'est là la principale source qui nous intéresse ici. Nous ne ferons que mentionner l'adoption, qui servait, comme en droit aryen et en droit grec, à acquérir, quand on en était privé, une postérité légitime qui assure-

(1) E. Petit, *Traité élémentaire de droit romain*.

rait la perpétuité du nom et le service du culte domestique; — et la légitimation, qui date seulement du droit chrétien, et destinée à faire acquérir au père la puissance paternelle sur ses enfants naturels issus du concubinat; à l'époque classique, cette dernière s'acquerrait par la collation du droit de cité à un pérégrin, si mention spéciale était faite de l'octroi de la puissance à cet étranger, ou en cas d' « *erroris causæ probatio* » (quand un des deux époux ayant cru de bonne foi avoir le « *connubium* » avec l'autre s'était trompé, et par conséquent n'avait pas la puissance paternelle sur ses enfants, un sénatus-consulte permit d'administrer la preuve de la bonne foi, et cela fait le mariage était converti en « *justæ nuptiæ* »); mais plus tard on considéra comme inférieure la qualité de « *spurius* » ou d'enfant naturel, et la légitimation fit son apparition au temps du Bas-Empire; elle s'opérait par le mariage subséquent des père et mère, l'oblation à la curie (sorte de noblesse municipale, chargée du recouvrement des impôts et responsable sur ses biens de leur rentrée), ou par rescrit du prince.

En ce qui concerne le mariage, les Romains distinguaient les « *justæ nuptiæ* » ou « *justum matrimonium* », — le seul légitime, conforme aux règles du droit civil et le seul engendrant dans sa plénitude la puissance paternelle et la famille civile, — des autres

unions ne remplissant pas les conditions requises. Il ne pouvait avoir lieu qu'entre un citoyen romain et une citoyenne romaine.

Dans ce *justum matrimonium*, l'épouse prenait la condition sociale du mari, elle participait aux honneurs dont il était investi.

Mais la seule existence des « *justæ nuptiæ* » ne suffisait pas pour qu'elle entrât dans la famille civile de son mari, elle restait sous la puissance de son propre paterfamilias, et continuait à faire partie de sa famille d'origine.

Pour que la femme tombât sous la puissance de son mari, qu'elle fit partie de sa famille civile, il fallait que le mariage fût contracté avec « *manus* ». A la vérité, « plus on remonte dans le passé, plus on voit se rapprocher les idées de mariage et de « *manus* », et elles devaient se confondre à l'origine du droit romain (1), car, dans la famille basée sur la

(1) Le mariage n'apparaissait alors que comme un droit de propriété du mari sur la femme. — Note de M. Girard : « On peut relever, comme vestiges de ce régime : le dernier terme de la définition de Modestin — citée, *infra*, chap I^{er}, — qui est faux dans le mariage sans « *manus* », où il n'y a communauté ni de culte ni de biens, et qui doit avoir été inséré à une époque où il était vrai... ; l'usage d'après lequel le nom de « *materfamilias* », plus tard donné logiquement à toutes les femmes mariées était encore réservé du temps de Cicéron à la femme « *in manu* », par une survivance évidente du temps où la « *manus* » seule faisait le mariage ; enfin les descriptions concordantes des institutions de l'époque légendaire où le mariage créé par Romulus, réglé par

puissance, la femme ne pouvait être liée au mari et surtout les enfants nés d'elle ne pouvaient être liés au père que par l'établissement de la « *manus* », par la « *conventio in manum* » qui donnait au mari sur la femme une puissance première, germe de sa puissance seconde sur les enfants (1). Cela n'a pu changer que plus tard, quand les esprits, accoutumés à la coïncidence habituelle de la puissance et de la paternité, ont eu oublié que la puissance sur l'enfant venait de la puissance sur la mère et l'ont considérée comme dérivant de la probabilité de paternité produite par la vie conjugale » (2).

« ... Avant la fin du VI^e siècle, on a admis que les enfants pouvaient être liés au père, qu'il pouvait y avoir mariage, sans que la femme fût passée sous l'autorité du mari, et depuis, le mariage nouveau n'a cessé de gagner en fréquence jusqu'à la disparition totale de la « *manus* ». C'est un nouvel aspect de la transformation de la famille... La restriction des pou-

les « *leges regiae* », est toujours supposé un mariage avec *manus* entraînant communauté de bien et de culte, mettant la femme sous la juridiction domestique du mari, donnant droit de divorcer au mari et non à la femme (Denys, II, 25 ; Plutarque, *Rom.*, 22) ; — ces fables... sont la preuve que pour leurs inventeurs il n'y avait anciennement d'autre mode d'union conjugale que la « *manus* ».

(1) C'est l'opinion qui tend à prévaloir. — V. pourtant, en sens contraire, Cuq, *Institutions*, I, p. 206 et ss.

(2) Girard, *loc. cit.*

voirs du mari résultant de l'admission du mariage simple... a été logiquement la première brèche au vieil édifice patriarcal » (1).

Le mariage romain était habituellement précédé de fiançailles (« *sponsalia* »), conclues entre les futurs conjoints pour les personnes « *sui juris* », et pour les personnes en puissance fort probablement à l'origine par leurs « *patresfamilias* » en dehors d'elles (2), et plus tard par elles avec le consentement de leurs « *patresfamilias* » (3). Elles se faisaient anciennement par voie de contrats verbaux et peut-être ont-elles fondé une action en dommages-intérêts pour inexécution dans le vieux droit romain, comme elles l'ont certainement fait en droit latin jusqu'à la concession de la cité aux habitants du Latium. Plus tard elles furent faites indifféremment par voie de contrat verbal ou de simple convention, et c'était un principe que chaque partie pouvait librement s'en dégager nonobstant toute clause contraire. Tout au plus admit-on à l'épo-

(1) Girard, *loc. cit.*

(2) Les enfants pouvaient être fiancés à l'âge de sept ans, si l'on en croit un texte du *Digeste* que M. Girard suppose d'ailleurs interpolé.

(3) Girard, *loc. cit.* — V. les développements dans Girard, et ses intéressantes notes. — Au Bas-Empire, elles étaient accompagnées d'arrhes ; celui des deux fiancés qui reprenait sa parole perdait celles qu'il avait données ou restituait au double celles qu'il avait reçues.

que récente que leur violation injustifiée pût entraîner quelques déchéances accessoires (1).

En ce qui concerne les formes du mariage, il nous faut distinguer entre celui avec « *manus* » et celui sans « *manus* ».

Le mariage avec « *manus* » se formait, dans l'ancien droit, par trois procédés : la confarréation, la « *coemptio* » et l'usage.

La confarréation était un mariage essentiellement religieux ; il consistait en l'offrande à Jupiter d'un pain d'épeautre (« *farreus panis* »), et la prononciation de paroles sacramentelles (« *verba certa et sollemnia* »), devant dix témoins, le grand pontife et le flamine de Jupiter (2).

Cette forme est sans doute la plus ancienne, elle ne fut probablement accessible qu'aux patriciens ; les titulaires de certaines fonctions — le « *rex sacrorum* », les grands flamines — devaient être nés de parents mariés « *farreo* » et étaient obligés de se marier ainsi.

La « *coemptio* » — considérée comme le mariage civil par rapport au premier, et aussi comme le mariage plébéien à côté du mariage patricien, — con-

(1) Girard, *loc. cit.*

(2) V. les développements dans Girard, *loc. cit.* — M. Girard signale les analogies avec cette forme romaine, présentées par les coutumes Finnoises (Smirnov, *Populations Finnoises de la Volga et de la Kama*, 1898, p. 121, 122).

sistait en une acquisition de la future épouse par le mode d'acquérir habituel des choses précieuses, la « *mancipation* » (1).

Les formes étaient les mêmes que dans la mancipation ordinaire, mais les paroles différaient : « *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia* », disait la femme (2), formule qui était sans doute, selon M. Girard, un vestige du temps où l'épouse prenait le nom gentilice du mari.

La troisième forme enfin, l'« *usus* », est à la « *coemptio* » ce que l'usucapion (ou prescription acquisitive) est à la mancipation. C'est l'acquisition par la

(1) La *coemptio* semble être un vestige, demeuré dans les formes, du temps où l'on acquérait une femme par l'achat ; on retrouve même des traces de la capture dans la « *festivitas nuptiarum* » païenne (*fêtes nuptiales*), — au cours de laquelle la mariée se réfugiait aux genoux de sa mère et était emmenée de force par le marié et ses amis (Westermarck, *loc. cit.*). — Ces formes, et « l'organisation de la famille romaine qui avait pour fondement une puissance à l'origine à peu près identique sur la femme, les enfants et les esclaves, se concilient très bien avec le système d'après lequel les premiers enfants en puissance de leur père auraient été ceux qu'il avait eus de captives prises ou achetées à l'étranger et qui lui appartenaient au même titre que les enfants de ses esclaves et le croit de ses troupeaux » (Girard, *loc. cit.*) — « Les premiers Romains, dit M. Ortolan, d'après leurs traditions héroïques ont été obligés de recourir à la surprise et à la force pour enlever leurs premières femmes. » — Enfin, remarque M. Schrader, cité par Westermarck, le processus symbolique de la *coemptio* conservait une réminiscence de la coutume primitive en vigueur, sinon à Rome, du moins chez les ancêtres des Romains, d'acheter les femmes.

(2) Girard, *loc. cit.* (p. 149, n. 2 et 163 n. 1).

possession prolongée » (1). Au bout d'un an de cohabitation régulière, la femme tombait de plein droit, comme de façon automatique, sous la « *manus* » de son mari, bien qu'il n'y ait eu ni confarréation, ni « *coemptio* ». Mais si la femme voulait échapper à cette règle, la loi des XII Tables lui offrait un moyen de s'y soustraire ; elle devait découcher trois nuits de suite avant l'expiration de l'année ; c'était « *l'usurpatio trinocitii* ».

Ces trois formes disparurent à des époques diverses. Au IV^e siècle de l'ère chrétienne, aucune d'elles ne subsistait, et il ne restait plus que le mariage sans *manus*, exception à l'origine, droit commun à l'époque récente.

Ce mariage, qui se contractait *sans aucune forme*, qui n'exigeait même pas la cohabitation physique (2), exigeait du moins la mise de la femme à *la disposition du mari*, plus largement l'établissement de la vie commune, et le moment où il commençait se plaçait seulement alors (1).

Mais comment distinguer ce mariage sans aucune forme, qui certes pouvait avoir été précédé de fiançailles, de réjouissances et de cérémonies religieuses,

(1) Girard, *loc. cit.*

(2) Ulpien, *Dig.*, 35, I, *De Cond.*, 15 : — « *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* ». — Girard, *loc. cit.*

ou de la rédaction d'un écrit réglant les rapports pécuniaires des époux (« *instrumentum dotale* ») — et dans ces cas il n'y avait pas de doute possible, — mais qui avait pu aussi n'en point être accompagné (1), comment le distinguer du simple concubinat, qui ne diffère du mariage que par l'intention (« *affectus maritalis* »)? On se basait alors sur des présomptions, « admises seulement du reste à défaut d'autre indice et sauf preuve contraire, qui paraissent déjà avoir fonctionné en droit classique, avoir été modifiées par Théodose et Valentinien et avoir été remaniées par Justin : en partant de ces présomptions, on supposait le mariage ou le concubinat selon que les personnes étaient ou non du même rang avant Justin; *on supposa toujours le mariage depuis Justin* » (2).

(1) Remarquons à ce sujet que si, suivant l'affirmation de certains auteurs, — « les auspices formaient une partie très importante d'une noce Romaine; et si l'on trouvait les dieux contraires au mariage, la noce était retardée, ou l'alliance abandonnée. Cicéron lui-même jugeait qu'il était mal de se marier sans auspices » (Westermarck, *loc. cit.*), — il paraît difficile de croire qu'il y ait eu des unions qui n'aient pas été accompagnées d'au moins un des divers éléments contingents qui permit de reconnaître un vrai mariage d'un simple concubinat. Il est vrai, faut-il ajouter, que l'indifférence envers les choses religieuses étant devenue à peu près complète et les auspices étant tombés dans le discrédit, à la fin de l'époque des Empereurs païens, il y a lieu de se poser la question au moins pour l'époque postérieure à ces empereurs.

(2) Girard, *loc. cit.*

Mais Justinien exigea la rédaction d'un « *instrumentum dotale* » pour le mariage des « *personnes illustres* » et pour celui du concubin avec la concubine. D'ailleurs de son temps la coutume de la dot était entrée dans les mœurs, et nous verrons plus loin que la constitution de dot était même devenue une obligation pour le paterfamilias de la fille en puissance, depuis Antonin Caracalla.

Tout mariage, quelle qu'en fût la forme, devait réunir pour sa validité plusieurs conditions :

1° Le consentement des futurs époux, quand ils étaient « *sui juris* », et en outre celui de la personne qui les avait en puissance au cas contraire (1) ; — et même celui de la personne qui pouvait encore avoir le mari en puissance s'il devait y retomber de nouveau : par exemple non-seulement le grand-père, mais aussi le père, devaient consentir à l'union du petit-fils (2).

Depuis la loi Julia de 736, le citoyen « *alieni juris* »

(1) Nous avons vu qu'à l'origine le consentement du paterfamilias qui mariait son fils ou sa fille était même le seul requis.

(2) Parce que le grand-père ne pouvait donner à son fils des « *héritiers siens* » malgré lui ; le consentement du père de la petite-fille du paterfamilias était au contraire inutile, parce que les enfants nés de cette femme naissaient dans la famille du mari de celle-ci, et par conséquent ne devaient jamais être sous la puissance du père de cette femme après la mort du paterfamilias.

victime d'un veto abusif de son paterfamilias put en appeler au magistrat et obtenir l'autorisation de passer outre. Alors donc qu'au début le consentement de la personne qui avait la puissance était seul requis, ce fut le contraire qui prévalut dans la suite.

La mère et les ascendants maternels n'étaient jamais consultés, car ils ne devaient jamais avoir le futur époux en puissance, et le système n'a jamais changé la physionomie qu'il devait au fondement primitif tiré non de l'idée d'intérêt de l'enfant, mais de l'idée de puissance (1).

2° La seconde condition requise était la puberté du mari ; la femme devait être nubile. A l'origine, les Romains procédaient à un examen de fait individuel ; mais de bonne heure on admit pour les filles un âge fixe qui permit de renoncer à ce système : l'âge de 12 ans fut adopté ; l'âge de 14 ans fut fixé pour les garçons, mais beaucoup plus tard seulement ; pour eux la règle ancienne subsista fort longtemps.

3° Enfin une troisième condition, moins absolue toutefois que les deux autres, était requise : c'était l'aptitude légale à contracter les « *justæ nuptiæ* », désignée sous le nom de « *connubium* ». Il fallait en principe être citoyen romain pour en jouir. Donc

(1) Girard, *loc. cit.*

étaient privés du « *connubium* », dans le droit ancien, les esclaves, les latins, sauf les « *latini veteres* », et les pérégrins, à moins de concessions spéciales. Sous Justinien, avec l'extension du droit de cité, il n'y eut plus que les esclaves et les barbares qui n'avaient pas le « *connubium* » (1).

On groupait en outre sous le même nom les conditions de capacité tenant à l'absence d'empêchements relatifs qui pouvaient résulter soit de la disproportion des rangs, soit de la parenté et de l'alliance, soit enfin de certaines règles du droit positif.

En ce qui concerne la disproportion des rangs, il convient de placer d'abord la prohibition des mariages entre patriciens et plébéiens du droit ancien, abolie par la loi Canuleia, en l'an 309 de Rome ; la défense subsista toutefois au mariage entre ingénus et affranchis, jusqu'en l'an 736 (première loi matrimoniale d'Auguste), qui la supprima, mais prohiba en même temps le mariage entre membres de la classe sénatoriale (sénateurs et descendants agnatiques jusqu'au troisième degré) et femmes de mœurs ou de profession honteuses, prohibition qui fut elle-même abolie par Justinien (2). D'autre part, les citoyennes romaines ne pouvaient pas épouser des Barbares, sous peine de mort, d'ordre de Valentinien.

(1) Eug. Petit, *loc. cit.*

(2) Girard, *loc. cit.*

Dans le domaine de la parenté et de l'alliance, on ne distinguait pas entre la cognation et l'agnation, et c'était une des rares matières où même le droit le plus ancien considérait la parenté naturelle. Entre parents en ligne directe, le mariage était interdit à l'infini. En ligne collatérale, à l'origine, il était défendu entre parents jusqu'au sixième degré ; cette rigueur dura peu et disparut avant la fin de la deuxième guerre punique ; la prohibition des unions entre cousins germains subsista jusque vers la fin de la République ; Théodose le Grand les prohiba de nouveau sous l'influence des idées chrétiennes, mais Arcadius et Honorius les autorisèrent enfin définitivement. Entre oncle et nièce, entre neveu et tante, la prohibition était absolue ; cependant elle fut levée par un sénatus-consulte rendu pour que Claude pût épouser Agrippine, et pendant trois siècles il fut ainsi permis à l'oncle paternel d'épouser sa nièce, bien que le mariage d'un oncle maternel avec sa nièce restât illégal ; en 342, l'ancienne règle fut rétablie dans son intégrité, avec la peine de mort pour sanction.

L'alliance fit obstacle au mariage seulement depuis la fin de la République (car auparavant la mère de Cluentius avait pu épouser son gendre [1]), tout au moins en ligne directe ; ce ne fut que sous l'influence

(4) Girard, *loc. cit.*

du christianisme, que l'union entre beau-frère et belle-sœur fut aussi défendue. L'Eglise fit également interdire le mariage entre cousins germains et plus tard même entre deuxièmes et troisièmes cousins.

En outre, la loi « *Julia de adulteriis* » prohiba le mariage entre l'époux adultère et son complice, prohibition qui se conserva jusqu'à nous et ne fut levée que par une loi toute récente; un S.-C. rendu sous Marc-Aurèle et Commode, entre le tuteur ou son fils et sa pupille; des rescrits impériaux, entre le gouverneur d'une province et les femmes de cette province; des constitutions impériales, entre chrétiens et juifs, etc... (1).

Si l'une de ces prohibitions était enfreinte, il n'y avait pas de mariage romain, de « *justæ nuptiæ* », et s'il y avait inceste, des sanctions pénales intervenaient. Le mariage était nul civilement et la nullité était absolue, sans ratification possible. Cependant, dans le cas de mariage entre un citoyen et une étrangère sans connubium, on admettait qu'il y avait un mariage de droit des gens, susceptible de produire des effets restreints.

Mais quand aucune défense n'était enfreinte, quand toutes les conditions requises, précédemment exposées, étaient réunies, la validité du mariage était indé-

(1) Girard, *loc. cit.*

pendante, — comme nous l'avons déjà vu, — de toute solennité de forme, de toute cérémonie religieuse au temps du paganisme, de toute bénédiction nuptiale au temps du christianisme. Ce ne fut qu'après Justinien, Léon le Philosophe, empereur d'Orient, qui le premier exigea la bénédiction nuptiale comme condition de validité du mariage civil (1).

Les époux se devaient mutuellement fidélité ; mais l'adultère de la femme était plus sévèrement châtié que celui du mari, en raison du danger d'introduire un enfant de sang étranger dans la famille (2). Constantin le punit de mort (3), mais Justinien remplaça cette peine par celle de la réclusion dans un monastère pendant deux ans, si le mari pardonnait, et à perpétuité au cas contraire. Le mari devait protection à sa femme et celle-ci respect et obéissance à son mari.

(1) Léon, Nov. 89, cit. par Petit, *loc. cit.*

(2) La loi Julia de adulteriis (an 736 ?) punissait l'adultère de la femme de la relégation, et de certaines déchéances accessoires. Le père et le mari avaient seuls le droit d'intenter la poursuite pendant soixante jours ; passé ce délai, n'importe qui pouvait agir ; le mari ne pouvait donc pardonner à son gré, comme avant cette loi, et en outre il encourait un châtement s'il n'agissait pas dans les soixante jours. Plus tard, Constantin, en même temps qu'il aggravait la peine de la femme adultère, réserva le droit d'agir au mari et aux plus proches parents.

(3) Primitivement, le mari pouvait bien mettre à mort sa femme adultère, mais plutôt à titre de vengeance licite qu'à titre de juridiction (Girard, *loc. cit.*)

La femme, quand elle tombait sous la « *manus* » du mari, entrait dans la famille civile de celui-ci, et tout lien civil était rompu entre elle et sa famille naturelle. Les droits de succession et de tutelle, la communauté de culte privé qui existaient entre elle et sa famille naturelle étaient rompus, et ces mêmes liens l'unissaient dès lors à la famille de son mari, dans laquelle elle occupait le rang d'une fille (« *loco filix* »). Par suite, elle était soumise à la « *patria potestas* » du mari, s'il était *sui juris*, ou du père du mari s'il était *alieni juris*. En vertu de cette puissance, le paterfamilias pouvait la réclamer par la revendication et les autres voies de droit données au père ; la donner « *in mancipio* », sorte d'esclavage temporaire d'une personne libre ; la frapper de toutes les peines, la mettre à mort, jusqu'à une certaine époque tout au moins ; la répudier.

Il acquérait par elle comme par les enfants en puissance, ce qui s'appliquait notamment, quand elle était *sui juris* au moment de la *conventio in manum*, à tout le patrimoine qu'elle avait jusqu'alors (Cicéron, *Top.* 4, 23 : *Cum mulier viro in manum conventit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine*), et quand elle était *alieni juris*, à la quotité de biens que son père lui donnait fréquemment alors, précisément pour l'indemniser des espérances suc-

cessorales qu'elle perdait dans sa famille d'origine (1).

La manus, en résumé, conférait au mari sur sa femme un pouvoir aussi énergique que la patria potestas sur ses enfants. Tous les membres de la famille, dit Mommsen, étaient dépourvus de droits légaux, la femme et l'enfant non moins que le bœuf ou l'esclave.

Mais les mœurs tempéraient les rigueurs de la potestas du mari : il ne pouvait juger la femme qu'après avis d'un conseil où figuraient sans doute les cognats de celle-ci, et ne pouvait la manciper qu'à titre de vente (1).

La femme in manu avait, avons-nous dit, le culte, les agnats et les gentils de son mari, et cela entraînait les conséquences normales, notamment les liens de tutelle, d'hérédité, etc... entre elle et la famille civile de son mari.

La femme mariée sans manus, au contraire, restait sui juris, si elle l'était ; elle demeurait dans sa famille d'origine et ne devenait pas l'agnate des agnats de son mari ; elle restait sous la tutelle de ses propres agnats avant la disparition de la tutelle perpétuelle des femmes ; après cette disparition elle conservait l'entière liberté d'administration et de disposition de

(1) Girard, *loc. cit.*

ses biens. Si elle était *alieni juris*, elle restait sous la puissance de son *paterfamilias*, avec toutes les conséquences qui découlaient de cette puissance : elle acquérait pour lui, restait soumise à sa juridiction domestique, etc...

Mais peu à peu des conséquences juridiques nouvelles furent attribuées au mariage *sans manus*, sans vue d'ensemble d'ailleurs ; admises sous la pression des faits, c'étaient des solutions concrètes isolées (1). La femme put apporter, comme *contribution aux charges du ménage*, « une quotité de biens jouant le même rôle joué dans le mariage avec *manus* par tout le patrimoine de la femme *sui juris*, par les libéralités du père de la femme *alieni juris*. C'était la dot (« *dos* »), qui, loin de naître avec le mariage *sans manus*, était donc, dans ce mariage, une imitation volontaire et partielle des conséquences régulières et forcées du mariage avec *manus* » (1).

La dot était à l'origine un véritable don, définitivement acquis au mari. Mais les jurisconsultes classiques, préoccupés de l'idée que le mari devait affecter les biens dotaux aux charges du mariage et les restituer éventuellement, ne considérèrent plus la dot comme une acquisition à titre gratuit (2).

Son usage était sans doute fort ancien ; il se justi-

(1) Girard, *op. cit.*

(2) Petit, *op. cit.*

fiait par plusieurs raisons. Il était juste que la femme, associée du mari, participât aux charges du ménage et à l'entretien des enfants comme aux honneurs attribués au mari ; les enfants, étrangers à la famille civile de la mère, ne succédant qu'au père, il était logique que certains biens venant de la mère vinssent grossir l'hérédité à laquelle ils avaient droit (1). La dot de la mère, en effet, leur arrivait dans la succession du père.

Lorsque la femme était *sui juris*, avons-nous vu, c'était tout son patrimoine qui advenait au mari, tout au moins dans le mariage avec *manus*, cas le plus fréquent à l'origine.

Mais, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, au cas de mariage sans *manus* d'une femme *sui juris*, comme au cas de mariage avec ou sans *manus* d'une femme *alieni juris*, c'est-à-dire en puissance, la femme *sui juris* elle-même dans le premier cas, le *paterfamilias* de la femme en puissance dans le second (2), transférait au mari la propriété de certains biens : c'était la dot proprement dite. Le mari acquérait les biens dotaux d'une façon définitive. La sépa-

(1) Petit, *op. cit.*

(2) La constitution de dot devint, à partir d'Antonin Caracalla, une véritable obligation pour le père de la fille en puissance ou même émancipée, obligation sanctionnée par le droit civil. Cette obligation fut même exceptionnellement imposée à la mère ; Justinien obligea notamment les ascendants non orthodoxes à doter leurs descendants orthodoxes.

ration restait complète entre le reste du patrimoine de la femme sui juris (1) et celui du mari ; ces biens étaient appelés en Gaule « *peculium* » et chez les Grecs, παράφερνα d'où nous avons fait biens paraphernaux (2).

Sous l'Empire, la manus étant complètement tombée en désuétude, ce régime matrimonial subsista seul.

Mais vers le milieu du VI^e siècle de Rome, le divorce étant devenu fréquent, il fut nécessaire d'assurer l'existence de la femme après le divorce. Sa dot, en effet, d'après les principes, restait au mari ; on prit l'habitude de joindre à la constitution de dot une stipulation, par laquelle le mari s'engageait, au cas de divorce, à restituer à la femme une somme représentant, soit une partie, soit même la totalité de la dot (2).

Puis la stipulation en vint à être sous-entendue et des actions spéciales furent conférées à la femme pour se la faire restituer. Mais le mari en restait toujours propriétaire, le droit de la femme n'était qu'éventuel.

Enfin on se préoccupa d'assurer la dot contre les dissipations possibles du mari. Sous Auguste, les

(1) La femme alieni juris n'avait pas de biens personnels, puisque même ce qu'elle acquérait allait à son paterfamilias,

(2) Petit, *op. cit.*

mariages légitimes ayant beaucoup diminué, le nombre des divorces croissant sans cesse, et la femme sans dot ne trouvant guère à se marier — déjà ! (1) — cet empereur, afin d'assurer la conservation de la dot des femmes qui en possédaient une, pour qu'elles pussent se remarier après la dissolution de leur premier mariage, selon le vœu des lois caducaires, apporta une série de restrictions aux pouvoirs du mari.

Celui-ci, propriétaire de la dot au début, pouvait naturellement en disposer à son gré, à titre gratuit comme à titre onéreux, et qu'il s'agît de meubles ou d'immeubles. La loi Julia (2) défendit au mari d'aliéner un immeuble dotal *sans le consentement de sa femme*, mais laissa subsister nombre de cas où il le pouvait encore librement. Toute aliénation faite au mépris de la loi Julia était nulle. Cette loi interdit également au mari d'hypothéquer l'immeuble dotal, et cette fois même avec le consentement de la femme. L'une et l'autre prohibitions étaient limitées aux fonds italiques.

(1) La dot était en effet « devenue une somme d'achat au moyen de laquelle un père achetait un mari pour sa fille, comme autrefois l'homme achetait une femme en payant le père de celle-ci » (Westermarck, *op. cit.*).

(2) Appelée « Julia de fundo dotali », et qui n'était qu'un chapitre, relatif au fonds dotal, de la loi Julia de adulteriis (Girard, *op. cit.*).

Justinien compléta la loi Julia, en défendant l'aliénation même avec le consentement de la femme, et en l'étendant aux fonds provinciaux.

Les meubles dotaux pouvaient être aliénés ou hypothéqués (on sait que les Romains admettaient l'hypothèque des meubles), de même que les immeubles, même italiques, reçus par le mari avec estimation ; dans ce cas il était débiteur du prix et non de la chose elle-même (estimation vaut vente).

En ce qui concerne la restitution de la dot, il est à remarquer qu'elle se faisait logiquement à la dissolution du mariage ; mais quand le mari devenait insolvable, la femme pouvait l'exiger même pendant le mariage. D'autre part, en cas de mort du mari ou de divorce, la femme devait opter entre les avantages que lui conférait le testament du mari et la restitution de sa dot, quand il n'y avait pas eu un contrat verbal exprès ; Justinien lui permit le cumul.

Quand c'était la femme qui mourait, la dot restait en principe au mari, sauf si elle émanait du père de la femme, cas où elle lui faisait retour. Sous Justinien le mari ne gardait plus jamais la dot.

La femme avait des garanties pour la restitution de sa dot, garanties qui devinrent de plus en plus sérieuses (privilège, revendication, hypothèque privilégiée.)

On peut rapprocher de la dot la donation « *propter*

nuptias », faite à la femme par le mari ou par un tiers à l'occasion du mariage ; on retrouve la même coutume chez les Germains ; c'était une sorte de pendant de la dot, destiné à égaliser les chances de gain des deux futurs époux ; elle fit son apparition vers le V^e siècle de notre ère. A la dissolution du mariage, elle revenait à la femme, qui avait la même garantie que pour la dot, une hypothèque légale, mais sans privilège (1).

Si l'on envisage les rapports de la mère et de l'enfant (2), il faut distinguer encore entre le mariage avec ou sans manus.

Dans le premier, la femme, « *loco filiae* », était considérée comme la sœur de ses propres enfants.

(1) Voir les développements dans Girard, *op. cit.*

(2) La preuve de la filiation légitime par rapport à la mère résultait de l'accouchement, c'était donc une question de fait. A l'égard du père, celui-ci devait à l'origine trancher arbitrairement la question de paternité en acceptant ou en reniant à son gré les enfants de sa femme. Plus tard les Romains inventèrent l'adage, qui détermine encore aujourd'hui en droit français la présomption de paternité : « *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, » — celui-là est le père qu'indique le mariage, ou autrement dit, le mari de la mère est présumé être le père. Cette présomption n'était pas irréfragable, et pouvait être combattue par le mari. Ce sont encore les Romains qui déterminèrent les délais le plus long et le plus court de la grossesse : 300 jours et 180, au delà et en deçà desquels le père divorcé, absent ou nouvellement marié, pouvait renier l'enfant. — Depuis Marc-Aurèle, la filiation était constatée par des registres publics ; le père devait déclarer la naissance dans un délai de 30 jours, à Rome au *Præfectus ærarii*, en province à des *tabularii publici* (E. Petit, *op. cit.*).

Il y avait donc entre elle et eux le droit de succession réciproque qui existait entre frère et sœur, elle les avait comme tuteurs après la mort de son mari, « elle leur était rattachée par la parenté la plus étroite qu'il y avait après celle du père et de l'enfant ; mais d'ailleurs cette parenté était, elle aussi, une parenté basée sur la puissance et non sur le lien du sang, qui pouvait exister sans lui dès lors que la puissance existait (ainsi elle était « *loco sororis* », non seulement des enfants de son mariage, mais de ceux d'un autre mariage, mais des enfants adoptifs), disparaître sans lui, dès lors que le lien de puissance était rompu (par exemple, si la manus était rompue par le divorce, si l'enfant avait été émancipé ou donné en adoption) » (1).

Dans le mariage sans manus, il n'y avait jamais de lien pareil. La mère étant demeurée dans sa famille d'origine, n'avait aucun lien civil avec ses enfants, qui étaient dans celle de leur père. Par suite, primitivement, il n'y avait logiquement ni droits ni devoirs entre la mère et ses enfants. « Les enfants notamment n'étaient pas les héritiers ab intestat de leur mère et elle ne pouvait en faire ses héritiers testamentaires ; car le droit de tester était alors refusé en principe aux femmes, et quand elles l'avaient par excep-

(1) Girard, *op. cit.*

tion, elles ne pouvaient l'exercer qu'avec le concours de leurs tuteurs qui, étant normalement leurs héritiers présomptifs, ne se seraient pas laissé dépouiller. Sauf sa dot, qui passait au mari et pouvait arriver par lui aux enfants, les biens de la femme restaient dans sa famille » (1).

Dans la suite cependant, la cognation devint une source de droits et de devoirs. Un droit de succession fut établi entre la mère et les enfants, timidement d'abord, puis de plus en plus largement, de telle façon qu'à l'époque très récente les rapports de la mère et de ses enfants étaient à peu près tels qu'ils sont de nos jours en France ; la mère obtenait même la tutelle de ses enfants.

Les Romains connaissaient maintes causes de rupture du lien matrimonial. Tout d'abord la perte du connubium en était une, inévitablement, et elle advenait en cas de réduction en esclavage, de perte de la cité, etc.... Le divorce exista de tout temps à Rome, mais la sévérité des mœurs primitives s'en accommodait mal, aussi fut-il d'abord peu fréquent. Sous l'Empire au contraire, il était devenu d'une fréquence scandaleuse. Dans le mariage avec manus, il se réalisait par la « *diffarreatio* » (acte religieux contraire à la *confarreatio*), ou la *remancipatio* (mancipation

(1) Girard, *op. cit.*

de la femme à un compère qui l'affranchissait aussitôt), selon qu'il avait été contracté « *farreo* », ou bien « *coemptione* » ou « *usu* ». Mais le mari seul pouvait en user en cas de manus (1), la femme ne pouvait naturellement sortir de puissance contre le gré du mari. Plus tard cependant, sous l'influence du mariage sans manus, on lui permit d'exiger dans certains cas sa libération de la manus.

En cas de mariage sans manus, l'accord des volontés ayant seul été nécessaire pour le former, suffisait aussi pour le dénouer. Et bien plus, une volonté déficiente suffisait à le rompre (*repudium*) ; à l'origine même, cette volonté pouvait être celle de l'ascendant qui avait un des époux en puissance. « Il n'y avait là, remarque M. Girard, qu'une application du principe selon lequel le mariage simple exigeait pour survivre la persistance des éléments requis pour sa formation ». Marc-Aurèle et Antonin le Pieux supprimèrent cet abus de la *patria potestas*.

Le divorce proprement dit s'opérait par consentement mutuel, sans l'intervention d'aucune autorité civile ou religieuse, même en droit chrétien (une restriction émanant de Justinien fut abolie par Justin II,

(1) Il devait cependant consulter un conseil d'amis avant de répudier sa femme. Au début, les cas de répudiation les plus fréquemment admis, étaient l'empoisonnement, l'adultère, l'ivrognerie et la fabrication de fausses clés de la cave au vin (V. Fongsegrive, *op. cit.*).

son successeur). Il était considéré comme un acte purement privé.

La répudiation fut soumise par la loi Julia de adulteriis à certaines formes simplement probatoires : elle devait être notifiée, par l'époux qui répudiait, à l'autre époux devant sept témoins, — à l'époque impériale, un affranchi signifiait la répudiation à l'époux répudié au moyen d'un message écrit. Elle pouvait d'ailleurs être tacite et résulter, d'après certains, d'un second mariage (V. Cicéron, *De Orig.*, I, 40), de sorte que la bigamie était impossible à Rome (1).

Il n'y a guère eu de restrictions à cette faculté de répudiation, si ce n'est à une certaine époque des peines diverses, spécialement pécuniaires, qui frappaient soit celui qui répudiait injustement, soit celui qui donnait lieu à la répudiation de son conjoint. Théodose et Valentinien cherchèrent en outre à la rendre plus rare, en précisant les causes de répudiation légitime.

La veuve ne pouvait se remarier avant l'expiration d'un délai de dix mois, d'abord en raison de la décence (*tempus lugendi*), puis plus tard on s'avisa d'un motif plus important, qui était d'empêcher la confusion de part ou attribution d'un enfant à un autre que

(1) Girard, *op. cit.*

le vrai père ; ce délai de viduité ne fut étendu à la femme divorcée que par le droit chrétien, qui le porta à un an. Une série de mesures législatives du temps de l'Empire prévoyaient le danger des suppositions et des suppressions de part, et édictaient des précautions particulières pour les empêcher.

Les seconds mariages étaient vus avec faveur par le droit païen ; les lois caducaires les rendirent même obligatoires, en frappant de peines pécuniaires les veufs et veuves non remariés au bout d'un certain délai (1). Le droit chrétien ne les combattit pas, mais

(1) Les lois caducaires avaient pour but de combattre le célibat et de relever la natalité, à une époque où la moralité sexuelle était descendue très bas à Rome et où le célibat était devenu extrêmement fréquent, surtout dans les classes riches. A l'origine, au contraire, une maison à lui et la possession d'enfants semblaient au citoyen romain la fin et l'essence de la vie (Cf. Westermarck et Mommsen). Ce ne fut que vers le sixième siècle que l'on commença à se plaindre du célibat et les lois agraires des Gracques s'en préoccupaient déjà ; mais ce ne fut que beaucoup plus tard qu'intervinrent les lois caducaires : lois Julia de 736 et Papia Poppæa de 762, rendues sous Auguste. Elles exigeaient que les hommes âgés de 25 à 60 ans, et les femmes de 20 à 50, vécussent en état de mariage, et que les hommes eussent au moins un enfant légitime et les femmes trois, si elles étaient « ingénues », quatre si elles étaient affranchies. Ces lois frappaient les célibataires de l'âge indiqué d'une incapacité totale de recueillir une succession, et les gens mariés sans enfants ou n'ayant pas le nombre d'enfants requis, d'une incapacité de moitié, etc... Une exception à la loi était d'ailleurs faite en faveur des proches parents du défunt. Il suffisait d'autre part de s'être mis en règle dans les cent jours qui suivaient la délation de la succession, pour échapper à ces peines (V. Girard, *op. cit.*). — Dans le même but de relever la natalité, Jules César, puis plus tard Valentinien I^{er},

prit des mesures de protection en faveur des enfants du premier lit, au point de vue successoral.

— A côté du mariage proprement dit, du « *matrimonium justum* », il existait à Rome d'autres formes d'union, d'ordre inférieur : le concubinat, le mariage « *sine connubio* » et le « *contubernium* ».

Le concubinat était une sorte de mariage secondaire, qui unissait des personnes de condition inégale, et auquel étaient attachés certains effets de droit, au contraire de ce qui se passe dans nos mœurs actuelles. Ce n'est d'ailleurs que sous Auguste que le droit se préoccupa de cette forme d'union. « La loi Julia de adulteriis qualifiait de « *stuprum* », et punissait de certaines peines tout commerce avec une fille ou veuve, en dehors des *justæ nuptiæ*, mais elle fit exception en faveur de l'union durable — qui se distinguait ainsi des rapports passagers considérés comme illicites, — appelée concubinat ; celui-ci reçut ainsi une sorte de consécration légale (1). »

Des conditions furent d'ailleurs posées qui permirent de distinguer le concubinat des unions jugées immorales. Il n'était permis qu'entre personnes pubères et non parentes à un degré prohibé ; on ne pouvait prendre qu'une concubine, et seulement si l'on

projetèrent des lois autorisant la pluralité des femmes, mais elles ne furent point publiées (*Encyclop.* de 1765, v^o *Mariage*).

(1) E. Petit, *op. cit.*

n'avait pas de femme légitime. C'étaient là, sans doute, les seules exigences de la loi, et les règles, soit positives, soit négatives, qui s'imposaient aux justæ nuptiæ ne s'appliquaient pas ici. Ainsi le concubinat était à Rome une institution régulière, acceptée par les mœurs, et n'entraînant aucune déconsidération, ni pour ceux qui la pratiquaient, ni pour les enfants qui en étaient issus.

Mais le concubinat ne produisait aucun effet civil, ne conférait pas à la concubine le rang du mari, ne faisait point naître les enfants sous la puissance de leur père, — ils naissaient sui juris. Il était donc loisible à un homme de contracter cet « *inæquale conjugium* » s'il ne voulait pas que les enfants de sa concubine entrassent dans sa famille civile (1).

(1) Il faut remarquer qu'à l'origine, dans le droit païen, l'enfant né hors mariage n'était pas même rattaché à sa mère; il n'y avait, en effet, pas de parenté naturelle; la parenté civile seule existait, basée sur le lien de puissance. Ce n'est que lorsqu'on a attaché à la cognation des conséquences de plus en plus étendues que les rapports légaux entre la mère et l'enfant se sont fixés. Les conséquences déjà signalées à propos du mariage légitime, résultaient non pas de ce que la mère était la femme du mari, mais de ce qu'elle était la cognate de ses enfants; elles se produisaient donc aussi complètement quand la mère n'était pas mariée, que quand elle l'était, et même peut-être plus complètement encore, puisque le lien de parenté naturelle avec la mère sortait seule ses effets, sans être contrarié par le lien de parenté civile avec le père. Alors qu'à Rome il n'y avait que des pères légitimes, il n'y avait que des mères naturelles, a-t-on pu dire (Girard, *op. cit.*).

Au Bas-Empire, on tendit cependant à reconnaître qu'un lien naturel unissait les enfants nés du concubinat à leur père : on les distingua des « *spurii* » ou « *vulgo concepti* », issus d'une rencontre passagère, en les appelant « *naturales liberi* » ; le père les pouvait légitimer, et plus tard Justinien établit entre eux et lui une obligation alimentaire et certains droits restreints de succession. Le concubinat fit même naître au profit de la concubine elle-même un droit de succession d'ailleurs assez limité, à une époque tardive (V. Girard, *op. cit.*).

Les empereurs chrétiens cherchèrent en vain à faire disparaître le concubinat. Celui-ci subsista comme institution légale et fut toléré par l'Eglise ; le concile de Tolède, en l'an 400 après Jésus-Christ, l'autorisa, et au VII^e siècle, Isidore de Séville était d'un avis conforme à cette tolérance. Ce fut Léon le Philosophe qui l'interdit pour la première fois, dans l'Empire d'Orient (1).

— Le mariage « *sine connubio* » était le mariage entre deux personnes dont l'une ou toutes les deux n'avaient pas le connubium. Cette union ne produisait

(1) E. Petit, *op. cit.* — Ce prince, qui régna sur l'Empire d'Orient de 886 à 911, était cependant un des moins qualifiés pour interdire le concubinat, en raison du nombre et de l'instabilité de ses mariages : le patriarche de Constantinople l'excommunia pour un quatrième mariage, dont il eut Constantin VII, en 905 (Dict. Dezobry et Bachelet).

pas les effets civils des *justæ nuptiæ*, — à Rome tout au moins, car elle pouvait naturellement produire des effets civils dans le droit de la cité dont faisaient partie deux pérégrins, par exemple. Les enfants étaient cognats de la mère et des parents maternels, mais naissaient *sui juris*. Le mari pouvait poursuivre l'adultère de sa femme et ce mariage pouvait se transformer en *justæ nuptiæ* par l'application de l'« *erroris causæ probatio* » : le père acquérait alors la puissance sur ses enfants déjà nés. Ce mariage se raréfia avec l'extension du droit de cité, puis disparut sous Justinien (1).

— Le « *contubernium* » était la simple union de fait que seule pouvaient contracter les esclaves, même avec une personne libre. Aucun effet civil n'y était attaché ; l'enfant suivait la condition de la mère. Aucune parenté même naturelle ne reliait les esclaves d'une même famille entre eux : c'étaient des choses. Une certaine cognation d'ordre inférieur fut cependant admise entre le père, la mère et les enfants d'une part, le frère et la sœur d'autre part, dans le but d'empêcher des unions incestueuses entre d'anciens esclaves devenus libres par l'affranchissement (1).

— Il nous reste un dernier point à examiner ; nous en aurons alors terminé avec le droit romain.

(1) Petit, *op. cit.*

La femme romaine, est-il apparu au cours de ce chapitre, était au début très généralement soumise à la manus de son mari. Lorsqu'elle était célibataire, elle demeurait sous la puissance de son père, et quand celui-ci mourait, elle devenait bien sui juris, mais tombait sous la tutelle de ses agnats, et y restait toute sa vie, sans qu'elle pût en être jamais délivrée. Et ces agnats, c'étaient ses héritiers présomptifs (1), qui devaient par conséquent préférer qu'elle demeurât célibataire afin qu'elle n'apportât point ses biens à un mari sous la manus de qui elle tomberait vraisemblablement, qui devaient aussi l'empêcher de tester en faveur de la personne préférée.

La femme était donc dans une situation inférieure, elle était considérée comme une « *minus habens* », une faible d'esprit. Mais la tutelle des femmes, qui ne dut pas différer beaucoup de celle des impubères à l'épo-

(1) On remarquera que si les agnats héritaient de la femme, — et constituaient même le premier degré appelé à sa succession, puisque la femme ne pouvait avoir d'héritiers siens, — elle n'héritait pas d'eux, car une disposition du droit civil de date inconnue, mais postérieure à l'année 585 de Rome, excluait les personnes du sexe féminin de l'hérédité de tous leurs agnats au delà du degré de frère et sœur. Autre infériorité de la femme romaine. Sous l'Empire, deux sénatus-consultes appelèrent les enfants avant tout agnat à la succession de leur mère, avec réciprocité, et sans distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels, car les uns et les autres étaient cognats de leur mère et ce fut en vertu du lien de cognation que fut créé ce droit de succession.

que ancienne où toutes deux étaient organisées uniquement dans l'intérêt des tuteurs, ne put se plier à l'évolution de la seconde, « d'où sortit la transformation en *charge* de la *puissance* primitive, parce que ce changement de point de vue lui fit perdre sa raison d'être » (1).

Elle ne disparut pas cependant avant le milieu de l'Empire, et elle conserva même certains caractères archaïques éliminés de l'institution vivante de la tutelle des impubères, comme il arrive assez souvent : tel le droit des tuteurs légitimes de disposer de leurs pouvoirs en faveur d'une autre personne, par le procédé d'un procès simulé appelé l'« *in jure cessio* » (1).

Au début, le tuteur était, en raison de sa potestas, à la tête du patrimoine de la femme et pouvait probablement en disposer. A la fin de la République c'était la femme qui était maîtresse de sa fortune et elle avait seulement besoin de l'« *auctoritas tutoris* » pour certains actes, au nombre fort restreint : la « *conventio in manum* », l'aliénation des choses précieuses, certains procès, la formation d'obligations, l'« *acceptilatio* » (sorte de contrat de libération d'obligation), l'« *adition* » d'hérédité (acceptation d'hérédité), l'affranchissement et la constitution de dot.

Le tuteur n'a plus d'autres pouvoirs, et par suite

(1) Girard, *op. cit.*

pas de responsabilité ; aussi le mouvement qui fit donner à l'impubère une série de garanties contre la gestion du tuteur est-il complètement étranger à la tutelle des femmes. Tout le rôle du tuteur de la femme était de l'habiliter par son « *auctoritas* » à faire certains actes qu'elle ne pouvait faire seule. Bien plus, les tuteurs qui n'étaient pas tuteurs légitimes (les tuteurs légitimes étaient les agnats, et les gentils avant la désuétude de la gentilité), purent être contraints malgré eux à donner leur *auctoritas* à la femme, qui en outre pouvait les faire remplacer s'ils lui déplaisaient. L'empereur Claude ayant aboli la tutelle légitime pour les femmes, il n'y eut plus en tutelle sérieuse que les affranchies et les femmes émancipées (1).

Enfin, au début de l'Empire, la concession du « *jus liberorum* », accordée d'abord à la mère de trois enfants, puis comme concession gracieuse, libérait la femme de toute tutelle.

Théodose et Honorius concédèrent cette faveur à toutes les femmes de l'Empire, mais il est douteux que la tutelle des femmes ait survécu jusque là : la dernière trace certaine en est du temps de Constantin (1).

Il y eut toutefois une mesure prise exclusivement

(1) Girard, *op. cit.*

dans un but de protection de la femme (1), qui subsista jusqu'à la fin de l'Empire. Ce fut l'incapacité velléienne ou incapacité d'intercéder — c'est-à-dire de prendre un engagement, — pour autrui, portée par le Sénatus-Consulte Velléien, rendu sous Claude en l'an 46 après Jésus-Christ. Cette intercession devait d'ailleurs, pour être prohibée, être bien un engagement pour le compte d'autrui, et non une aliénation, et cet engagement pouvait consister soit en un cautionnement, soit en une constitution de sûreté réelle faite par elle pour la dette du tiers ; ce pouvait encore être une novation par changement de débiteur. Il fallait aussi, pour que la prohibition s'exercât, que la femme fût intervenue avec une idée de recours, dans le but de faire une simple avance et non dans un esprit de libéralité, — car alors elle ne risquait plus de s'être trompée sur les conséquences de l'acte. Il fallait enfin qu'il n'y eût ni dol de la femme ni erreur excusable du créancier, et que celui-ci fût majeur, etc... Si la femme avait fait l'intercession pour constituer une dot à sa fille, elle était également valable.

La fille, la femme mariée et la veuve étaient indistinctement protégées par le Sénatus-Consulte. Elles ne pouvaient renoncer à son bénéfice. Sa sanction était

(1) Et aussi, a-t-on dit, pour amoindrir le rôle de la femme dans la vie publique, en l'obligeant à se renfermer dans le cercle de ses propres affaires (*Dig. XLVI, Loi 2, 1*). — V. Petit, *op. cit.*

une « *exception* », un moyen de défense accordé à la femme ; par le moyen de cette exception, elle pouvait repousser victorieusement la demande en justice du créancier en exécution d'engagement. Elle jouissait aussi d'une action pour se faire rendre ce qu'elle avait payé au mépris du Sénatus-Consulte.

Justinien distingua entre l'intercession de la femme faite pour son mari et celle faite pour un tiers quelconque — distinction qui n'existait pas auparavant. Il décida que la première serait toujours nulle, de nullité absolue, et que la seconde resterait prohibée, mais que la femme pourrait dans ce cas se dépouiller de son exception, sous certaines conditions et en observant certaines formes spéciales ; il soumit d'ailleurs toute intercession permise à des règles probatoires formelles. L'intercession pour le mari, jugée trop dangereuse, demeura défendue sauf celle faite avec l'intention de faire une libéralité, qui échappait au Sénatus-Consulte. Une renonciation expresse demeurerait impossible.

L'incapacité velléienne se prolongea jusque dans le droit français (pays de droit écrit et certains pays de coutumes). Ce fut seulement Henri IV qui, en 1606, l'abrogea définitivement ; mais dès avant ce prince, les clauses de renonciation étaient admises et étaient même devenues de style dans la pratique notariale. Les Parlements de certaines régions, celui de Nor-

mandie par exemple, refusèrent toutefois d'enregistrer l'édit d'Henri IV, et ce ne fut, dans ces quelques régions, qu'en 1804 que disparurent les dernières traces de l'incapacité velléienne. Celle-ci subsista en Allemagne et en Espagne.

Une dernière sorte d'incapacité frappait la femme, en vertu de la loi Voconia, plébiscite de l'an 585 de Rome. Cette loi, « dirigée contre le luxe et la dissipation, déclarait les femmes incapables d'être instituées par les citoyens appartenant à la première classe du cens, c'est-à-dire ayant une fortune de plus de 100.000 as lourds, ou de 100.000 sesterces (environ 22.000 francs). Elle était restreinte à ces hérédités, parce qu'elles étaient seules regardées comme assez importantes pour que leur attribution à des femmes dépendières pût avoir des inconvénients graves. Mais quant aux femmes gratifiées, elle s'appliquait à toutes les femmes, à l'exception des Vestales : donc, quoiqu'on l'ait contesté sans preuves, même à la femme et à la fille du testateur... » (1). Peu à peu cette loi tomba en désuétude à mesure qu'on ne procéda plus au cens. Justinien la supprima définitivement.

(1) Girard, *op. cit.* — La femme héritait ab intestat de son mari, au même titre qu'une fille, quand elle était mariée avec manus, mais non quand elle était mariée sans manus. Pour ce dernier cas, le préteur créa la « *bonorum possessio unde vir et uxor* », en vertu de laquelle le conjoint survivant venait à la succession de l'autre à défaut de tout parent.

— Ainsi, il apparaît que la femme romaine fut toujours tenue dans un certain état d'infériorité, même (puisque l'incapacité velléienne subsista toujours) à l'époque la plus récente, où le vieil édifice patriarcal s'était écroulé et où les anciennes traditions, qui avaient donné aux mœurs et au droit romain un caractère si original, s'étaient effritées.

Il convient toutefois de remarquer « qu'après la famille égyptienne c'est la famille romaine qui dans l'antiquité assigne à la femme le rang le plus élevé. Elle n'est absente ni de la vie religieuse ni de la vie politique des Romains. Ihering rappelle avec raison le rôle joué par des femmes à toutes les heures graves de l'histoire romaine. Dès les premiers temps de la République, la matrone romaine est plus près de son mari qu'au siècle de Périclès, l'Athénienne. Toutes deux sont mariées, en général, par l'autorité paternelle ; mais jamais la jeune Romaine n'est transmise d'office, comme l'épiclère d'Athènes, à l'héritier de son père (1). Toutes deux possèdent, en la personne de leur mari, un maître ; mais à ce maître la Romaine peut dire : « *Ubi tu Caius, et ego Caia* » ; l'Athénienne n'emploierait pas cette fière formule ; elle doit quelquefois tolérer à son foyer la présence d'une concubine, tandis que le Romain marié n'en prend pas.

(1) V. au chapitre des Grecs, sur l'épiclère.

Le Romain, comme l'Athénien, a le droit de répudier sa femme, et, en la répudiant, de la céder à un tiers (1), tout en conservant ses enfants. Mais il ne peut pas, comme Alcibiade, employer la force pour empêcher la femme de divorcer. Le sort de la femme, moins enviable à Rome qu'en Egypte, était moins enviable à Athènes qu'à Rome » (2).

(1) Allusion au « *mancipium* ».

(2) Paul Lapie, *op. cit.*

CHAPITRE VIII

Les Germains et les Scandinaves.

La famille germanique était fort différente de la famille romaine. Le pouvoir du père n'y était point absolu ; son droit, le « *mundium* », était l' « *autorité protectrice* » exercée par lui sur ses enfants, sa femme et ses serviteurs. Cependant, il avait le pouvoir d'exposer ses enfants en bas-âge et de vendre ses filles nubiles. En revanche, un fils adulte pouvait mettre à mort ses parents âgés.

Le *mundium* cessait à la majorité des garçons ; mais les femmes y étaient soumises toute leur vie. Du *mundium* de leur père, elles passaient sous celui de leur mari ; après la mort de celui-ci, sous le *mundium* de leurs enfants mâles majeurs, et à leur défaut, sous celui des autres héritiers du mari.

La majorité des hommes était fixée à 12 ou 14 ans, selon les tribus. Elle donnait lieu à la « *capillatoria* », cérémonie de la coupe des cheveux, après laquelle le

jeune homme sortait du groupe des femmes et mineurs pour passer dans le groupe militaire (1).

Lorsqu'il y avait un droit de vengeance à exercer, il appartenait à tous les membres de ce groupe ; plus tard ce droit se convertit en une participation au « *Wergeld* », ou composition pécuniaire attribuée à la victime d'un délit ; et tous les membres du groupe étaient tenus de payer le *Wergeld* dû par un de ses membres. On se libérait de toutes les charges communes en sortant du groupe par la cérémonie symbolique de la « *foris familiatio* ». La perte des droits successoraux en était la conséquence. Le fisc percevait le *Wergeld* du *foris familiatus* et recueillait sa succession s'il mourait sans enfants.

Le père recueillait le *Wergeld* de ses enfants mineurs et leur succédait ; de leur vivant il avait la jouissance de leurs biens (1).

Les Germains entouraient les femmes d'un profond respect : ils leurs laissaient prendre un rôle important dans la vie publique, ce qui étonnait fort les Romains. Dans les combats, elles rivalisaient de courage avec les hommes.

Les Germains étaient généralement monogames ; les grands seuls épousaient plusieurs femmes ; les princes, par exemple, en prenaient parfois une se-

(1) Monnot et Bonde, *Eléments d'histoire du droit*.

conde pour s'allier à de puissantes familles ; mais cela même était rare. Cependant on rencontre la pluralité des femmes à l'Ouest et surtout dans le Nord, au commencement de l'histoire des Teutons.

Ils se mariaient tardivement. — Tacite louait la continence de la jeunesse germanique, en comparaison de la licence des Romains civilisés. Il affirme que les vierges seules pouvaient se marier (1). César rapporte qu'il était scandaleux d'avoir commerce avec l'autre sexe avant la vingtième année. Mais il est fort probable qu'après cet âge le célibat était presque inconnu chez les Germains, sauf dans le cas de femmes qui avaient perdu leur réputation « et à qui ni beauté, ni jeunesse, ni fortune ne pouvaient procurer un mari » (1).

Les hommes qui choisissaient une femme prenaient conseil de leur famille. « Les père et mère et parents des parties, dit Tacite, sont consultés dans les cas de mariage, et déterminent la nature des cadeaux de noces ». Le père disposait librement de la main de sa fille, sans égard pour ses préférences personnelles (1). Mais plus tard au contraire, par une évolution analogue à celle qui s'est produite chez la plupart des peuples, le consentement des époux fut requis, — la femme put même faire dissoudre l'union

(1) Westermarck, *op. cit.*

contractée contre sa volonté, — puis ce fut l'absence de consentement du père qui ne suffit plus à faire rompre le mariage, — ceci sous l'influence des idées canoniques.

Le mariage était considéré comme indissoluble, et des cérémonies étaient destinées à symboliser cette indissolubilité : « l'homme donnait à la femme une paire de bœufs, un cheval équipé, un bouclier et une lance ; elle lui faisait présent d'une arme ; il leur fallait ensuite partager les biens et les maux, vivre et mourir ensemble (1). L'adultère était presque inconnu ; on ne plaisantait point sur le vice, et ni les richesses ni la beauté ne sauvaient du dernier opprobre la femme impudique » (2).

L'époux offensé par l'adultère de sa femme — extrêmement rare d'ailleurs — rasait les cheveux de la coupable, la dépouillait et la conduisait en la frappant à travers le canton : elle était à jamais déshonorée (3). Chez les anciens Saxons, on la brûlait, ainsi que son complice.

« Les Teutons, selon Weinhold, regardaient le ma-

(1) Bien plus..., chez l'humble tribu des Vénèdes, la veuve refusait de vivre, et celle-là était fort vantée qui montait volontairement sur le bûcher de son mari (St Boniface, cit. par Glasson, *op. cit.* avec une intéressante bibliographie. Cf. chap. des Hindous.

(2) Malte-Brun, *loc. cit.*

(3) *Dictionnaire de biographie et d'histoire*, Dezobry et Bachelet, v^o *Germanie*; — Glasson, *op. cit.*

riage comme une entreprise sainte et importante, au sujet de laquelle il fallait consulter les dieux, et les offrandes ont probablement été en usage chez tous les peuples de cette branche de la race aryenne (1).

Les mariages n'étaient prohibés entre proches qu'aux degrés de parenté les plus intimes : en ligne directe, entre frères et sœurs, entre oncle et nièce, tante et neveu.

Cela peut s'expliquer par ce fait que les anciens Germains vivaient par familles dispersées à quelque distance les unes des autres ; or M. Westermarck attribue la prohibition des mariages entre proches à la répulsion instinctive de l'homme pour contracter une union avec quelqu'un avec qui il a été élevé dès l'extrême jeunesse. L'éloignement des familles devait donc limiter le nombre des êtres élevés ensemble.

Chez les anciens Germains, l'achat était le seul mode de mariage valable (2), et ce fut seulement le christianisme qui l'abolit, selon Grimm. D'après la loi des Saxons, la femme s'achetait 300 solides. Mais cet achat finit pas ne plus être que fictif. Frédégaire nous apprend, dans son *Historia Francorum*, que Clovis, lorsqu'il épousa Clotilde, fit une « *coemptio* »

(1) Westermarck, *loc. cit.* — V. Glasson, *op. cit.*

(2) « Les mariages contractés autrement étaient parfois, au moins dans l'origine, considérés comme de simples concubinats » (Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe*).

symbolique en payant un sol et un denier (1). Laferrière et Kœnigswarter pensent que l'achat existait encore chez les Saxons du temps de Charlemagne. Mais l'achat ne devenait définitif que par la consommation, et chaque époux pouvait faire valoir un véritable droit de résolution s'il avait été induit en erreur (Glasson, *op. cit.*).

En Allemagne, dit Westermarck, l'expression d' « *acheter une femme* » était usitée jusqu'à la fin du moyen âge, et en Thuringe, selon Franz Schmidt, la cérémonie des fiançailles, de nos jours même, indique son ancienne existence.

La femme, à son tour, faisait au mari cadeau d'une ou plusieurs armes, ainsi que nous l'avons vu précédemment, et « cet échange mutuel de cadeaux formait le lien principal de leur union ; Grimm suggère aussi que la signification du douaire Teutonique était, en partie, celle d'un cadeau rendu » (2).

La somme d'achat fut transformée en une véritable dot que la femme recevait du mari (3), au lieu qu'elle fût versée au père ou au tuteur comme auparavant : Ceux-ci ne reçurent plus que le prix fictif, un solide ou un denier. C'est là l'origine du *douaire* du moyen

(1) Monnot et Bonde, *loc. cit.*

(2) Westermarck, *loc. cit.* — V. Glasson, *op. cit.*

(3) Monnot et Bonde, *loc. cit.* — « *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert* » (Tacite).

âge. Au début, la femme acquérait cette dot en pleine propriété, mais cela avait l'inconvénient de la faire passer dans une autre famille en cas de second mariage de la femme ; aussi la perdit-elle dans ce dernier cas. Le mari ne pouvait, pendant le mariage, disposer de la dot.

En dehors de la dot, la femme recevait encore du mari la « *morgengabe* », ou don du matin, faite après la première nuit de noces. Elle appartenait à la femme, comme la dot, et plus tard se perdit également en cas de remariage.

Après la mort de la femme, une partie de la dot allait à ses parents.

La femme, de son côté, apportait au mari l'usufruit des biens que lui donnait son père. C'est le « *maritagium* », d'où nous avons tiré improprement le mot « *mariage* » (1). Cette dotation était une sorte de compensation pour l'héritage que la femme laissait dans sa famille, comme une avance d'hoirie ; elle lui appartenait en propre et la femme la gardait après la dissolution du mariage » (2).

A la dissolution du mariage, la femme recueillait, outre sa dot, le tiers des biens acquis par les deux époux pendant leur union, selon la Loi Ripuaire ; c'est une des origines du régime de la communauté.

(1) Monnot et Bonde, *loc. cit.* citant M. Chénon.

(2) Westermarck, *loc. cit.*

Quand une veuve se remariait, le nouveau mari devait payer aux parents de la veuve qui exerçait sur elle le « *mundium* » depuis la mort de son premier mari, une somme représentative de l'indemnité due à ce parent pour la perte du « *mundium* » ; cette somme s'appelait « *reipus* » ; la loi salique la fixait à trois sols et un denier. Il est probable que si la femme divorcée se remariait, le second mari dut payer cette somme (1).

Chez les Teutons, aux temps anciens, une femme libre ayant fait commerce avec un esclave pouvait être punie de mort ; un homme libre, dans une circonstance analogue, était puni d'esclavage.

Le divorce était admis, même par consentement mutuel (2), et l'antipathie suffisait pour le justifier. Mais tandis que le mari pouvait répudier sa femme (à charge de certaines indemnités toutefois) (3), la

(1) V. Glasson, *op. cit.* — « Il est resté, a-t-on dit, un vestige de cette loi dans un usage usité en Angleterre et aux Etats-Unis, où le paysan qui veut divorcer conduit parfois préalablement sa femme au marché public » (*ibidem*).

(2) V. Glasson, *op. cit.* et les intéressants détails, notamment une formule de divorce par consentement mutuel.

(3) « Le mari devait lui laisser sa maison et tout ce qu'elle contenait ; il était même obligé de lui abandonner l'équivalent du *mundium* et de payer une amende au fisc s'il répudiait sa femme sans aucun motif sérieux. D'après les lois Galloises (*leges walliæ*), le mari doit rendre la dot à sa femme s'il la renvoie avant qu'il se soit écoulé sept jours ; après sept jours après le mariage, il faut qu'il lui abandonne la moitié de tout le patrimoine. La loi

femme ne pouvait quitter son mari par sa seule volonté que dans des cas spécialement déterminés (1).

On remarquera dans ces lois — observe M. Glasson (*op. cit.*) — à côté de dispositions parfois bizarres, une tendance générale à entourer les femmes de garanties et de mesures de protection.

★★

Il convient de mentionner à part les lois des Saxons et Danois établis en Angleterre avant la conquête normande, qui ont moins subi l'influence de la civilisation romaine et de la civilisation chrétienne que celles des barbares du continent (2).

Le mariage, chez ces peuples, — n'était pas un acte religieux ; il s'appelait « *ae* », « *aew* » (d'où est venu le mot allemand « *Ehe* », mariage) ; ce mot signifie littéralement « *jus lex* », « parce que le mariage est le rapport le plus légal qui puisse s'établir entre un homme et une femme » (2). A côté de la femme légitime (*beweddode wif*), il existait une autre femme, sorte de concubine, également unie à l'homme par

des Alamans propose des peines pécuniaires et la perte du *mundium* contre le mari qui renvoie sa femme sans juste motif, etc.» (Glasson, *ibidem*).

(1) V. Glasson, *ibid.* — On y trouvera ces cas exceptionnels ; citons la curieuse loi galloise qui autorise la femme à quitter son mari « si leprosus sit vir, si habeat fetidum anhelatum, et si cum eâ concumbere non possit » (*ibid.*).

(2) Glasson, *op. cit.* — V. les sources citées par lui.

un lien légal, mais moins honorable que le mariage, et qui ne comporte ni fiançailles ni solennités préliminaires.

Le mariage véritable, au contraire, était précédé de fiançailles (Beweddian maeden weddian, to wif weddian). « A cet effet, le jeune homme faisait déclarer par ses parents à ceux de la jeune fille, qu'il avait l'intention de l'épouser devant Dieu, et qu'il était disposé à remplir envers elle tous les devoirs du mariage. Les parents se portaient garants de l'exécution de ces promesses, comme de la déclaration que leur fils possédait assez de biens pour fonder un ménage. Ces engagements acceptés, le futur remettait alors aux parents de sa fiancée le prix d'achat. Il faisait connaître aussi ce qu'il avait l'intention de remettre à sa femme à titre de don du matin et le douaire qu'il lui constituait pour le cas où il aurait prédécédé. La fille ne pouvait d'ailleurs pas être contrainte à se marier sans son consentement » (1). Le divorce était permis même par la volonté d'un seul. Le mari qui répudiait gardait son prix d'achat. Si la femme répudiait son mari, celui-ci se faisait rembourser ce prix. Le mari pouvait renvoyer sa femme adultère ou celle qui n'était pas vierge lors du mariage, sans encourir aucune pénalité. « L'inégalité des conditions paraît avoir été aussi une cause de divorce » (1).

(1) Glasson, *op. cit.* — V. les sources citées par lui.



Les Scandinaves, — race d'origine germanique qui s'est développée d'une façon assez particulière, — avaient des mœurs fort voisines de celles des Germains. Ils étaient, comme ceux-ci, monogames, mais avaient des concubines.

L'enlèvement et l'achat étaient les modes de se procurer des femmes. Le prix d'achat appartenait dans la suite à la mariée elle-même et non plus à sa famille (1). Le consentement de la femme, inutile au début, devint indispensable, et le Westgöta-Lag suédois lui permit même de dissoudre un mariage contracté sans son consentement, l'Uplands-Lag fit de même (2).

En se mariant, les époux vidaient ensemble le contenu d'un même gobelet.

La loi de Jutland considérait comme mariés ceux qui vivaient ensemble depuis trois ans comme mari et femme (analogie avec « l'*usus* » romain) (3).

Le droit scandinave accorde une importance exceptionnelle aux fiançailles, qui entraînent, quand elles

(1) En Norvège et en Islande, le don nuptial doit égaler la dot, mais la femme perd son droit sur ce don si elle meurt sans enfant (Glasson, *op. cit.*).

(2) Westermarck, *op. cit.*

(3) Michelet, *Orig. du dr. fr.*, p. 44, cit. par Bignon (*op. cit.*). — V. Glasson (*op. cit.*).

sont célébrées en présence de quatre témoins et du « *giftoman* » (agnat qui exerce le *mundium* sur une fille) presque toutes les conséquences du mariage consommé. Les enfants des fiancés sont légitimes, etc...

Pour le surplus des institutions scandinaves, elles présentent de grandes analogies avec le droit germanique, mais la tutelle des agnats se maintint beaucoup plus longtemps chez les premières que dans celui-ci, et elle a laissé de nombreuses traces dans le droit moderne des peuples scandinaves.

La communauté entre époux y existait également, et la femme recueillait une part de celle-ci (un tiers généralement.)

CHAPITRE IX

Les Celtes.

Nous ne ferons que mentionner le droit celtique ; il soulève des problèmes qu'il nous est impossible d'effleurer ici ; on le trouve développé dans l'ouvrage de M. d'Arbois de Jubainville, « *La Famille celtique* » ; nous nous contenterons de citer les principales conclusions de l'historien de la race celtique : ce droit reproduit les caractères généraux du droit indo-européen ; il est strictement patriarcal (1). On trouve toutefois chez eux la polyandrie des frères. Saint Jérôme a accusé les Irlandais de vivre dans la promiscuité, mais il commit une erreur due à son dépit de ne pas voir parmi eux la monogamie indissoluble. Le « *mariage annuel* » (résoluble après un an) y était pratiqué.

Le prix de l'épouse (« *coibche* ») était versé au père, lors d'un premier mariage ; mais en cas de second

(1) V. en sens contraire Richard, *op. cit.*, qui le rattache au stade du droit maternel, dont il est partisan.

mariage, il devait le partager avec sa fille. Quand les ascendants de la femme étaient morts, ses tuteurs les remplaçaient ; ils étaient ses agnats. Plus tard la dot apparut (1).

On trouve enfin en Irlande le « *Tanistry* », système qui appelle à la succession *non* le fils aîné, *mais* le plus proche parent mâle (analogie avec le droit musulman) (2).

Une faveur spéciale était accordée au fils de la fille ou de la sœur, dans la loi successorale, etc... (3).

Dans le très ancien temps, la femme devait prendre part à la guerre entre les classes (de même chez les Sauromates, chez lesquels on a vu, non sans vraisemblance, les ancêtres des Slaves) (4).

Le père pouvait exposer ses enfants en bas-âge et vendre ses filles nubiles.

(1) V. Gaston Richard, *op. cit.*

(2) V. Sumner-Maine, *op. cit.*, et G. Richard, *op. cit.*

(3) V. Gaston Richard, *op. cit.*, et sa théorie qui conclut à la formation du droit irlandais dans le prétendu stade intermédiaire entre le droit maternel et le patriarcat.

(4) V. Sumner-Maine, *op. cit.* et G. Richard, *op. cit.*

CHAPITRE X

Les Slaves.

L'organisation familiale des Slaves se rapproche de la communauté domestique hindoue (1). A la mort du père, le fils aîné, ou à son défaut tout membre de la communauté en état de se mettre à la tête des affaires prenait sa place (2). La famille tout entière est propriétaire de la communauté, mais les filles sont exclues du partage de celle-ci. Elles sont dotées aux frais de la communauté, mais n'ont droit à rien d'autre.

Comme dans toutes les organisations à forme patriarcale, le père exerçait un pouvoir absolu, plus absolu encore qu'ailleurs (3). En général, les enfants étaient mariés au gré de leurs parents, surtout les filles. On fiançait d'ailleurs les enfants en bas-âge.

(1) V. sur la communauté domestique Slave les intéressants développements de Sumner-Maine, *op. cit.*

(2) V. Glasson, *op. cit.*

(3) V. G. Richard, *op. cit.* — Alfred Rambaud, *Histoire de la Russie* ; de Haxthausen, *Etudes sur la situation intérieure, la vie nationale et les institutions rurales de la Russie* ; Glasson, *op. cit.*

Les Slaves étaient exogames, leur table de degrés prohibés était assez étendue. La parenté fictive y était fort développée, notamment l'adoption.

Les Slaves étaient polygames, surtout les grands. Ewers assure toutefois que chez les Russes païens, une des femmes du prince avait la préséance (1).

Le célibat était à peu près inconnu ; aujourd'hui encore, chez les paysans russes, quand un garçon atteint l'âge de 18 ans, ses parents lui ordonnent de se marier (1). Les fiancés se voyaient le jour du mariage pour la première fois, jusqu'à Pierre-le-Grand, qui ordonna de séparer les fiançailles du mariage par un intervalle d'au moins six semaines.

Les Slaves pratiquaient le mariage par enlèvement — on retrouve dans les cérémonies nuptiales des Russes et d'autres nations slaves des traces de cet usage (2) qui est encore pratiqué même aujourd'hui en Serbie (3) — et par achat ; ce dernier subsista fort

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) On en retrouve aussi des traces en Roumanie ; au moment où le marié va emmener la mariée, les jeunes gens de la noce feignent de s'opposer à son départ ; des pourparlers ont lieu, suivis d'un simulacre de lutte ; le fiancé offre du vin comme droit du capteur, puis il fait franchir à sa femme le seuil de sa demeure sans que ses pieds touchent le sol, afin de simuler l'enlèvement. La cérémonie se déroule ensuite par des cortèges, etc... Deux jours après, la marraine de la fiancée se rend compte si la mariée était bien digne du mariage.

(3) La loi pénale d'ailleurs le réprime (Glasson, *op. cit.*).

longtemps chez les Esclavons du Sud (presque jusqu'à aujourd'hui) (1).

Dans l'ancienne Russie, lors du mariage, le père prenait un fouet neuf, et frappait sa fille légèrement, en lui disant que c'était la dernière fois, et passait ensuite le fouet au marié (1). C'était là le signe que le pouvoir absolu du père passait à l'époux.

La femme recevait un douaire de son mari.

Jusqu'à Pierre le Grand, elle vivait confinée dans le « *térem* », sorte de harem infiniment moins agréable que celui des musulmans. Elle ne sortait que voilée. Le grand empereur ordonna qu'elles restassent découvertes devant les hommes, il prescrivit les salons mixtes à l'occidentale, etc...

Il est superflu de dire que la femme ne pouvait pas divorcer d'avec son mari, puisqu'elle lui était entièrement soumise.

Les Serbes considèrent encore aujourd'hui le mariage comme indissoluble et regardent un second mariage comme un outrage au mari défunt. Toutefois on permet au mari de renvoyer sa femme en cas d'adultère (2). Les enfants restent toujours au père (3).

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) V. Glasson, *op. cit.*

(3) V. pour l'ensemble du droit slave, Matziejowski, *Histoire du droit chez les Slaves*.

CHAPITRE XI

Chinois, Japonais.

D'après la légende chinoise, au commencement, les hommes ne différaient en rien des autres animaux dans leur manière de vivre. Les femmes étaient communes à tous ; les enfants ne connaissaient généralement que leurs mères. Ce fut l'empereur Fou-Hi qui institua le mariage. — Nous avons vu ce qu'il fallait penser de cette légende, dont l'existence, chez différents peuples, ne prouve pas plus en faveur de sa véracité que l'ancienne croyance générale en la forme plane de la terre ne prouvait qu'elle fût plate et non sphérique.

En Chine et au Japon, régnait — et règne encore — la polygynie, mais une seule femme est légitime : les autres ne sont que des concubines. La première exerce une certaine autorité sur les secondes qui lui doivent le plus grand respect (1).

Les enfants d'une concubine ont les mêmes droits

(1) Westermarck, *op. cit.*

que ceux de l'épouse, ils sont légitimes. Sont seuls illégitimes ceux qui sont nés d'une femme qui n'a pas été reçue dans la maison du père. Celui-ci a sur ses enfants un pouvoir absolu, et en Chine la désobéissance aux parents est punie de mort, quel que soit l'âge de l'enfant.

Les classes riches seules peuvent d'ailleurs se permettre le luxe d'avoir des concubines. Les mikados du Japon ont ainsi de nombreuses concubines, mais une seule femme a le titre d'impératrice. Le mikado désigne à son choix le prince héritier.

En Chine et au Japon, les vieux garçons sont presque inconnus. Chez les Chinois, le père somme son fils de se marier dès la puberté, et l'on marie même les esprits des adolescents morts avant leur mariage, avec des esprits de jeunes filles décédées dans les mêmes conditions. En Corée, l'homme qui n'est pas marié est considéré comme un être inférieur, et un « homme » de 13 ou 14 ans peut le frapper et le faire obéir sans qu'il puisse se plaindre (1).

Un Chinois ne peut épouser une personne portant le même nom de famille que lui ; or, il n'y a pas plus de 530 noms de famille dans tout l'Empire. La sanction est une punition de 60 coups de bâton. S'il y a inceste véritable — et l'on considère ainsi tout com-

(1) Westermarck, *op. cit.*,

merce avec un proche parent du côté du père jusqu'au degré de grand-oncle et de cousin-germain, — le châtiment est la mort. Du côté maternel on ne peut épouser la sœur de sa mère ou la fille de cette sœur sous peine d'être étranglé. D'autres prohibitions sont encore édictées du côté maternel, mais moins rigoureusement châtiées. La peine est la même en cas de simple commerce sexuel sans mariage.

On ne peut épouser non plus en Chine la veuve d'un frère mort (châtiment : strangulation), mais on peut épouser la sœur d'une épouse morte, et cela se fait même fréquemment.

Au Japon, on ne peut entretenir de relations sexuelles avec la concubine d'un ascendant paternel, ni avec la femme d'un fils ou d'un petit-fils, une tante paternelle, une sœur, etc... Il existe enfin des prohibitions de mariage entre certaines classes, tant en Chine qu'au Japon, mais dans ce dernier pays, ces prohibitions ne sont plus légales depuis le nouveau régime inauguré en 1868 (1).

En Chine, les parents marient parfois leurs enfants pas encore nés ; les époux se voient pour la première fois le jour de leurs noces. Le père est tout puissant, et aucun fils ne s'est jamais marié sans le consentement de ses parents, quel que soit son âge — en cas

(1) Westermarck, *op. cit.* — V. Ludovic Naudeau, *Le Japon moderne.*

de mort des parents, des proches les remplacent pour régler les affaires matrimoniales. Jamais un Chinois n'agira par lui-même en cette matière. Il arrive parfois même que ces tuteurs marient un jeune homme absent de son pays, tant leur puissance est grande ; et cet engagement est obligatoire, même s'il s'est fiancé ailleurs pendant ce temps. Au Japon le père de famille jouit d'un pouvoir absolu analogue à celui du paterfamilias romain. Il pourra envoyer sa fille se prostituer sans qu'un murmure sorte de sa bouche (1). Les parents des conjoints arrangent le mariage, jamais on n'agit soi-même. Une rencontre est ménagée entre les fiancés et s'ils ne se plaisent pas, l'affaire ne va pas plus loin. Mais autrefois cette rencontre n'existait pas dans l'aristocratie et les époux se voyaient pour la première fois le jour de leurs noces, comme en Chine. Un mariage arrangé directement entre les conjoints est réputé « *yago* » (rencontre dans la lande), c'est dire combien il est méprisé ; les classes inférieures seules se le permettent (2).

En Chine, le « *signum innocentiae* » doit pouvoir être exhibé publiquement, comme chez les Juifs.

Le mari va habiter chez son beau-père et n'emmène

(1) Détails dans Westermarck, *op. cit.*

(2) Westermarck, *op. cit.*

sa femme chez lui qu'après la naissance d'un enfant (1).

Au Japon, quand il n'y a que des filles dans une famille, le mari de l'aînée entre dans la famille de sa femme et en prend le nom. — La cérémonie du mariage n'y a pas grande importance, elle consiste à faire boire par le couple, selon certains rites, un nombre fixe de coupes de vin (1).

Les moines Bouddhistes considèrent le mariage comme une concession à la fragilité humaine (2) ; aussi en font-ils un simple contrat civil ; une cérémonie religieuse intervient cependant, et parfois même un lama y prend part. Elle consiste en une prostration devant les tablettes ancestrales (1) [les Chinois, on le sait, rendent à leurs ancêtres un culte fervent, qui domine et rapproche les diverses confessions religieuses qui se partagent le pays (3).] Confucius reconnu et consacra ce culte.

En Chine, un échange de cadeaux a lieu entre les tuteurs du marié et ceux de la mariée ; leur montant est fixé à l'avance par les négociateurs du mariage,

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) « Un homme sage, dit le « *Dhammika Sutta* », doit éviter la vie conjugale comme si c'était un abîme brûlant de charbons ardents. » Les lois chinoises imposent le célibat à tout prêtre, Bouddhiste ou Taoïste (Westermarck).

(3) Sur le culte des ancêtres, voir au chap. *Les Hindous*.

et une fois reçus et acceptés, les parties sont irrévocablement engagées. Au Japon également, le mari futur envoie à sa fiancée certains cadeaux prescrits, et « cet envoi de présents forme une des parties les plus importantes de la cérémonie du mariage. » Ces cadeaux une fois reçus, comme en Chine, le contrat est conclu et l'on ne peut plus se dédire (1). M. Westermarck voit dans ces coutumes un vestige du mariage par achat, qui devait exister autrefois (2).

Les Chinois pratiquent l'infanticide des filles sur une grande échelle, parce qu'elles sont inaptes à continuer le culte des ancêtres. Les Japonais, comme les Chinois et comme les anciens Aryens, pratiquent le culte des ancêtres et ne point avoir de descendance mâle est chez eux un malheur. « Les honnêtes gens ont beaucoup d'enfants, dit un proverbe japonais (3). En Chine et au Japon, les filles étaient exclues de l'héritage paternel (4).

En Chine, le mari a le droit de battre sa femme, (c'est même de bon ton de le faire) ; il peut la répudier dans sept cas (mésintelligence persistante entre la femme et le père ou la mère du mari, stérilité, adultère, propos par lesquels la femme aurait trou-

(1) Westermarck, *op. cit.* — V. Ludovic Naudeau, *Le Japon moderne.*

(2) Dans le même sens, Gaston Richard, *op. cit.*

(3) Westermarck, *op. cit.*

(4) G. Richard, *op. cit.*

blé la paix de la famille, infirmité repoussante, intempérance incorrigible de la langue et larcin domestique) (1).

L'épouse répudiée ne peut se rémarier.

Le divorce est d'ailleurs rare en Chine (2).

Au Japon, les motifs de répudiation sont les mêmes qu'en Chine, mais on fait peu usage de cette faculté, surtout quand il y a des enfants. L'éducation et la coutume exigent d'ailleurs de traiter la femme avec bonté et considération (2). Depuis un certain nombre d'années cependant, les divorces augmentent dans des proportions inquiétantes au Japon ; le nouveau code de 1898 admet le divorce par consentement mutuel.

En Chine, la femme ne peut obtenir le divorce. Au Japon, elle ne le peut que depuis 1873.

La femme Japonaise a une condition inférieure, son mari affecte vis-à-vis d'elle le plus parfait dédain. La femme Chinoise, selon les préceptes, doit être « *une ombre et un écho* », elle n'a, paraît-il, pas d'âme ; d'après le Confucianisme, c'est un être sept fois impur. L'une et l'autre sont des servantes plutôt que des épouses. Elles doivent être figées de respect devant leurs époux et leur être entièrement soumises (3).

(1) Fonsegrive, *op. cit.*

(2) Westermarck, *op. cit.*

(3) Il convient de signaler le réveil qui semble aujourd'hui

Les veuves ne doivent pas, théoriquement, se remarier ; on honore particulièrement celles qui se suicident pour accompagner leurs maris défunts.



Dans l'Indo-Chine, il convient de noter quelques usages particuliers :

Chez les Kocchs, les femmes sont fort bien traitées, les successions se transmettent par la ligne féminine.

En Annam, comme en Chine, le mariage est une incorporation de la femme au culte domestique du mari (1). La polygamie y règne. La femme peut être répudiée à volonté par son mari.

Au Tibet, on trouve quatre espèces de mariages réguliers : polyandrie et polygamie combinées, polygynie, polyandrie, monogamie (1).

En Birmanie, enfin, les femmes jouissent d'une liberté et d'une autorité extraordinaires. « Depuis longtemps, — dit M^{me} Jane Germandt-Claine, une Suédoise (2), — elles prennent part aux élections municipales, et elles jouiraient haut-la-main du droit

vouloir délivrer les Chinoises et les Japonaises de cette sujétion (V. Avesnes, *En face du soleil levant*; et Ludovic Naudeau, *op. cit.*)

(1) G. Richard, *op. cit.*

(2) Citée par M. Labadie-Lagrave, dans la Revue *Femina*, du 15 avril 1909.

de suffrage politique, si les institutions parlementaires existaient dans leur pays. » Et M. Charles Edouard Russel écrit, dans le « *Harper's Magazine* » (1) : « en réalité, la Birmanie appartient aux Birmanes... elles sont de tout point traitées comme les égales de leurs maris, elles administrent le patrimoine de la famille et... tiennent la plupart des magasins... » L'enseignement de Bouddha, d'ailleurs, ne va pas à l'encontre de ces mœurs, car il n'a fait, dans ses enseignements, aucune différence entre les deux sexes. L'instruction de certaines femmes birmanes est extraordinaire. Les jeunes filles jouissent d'une complète liberté, sans qu'il en résulte de licence. La jeune fille choisit son mari, au besoin contre le gré de sa mère (2). Le rapt subsiste comme formalité symbolique, quand la mère ne consent pas au mariage. Sauf de rares exceptions, dit M^{me} Germandt-Claine (1), la bonne intelligence règne entre les époux, la femme conserve son nom de famille, elle administre les biens qu'elle achètera avec ses économies ou qui lui adviendront par héritage. La femme dirige le négoce dont le mari ne s'occupe pas, avec une prodigieuse habileté, et aussi l'éducation de ses filles. M. Labadie-Lagrave attribue cet état de

(1) Cit. par M. Labadie-Lagrave, dans la Revue *Femina*, du 15 avril 1909.

(2) Dans le même sens, Westermarck, *op. cit.*

choses au stage que fait tout jeune Birman dans un monastère où il reçoit l'enseignement des moines Bouddhistes ; là on lui apprend à s'inspirer en toutes choses de la maxime du Sage qui condamne tout effort inutile, et à mener une vie contemplative qui lui permettra de s'examiner sans cesse lui-même et d'arriver par degrés à la suprême perfection. « Après avoir passé par ces épreuves, un jeune Birman est mûr pour le mariage. Son caractère est d'une égalité parfaite, etc... » Il est rare que deux époux ne s'entendent pas ; mais enfin on trouve des ménages désunis de temps à autre. La femme qui a des griefs à faire valoir invite son mari à comparaître devant les anciens de la Ville, qui s'efforcent de les réconcilier. Quand ils n'y parviennent pas, le divorce est prononcé (M^{me} Gernandt-Claine). Les enfants sont toujours confiés à la mère, qui subvient toujours aux besoins de toute la famille. Le mari se promène et dort. Heureux pays !

CHAPITRE XII

Les Mahométans (1).

La situation de la femme musulmane est loin d'être enviable. Il convient de préciser les origines de cet état de choses.

Mahomet était né d'une famille arabe, de la tribu des Koreïschites ; la religion qu'il fonda se ressentit des traditions arabes, car à mesure que « les premiers musulmans importaient leur religion dans les pays conquis, ils y implantaient aussi leurs coutumes et c'est ce qui a donné naissance à cette idée fausse que la réclusion de la femme et la polygamie étaient des principes religieux propres à l'Islam » (2).

Les Koreïschites enterraient parfois leurs filles vivantes afin de s'en débarrasser. Un fils avait le droit

(1) Il est superflu de faire remarquer que nous classons dans ce chapitre tous les peuples de religion musulmane, même ceux dont nous avons déjà résumé les mœurs, et qui en se convertissant à l'Islamisme, en ont adopté la législation.

(2) M^{me} Marylie Markovitch, *Les traditions de la femme dans l'Islam*, conférence faite à « La Fraternité Musulmane de Paris », sous la présidence de M^{me} Daniel Lesueur.

d'épouser la femme de son père, après la mort de celui-ci, car une femme était considérée comme un objet dont on peut disposer à son gré (1). Les Arabes pouvaient épouser leurs sœurs (2) et même leurs filles, mais de ces unions naissaient des êtres chétifs, aussi les déconseillait-on. Telle était la situation de la femme parmi les tribus arabes quand Mahomet annonça au monde sa mission (1). (Il se déclara l'envoyé de Dieu, mais ne revendiqua jamais la divinité pour lui : « Allah est Dieu, et Mahomet est son Prophète »).

Les filles étaient fort mal accueillies à leur naissance ; il blâma de cet état d'esprit les pères qui en étaient pénétrés, les déclarant sacrilèges. Il exigea des adeptes le serment de ne plus tuer leurs enfants. « O Prophète, si des femmes fidèles viennent te demander un asile après t'avoir promis avec serment qu'elles fuiront l'idolâtrie, qu'elles ne voleront point, qu'elles éviteront la fornication, *qu'elles ne tueront point leurs enfants*, qu'elles ne mentiront point et qu'elles ne te désobéiront en rien de ce qui est juste, donne-leur ta foi et prie Dieu pour elles. Il est indulgent et miséricordieux. »

Il interdit le mariage entre le fils et l'épouse de son père, et prohiba formellement l'inceste, en éta-

(1) Marylie Markovitch, *loc. cit.*

(2) En Arabie Pétrée, autrefois, une femme épousait un groupe de frères (Malte-Brun, *op. cit.*).

blissant une table de degrés très étendue : on ne peut plus épouser non seulement sa mère, sa fille, sa sœur, mais encore sa tante, sa nièce, sa nourrice, sa sœur de lait, sa belle-fille, ni deux sœurs en même temps. Les Mahométans sont maintenant de préférence exogames.

Il releva considérablement la condition de la femme, et traduisit son respect de celle-ci dans ce verset : « Le paradis est aux pieds des mères » (1). Le Koran est plein d'enseignements ordonnant de la traiter avec bonté et justice.

En matière pécuniaire, il l'institua maîtresse absolue de ses biens, qu'elle peut administrer sans l'autorisation de son mari ; elle peut même ester librement en justice.

Les Mahométans donnent en général de gros douaires à leurs épouses et on stipule, d'ordinaire, que les deux tiers du douaire seront immédiatement payés, avant que le contrat de mariage ne soit fait, tandis qu'on tient en réserve le troisième tiers pour être payé à la femme en cas de répudiation ou en cas de mort de son mari. Ce douaire est inaliénable. Et quelle que soit la propriété reçue par la femme de ses parents ou d'autres, à l'occasion de son mariage ou autrement, elle en dispose entièrement et n'est expo-

(1) Cit. par M^{me} Marylie-Markovitch.

sée à aucune réclamation de son mari ou des créanciers de celui-ci (1).

En matière successorale, la fille hérite de son père d'une part moitié moindre que celle du fils (V. les détails chap. IV, verset 12, et chap. V, verset 175 du Koran). — Rappelons à ce sujet que la souveraineté, en Turquie, échoit non pas au fils comme les biens, mais au mâle le plus âgé de la famille.

Ce qui contribua le plus à l'abaissement de la femme musulmane, c'est la polygamie. Celle-ci est bien antérieure à Mahomet, elle était répandue dans toute l'Asie, et il ne put l'en extirper. Il sembla, en effet, l'essayer, puisqu'il dit dans un des versets du Koran : « Si vous craignez d'être injustes envers les orphelins, n'épousez que peu de femmes, deux, trois ou quatre parmi celles qui vous auront plu. Si vous craignez encore d'être injustes, n'en épousez qu'une seule ou une esclave. Cette conduite vous aidera plus facilement à être justes » (2).

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) Chap. IV, v. 3. — V. aussi le verset 128 du même chapitre ; « Vous ne pourrez jamais traiter également toutes vos femmes, quand même vous le désireriez ardemment. Gardez-vous donc de suivre entièrement la pente et d'en laisser une comme en suspens ; mais si vous êtes généreux et craignant Dieu, il est indulgent et miséricordieux ». On doit visiter ses quatre femmes légales chacune à son tour (V. chap. XXXIII, verset 49). — En dehors des quatre femmes légitimes, les Mahométans peuvent prendre autant de concubines qu'ils veulent, la différence n'est d'ailleurs pas

Il n'en épousa pas moins lui-même plusieurs femmes, mais ne le fit que vers cinquante ans. Certains de ses mariages furent d'ailleurs des actes de haute politique, destinés à se concilier des chefs de tribus ou des personnages influents.

Quoi qu'il en soit, la polygamie fleurit à un tel point dans l'Islam, qu'il est généralement considéré comme la personnification de ce régime (1). Les Sultans ont un nombre presque illimité de concubines, en dehors des femmes que leur permet le Koran.

Les femmes musulmanes vivent dans les harems, à l'écart des hommes, en présence desquels d'ailleurs elles ne peuvent paraître que voilées — sauf devant leur père, leurs enfants, leurs neveux et devant leurs

grande entre la femme et la concubine : la première a son père pour protecteur, tandis que la dernière est sans défense contre son mari (V. Westermarck). Il n'est pas permis de prendre d'autres femmes que celles que l'on a, ni de changer celles-ci contre d'autres — à l'exception des esclaves que l'on peut acquérir (chap. XXXIII, verset 50). On ne peut prendre « les filles honnêtes des croyants » comme concubines, mais seulement comme femmes légitimes (chap. V, verset 7).

(1) Il aurait aujourd'hui quelque tendance à reculer, tout particulièrement parmi les Mahométans de l'Inde. L'usage naît pour la femme qui se marie de stipuler la monogamie, en Tunisie, et notamment à Kairouan (Marylie-Markovitch, *loc. cit.*) et même en Turquie (Malte-Brun). — Certains musulmans ne sont plus du tout polygames, tels ceux de Bosnie, qui sont, il est vrai, de race Slave, et la majorité des Albanais. — Même en Turquie, beaucoup d'hommes se contentent d'une seule femme par raison d'économie.

esclaves. Elles y sont tenues dans l'ignorance et dans la sujétion.

Le voile n'est d'ailleurs qu'une question de mœurs, ou tout au moins son obligation n'a été déduite du Koran que par les interprétateurs (1). Quoi qu'il en soit, les musulmanes d'Algérie, de Tunisie, des tribus bédouines et des tribus nomades d'Arabie ou de Perse n'y sont pas astreintes. Les femmes Kabyles vivent tout à fait librement, et sans aucun voile. Celles du Sénégal s'en sont à peu près affranchies, paraît-il (2).

La première épousée occupe en général un rang plus élevé que les autres, on l'appelle « *la Grande Dame* » et elle est unie pour la vie à son mari. Mais tous les enfants de l'homme sont également légitimes, même ceux qui sont nés de femmes esclaves (Westermarck).

Le mariage est considéré comme un devoir chez les

(1) En tout cas, le Koran ne l'impose que pour les femmes mariées et non pour les jeunes filles ; mais les mœurs ont généralisé l'obligation (V. chap. XXXIII, versets 51, 53, 57 et chap. XXIV, verset 31).

(2) M^{me} Markovitch, *loc. cit.* — Une forte campagne est faite actuellement en Turquie, en Egypte, en Perse, dans les Indes, etc... en faveur de la suppression du voile, de la polygamie, et de l'affranchissement de la femme. — Les femmes bosniaques non plus ne portent pas le voile, et elles peuvent choisir leur mari. Ces populations slaves ne sont qu'à demi-mahométanes dans leurs mœurs.

Mahométans, pour les hommes comme pour les femmes.

Un musulman peut épouser une chrétienne ou une Juive, mais les enfants doivent suivre la condition et la religion paternelles; et la femme n'hérite point alors de son mari ; mais jamais une musulmane ne peut épouser un infidèle.

Le mariage se contracte par un achat (« *mahr* »), le plus souvent purement symbolique. C'est un contrat civil (1) se nouant et se dénouant par le consentement des époux. La consommation physique est indispensable à sa perfection (2).

On considère comme un devoir sacré de doter sa fille ; celle-ci n'est point consultée quand elle se marie, son père lui choisit un époux, qu'elle voit pour la première fois le jour de ses noces. Il est juste d'ajouter que le mari lui-même ne l'a pas vue non plus et doit s'en rapporter aux dires des femmes de sa famille sur ses avantages physiques.

Le fils peut se marier selon son gré dès quinze ans, sans le consentement paternel. « Les Hanafis et les Shiahs accordent le même privilège à la fille, tandis que, selon d'autres écoles, une femme n'est émancipée de l'autorité paternelle que par le mariage. Un

(1) Sa conclusion s'accompagne simplement d'une prière à Allah (Vestermarck).

(2) V. Zeys, *Traité de droit musulman*.

père mahométan a certainement le droit d'imposer le « *status* » de mariage à ses enfants pendant leur minorité, qu'ils soient fils ou filles, mais la loi prend un soin particulier pour que ce droit ne soit jamais exercé au préjudice du jeune enfant. « Tout acte du père qui nuirait aux intérêts des mineurs est considéré comme illégal, et donne le droit au juge d'intervenir afin d'empêcher l'achèvement d'un tel acte, ou s'il est complet, de l'annuler » (1).

Le père doit entretenir ses enfants jusqu'à leur puberté.

Mahomet ordonna de punir l'adultère, et, chose curieuse étant donnée la mentalité dominante chez la plupart des peuples civilisés, il infligea le même châtiment aux deux sexes : « vous infligerez à l'homme et à la femme adultère cent coups de fouet à chacun... » (V. chap. XXIV, verset 2).

Le divorce est autorisé par le Koran.

Le mari peut répudier sa femme, mais seulement s'il a des raisons sérieuses (en fait cependant, il le fait parfois par pur caprice) ; mais s'il la répudie trois fois, il ne peut plus la reprendre que « lorsqu'elle aura épousé un autre mari et que celui-ci l'aura répudiée à son tour » (chap. II, verset 230).

La femme répudiée doit être « récompensée » par

(1) Westermarck, *op. cit.*

son mari, tant qu'elle allaite ses enfants. Le mari doit attendre trois mois après la répudiation avant de la chasser complètement, et doit lui réserver un traitement humain et miséricordieux. Il doit lui donner des ressources proportionnelles à ses facultés (V. le chap. LXV).

Si l'on répudie sa femme avant la cohabitation, mais après l'assignation du douaire, la femme en gardera la moitié, à moins qu'elle ou « celui qui de sa main a lié le nœud du mariage » ne se désiste du tout (chap. II, verset 238.) Si on le fait après la cohabitation, il faut lui laisser le tout, à moins qu'elle ne se soit rendue coupable d'un crime manifeste (chap. IV, versets 23 et 24).

Les femmes répudiées ne peuvent se remarier avant un délai de trois mois.

Il est permis à la femme de céder une portion ou la totalité de sa dot au mari, afin qu'il lui accorde le divorce. Elle peut d'ailleurs le réclamer par autorité de justice si elle est traitée cruellement par son mari.

Les femmes héritent de leurs maris (un quart de la succession s'il n'y a pas d'enfants, un huitième seulement s'il y en a, les legs et les dettes prélevés (chap. IV, verset 14).

Une veuve ne peut se remarier avant un délai de quatre mois et 10 jours.

Le mari hérite de la moitié des biens d'une femme morte sans postérité, d'un quart seulement si elle a laissé des enfants, les legs et les dettes prélevés (chap. IV, verset 13).

CHAPITRE XIII

Eglise catholique.

La législation de l'Eglise en notre matière est trop connue pour qu'il soit nécessaire de l'exposer tout au long. Il nous suffira de rappeler qu'en droit canonique, le mariage « consiste essentiellement dans l'échange du mutuel consentement que se donnent, en vue de la vie conjugale, deux personnes d'ailleurs *habiles* » (1). C'est reconnaître que le mariage est un contrat ; ce caractère de contrat purement consensuel rend inutile toute autorisation des parents ; le Concile de Trente, dans sa session XXIV^e, proclama solennellement la validité du mariage contracté sans cette autorisation et frappa d'anathème les partisans de la nullité (2).

Le mariage, pendant des siècles, résulta ainsi de la seule volonté des époux, et la bénédiction du prê-

(1) *Le mariage et les fiançailles*, par l'abbé Boudinhon, professeur à l'Institut Catholique de Paris.

(2) V. Esmein, *Le mariage en droit canonique*.

tre ne fut pas indispensable (bien que l'usage des premiers chrétiens fût de la demander, en raison de la phrase de saint Paul : Τὸ μυστήριον τοῦτο μέγα ἐστίν [*sacramentum hoc magnum est* (Vulgate)] ; ce n'était cependant pas une nécessité et les veuves ne pouvaient en profiter (1).

Mais devant les effets désastreux que produisit un pareil système, en raison de la difficulté d'apporter la preuve du mariage (2), l'Eglise « chercha à faire respecter le lien conjugal en entourant sa formation de solennité et de publicité. Dès 524 le concile d'Arles exigeait une dot et des noces publiques. La célébration de la messe et la bénédiction du prêtre étaient toutes désignées pour servir de formes au mariage. A partir du IX^e siècle, les canons des conciles qui exigent la célébration publique du mariage deviennent fréquents. Le plus important est le canon 51 du IV^e concile œcuménique de Latran, réuni en 1216 sous Innocent III. A partir de ce moment on remarque en France un mouvement de plus en plus vif en faveur de la publicité du mariage. Une manifesta-

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) « Des concubinaires pouvaient se faire traiter comme légitimement mariés ; en le niant ou en le passant sous silence (le mariage), des gens séparés de leur conjoint pouvaient contracter une nouvelle union. La situation était vraiment grave au début du XVI^e siècle » (Boudinhon, *op. cit.*) — Et c'est à un pareil état de choses, disons-le en passant, que veulent nous ramener les partisans de l'Union libre.

tion eut lieu en 1449 dans un concile national assemblé à Lyon. Mais ce concile était impuissant à prononcer la sanction nécessaire de cette obligation nouvelle : la nullité des mariages simplement consensuels. Ce fut l'œuvre du concile de Trente réuni le siècle suivant » (Planiol, « *Traité de droit civil* », t. III, chap. VII) (1).

Le 11 novembre 1563, ce concile décréta *nul* tout mariage qui n'aurait pas lieu à l'église en présence du propre curé des époux : « *in facie Ecclesiæ, proprio præsente parochi* » (2).

Mais ce ne fut qu'après diverses vicissitudes que la nullité fut définitivement admise par le droit civil en France, en vertu de l'Ordonnance de Blois (1579). La matière du mariage appartenait d'ailleurs tout entière aux tribunaux ecclésiastiques ou officialités, malgré les tentatives du pouvoir royal pour la leur enlever, et ce ne fut qu'en 1789 que la sécularisation du mariage fut définitivement accomplie par la Révolution (3).

(1) Note de M. Planiol : « En Orient, les mariages purement civils étaient frappés de nullité depuis la fin du IX^e siècle ou le commencement du X^e, par une constitution de l'empereur Léon VI. Mais la loi byzantine n'avait pas influencé la jurisprudence canonique de l'Occident ».

(2) V. Esmein, *op. cit.*

(3) V. Planiol, *op. cit.* — Les protestants se mariaient devant leurs pasteurs, et jusqu'en 1598, révocation de l'édit de Nantes, ces mariages furent valables. Mais après 1598, il n'y eut plus pour

Le droit canonique connaît une table de degrés prohibés très étendue ; elle allait jusqu'au VII^e degré suivant le mode de computation canonique (14^e degré suivant la computation civile), avant le concile de Latran (1215) ; ce concile la réduisit au 4^e degré canonique (petits-fils de cousins-germains, soit le 8^e degré civil). Le mariage est également interdit entre le parrain et la marraine d'un même enfant (parenté spirituelle), le tout sauf dispense.

Les fiançailles (engagement que prennent deux personnes l'une envers l'autre de se marier plus tard l'une avec l'autre) font naître l'obligation de contracter le mariage promis, en droit canonique. Les sanctions, naturellement, sont purement canoniques. Jusqu'en 1907, les fiançailles n'étaient soumises à aucune formalité, d'où des difficultés de preuve ; mais le décret « *Ne Temere* », du pape Pie X, en date du 2

eux de forme légale de mariage, et ils durent se marier secrètement, dans les bois ou les montagnes. Malgré cet état de choses, les parlements n'annulèrent pas ces mariages jusqu'en 1739, année où le Présidial de Nîmes osa le premier casser un mariage protestant et ordonner la séparation des époux. Les autres parlements l'imitèrent, et prononcèrent même des condamnations rigoureuses contre les protestants qui s'unirent dans les formes de leur religion. En 1787, enfin, grâce au mouvement d'idées du XVIII^e siècle, le roi offrit, par un édit, aux non catholiques le choix entre deux formes de mariage : *une déclaration de mariage* faite soit devant le premier officier de justice des lieux, soit *en la maison* du curé du lieu, et non pas à l'église (V. Planiol, *op. cit.*, et Desforges, *Etude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français*).

août 1907, vint les soumettre à une certaine solennité : « Sont seules tenues pour valides et produisent leurs effets canoniques, dit le décret, les fiançailles qui auront été contractées par un écrit signé des parties, et en outre, soit du curé, soit de l'Ordinaire du lieu, soit au moins de deux témoins », etc... (1). Les fiançailles canoniques produisent plusieurs effets : un empêchement matrimonial entre l'un des fiancés et les parents de l'autre ; obligation mutuelle des fiancés de contracter mariage, engendrant une prohibition à toutes autres fiançailles et à tout autre mariage.

Le droit civil, on le sait, ne sanctionne pas les fiançailles. Les tribunaux modernes accordent bien des indemnités à l'occasion de mariages manqués, mais ces indemnités prennent leur cause juridique dans un préjudice réellement causé, et non plus dans la promesse non exécutée (V. Planiol, *op. cit.*).

L'Eglise considère la consommation du mariage (*copula carnalis*) comme étant de l'essence du mariage, et l'annule lorsqu'il n'a pas été consommé. L'influence de l'Ecriture Sainte a été en cette matière

(1) En Espagne, la nécessité d'une écriture publique, c'est-à-dire d'un acte notarié pour la validité des fiançailles, avait été imposée par la Pragmatique de Charles III (28 avril 1803), reconnue et adoptée par la législation canonique. Le nouveau décret de 1907 a remplacé ce droit local (V. sur ce décret, Boudinhon, *op. cit.*).

prépondérante (1). Nous aurons l'occasion d'étudier de plus près cette question et celle du « *debitum conjugale* » au cours de cet ouvrage.

Autrefois, l'adultère de la femme était fort grave, la peine pouvait être l'internement à perpétuité.

La femme pouvait demander la séparation de corps contre son mari adultère, mais il n'était pas punissable. La séparation de corps entraînait la séparation de biens (V. Glasson, *op cit.*).

Le divorce est formellement répudié par l'Eglise. A Rome, les premiers chrétiens pouvaient profiter de la législation des empereurs chrétiens, acceptant le divorce mais le limitant à « de justes causes. » « Le dogme de l'indissolubilité du mariage, revendiqué de bonne heure par plusieurs Pères de l'Eglise, d'accord avec l'injonction que « personne ne sépare ce que Dieu a uni » (2), ne prit que graduellement sa

(1) V. Planiol, *op. cit.* t. III, chap. 1^{er} et Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 83-85 et 99.

(2) *Evangile selon saint Matthieu* (chap. XIX, III-XII) : « Alors des pharisiens vinrent à lui (Jésus) pour l'éprouver et lui dirent : « Est-il permis à un homme de répudier sa femme pour quelque cause que ce soit ? » Jésus répondant leur dit : « N'avez-vous pas lu que Celui qui fit l'homme au commencement les fit mâle et femelle ? et qu'il dit : à cause de cela, l'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à sa femme et ils seront deux dans une même chair. C'est pourquoi ils ne sont plus deux, mais une seule chair. Ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare point. » — Ils lui dirent : « Pourquoi donc Moïse a-t-il commandé de donner la lettre de divorce et de répudier sa femme ? » Il

vigueur. Le concile de Trente supprima définitivement les dernières traces du divorce comme pratique légale » (1). L'Eglise admet cependant des causes d'« annulation » du mariage, qui, en bien des cas, ont constitué en fait de véritables divorces (2). Le concile de Trente admit toutefois la dissolution faite dans le but de se retirer dans un monastère. En outre, la séparation d'habitation pouvait être prononcée, dans certains cas, mais elle ne dissolvait pas le mariage.

leur dit : « Parce que Moïse, à cause de la dureté de votre cœur, vous permit de renvoyer vos femmes ; mais au commencement, il n'en était pas ainsi. Or, je vous dis que quiconque aura renvoyé sa femme, si ce n'est pour adultère, et s'il en prend une autre, il fait adultère ; et celui qui prend la renvoyée, il fait aussi adultère ». Ses disciples lui dirent : « Si telle est la condition de l'homme à l'égard de sa femme, il ne convient pas de se marier ». Mais il leur dit : « Tous ne sont pas capables de cela, mais seulement à qui il est donné, etc... » Saint Marc et saint Luc ne mentionnent pas l'exception en cas d'adultère.

(1) Westermarck, *op. cit.*

(2) « Le divorce une fois prononcé par le Tribunal civil, on assiège le tribunal ecclésiastique qui fonctionne à l'archevêché et qui... a dû multiplier ses séances au point de les rendre quasi-quotidiennes... on lui demandera de prononcer retrospectivement la nullité originaire du mariage déjà rompu par la loi... On prétendra qu'on a eu son consentement forcé par une mère impérieuse, par un père tyran, ou égaré par des renseignements faux ; on découvrira qu'on avait changé de paroisse et que, s'étant un peu trop pressé, on n'a pas été marié correctement par son propre curé, selon les prescriptions du concile de Trente. On alléguera bien d'autres choses que les ecclésiastiques assaillis par tous ces sophismes voudraient, au moins, n'entendre qu'en latin... etc... » (H. Joly, *La crise du mariage, Correspondant*, 10 janvier 1902, cit. par Valensi *op. cit.*).

Les secondes nocces ont toujours été vues avec défaveur par l'Eglise. Les premiers chrétiens les flétrissaient du nom d'adultère légal, bien que saint Paul ait dit que les jeunes veuves devaient se marier (1). Aujourd'hui, certains rituels ne donnent pas la même bénédiction nuptiale au second mariage qu'au premier.

L'Eglise catholique contribua à relever la dignité du mariage, en en faisant un sacrement, et en édictant une morale idéaliste. Cependant, elle préférait le célibat, se mettant ainsi en contradiction avec la parole du Christ : « croissez et multipliez ». Saint Paul a dit : « Celui qui donne sa vierge en mariage fait bien, mais celui qui ne la marie pas fait mieux ». « Origène croyait le mariage profane et impur. Tertullien dit qu'il faut choisir le célibat au risque de laisser finir l'humanité » (1). Ce sont là deux Pères de l'Eglise. Saint Augustin dit que les enfants vierges brilleront au ciel comme des étoiles scintillantes, etc... Cependant, comme la continence n'est pas possible, le mariage est pour l'Eglise non seulement un droit, mais un devoir : « Il est bon pour un homme de ne toucher point de femme ; néanmoins, pour éviter la fornication, que chaque homme ait sa femme, et que chaque femme ait son mari... Si elles (les

(1) Westermarck, *op. cit.*

femmes non mariées et les veuves) ne peuvent garder la continence, qu'elles se marient : car il vaut mieux se marier que brûler » (1).

Ce sont ces étranges idées, contraires à la nature et à la conservation de l'espèce, manifestement contraires au but assigné à cette dernière par sa constitution même, qui ont engendré le célibat obligatoire des clergés séculier et régulier (imposé d'ailleurs d'une façon absolue seulement depuis le *XIII^e siècle*) (2), et qui ont contribué à donner au mariage une figure fausse et artificielle. Ce sont elles qui, par une réaction naturelle, ont causé le mouvement actuel en faveur de l'amour libre, — et par suite de l'union libre, — contre lequel il faut réagir aujourd'hui.

Il est juste de dire cependant, à la décharge de l'Eglise, que la pratique a corrigé ce que ces théories ont d'anti-naturel, et que si elle préfère de beaucoup, aujourd'hui comme autrefois, la virginité et le célibat, elle s'efforce de conserver au mariage la plus grande somme de dignité possible (3), — elle n'a

(1) Cit. par Westermarck, *op. cit.*

(2) V. Westermarck, p. 149.

(3) Pour les théologiens, le mariage a pour but la descendance, la foi des époux et le sacrement : *proles, fides et sacramentum*. — L'Eglise a reconnu l'égalité juridique de toutes les personnes humaines, des esclaves et aussi des femmes. Celles-ci ont dans le mariage chrétien les mêmes devoirs que l'homme. Celui-ci doit aimer et protéger sa femme (*Viri, diligite uxores vestras*, saint Paul, *Eph.*, v. 25, 28), la femme doit aimer son mari et lui

pas toutefois poussé le libéralisme jusqu'au divorce, et a laissé cet honneur à la religion réformée, qui l'admet pour cause d'adultère et pour d'autres motifs, par une interprétation différente de la lettre de l'Evangile.

être soumise (*sub viri potestate eris, et ipse dominabitur tui*, Gen., ch. III) ; ils se doivent mutuellement la fidélité (V. Fonsegrive, *op. cit.*). — Saint Augustin toutefois permettait au mari de souffleter sa femme, et nombre de légistes le suivirent, notamment Beaumanoir, qui permettait de la battre, pourvu que ce fût modérément et sans que mort s'ensuivît.

CHAPITRE XIV

Conclusion.

Nous avons essayé de donner une vue pour ainsi dire kaléidoscopique — combien imparfaite d'ailleurs, et si incomplète ! — de l'ensemble des institutions matrimoniales parmi les diverses grandes races qui se sont partagé le globe ; il nous est possible maintenant de dégager de ces notions historiques quelques conséquences générales, dont l'utilité apparaîtra au cours de la seconde partie de cet ouvrage.

On prétend aujourd'hui, comme nous le verrons plus loin, que l'état naturel de l'homme est la polygamie. Nous pensons avoir démontré que cet instinct polygamique n'est pas aussi certain qu'il peut paraître ; il est très douteux, tout d'abord, que les hommes aient jamais vécu à l'état de promiscuité complète, et pour notre part, nous nous sommes résolument rangé du côté de Darwin, Westermarck, etc., qui se sont prononcés pour la théorie patriarcale. Mais quand même serait-il prouvé que cette dernière

est erronée, que les hommes ont vécu à l'origine à l'état de hordes parmi lesquelles les relations sexuelles auraient été totalement dérégées, il resterait à démontrer que l'instinct de l'homme civilisé est le même que celui de l'homme sauvage. Or nous pensons avoir établi, au contraire, pour chacune des grandes civilisations qui éclairèrent le monde, que chaque fois qu'un peuple quelconque est parvenu à un certain stade du progrès, et à mesure qu'il s'en approchait, il tendait résolument vers la monogamie, — dont il avait pu s'écarter, selon la théorie que nous avons adoptée, sous l'influence de circonstances accidentelles (1), mais vers laquelle il revenait invariablement et d'une façon progressive. Alors même que l'on accepterait la thèse de la promiscuité primitive, d'ailleurs, il n'en serait pas moins incontestable que si l'humanité était partie de là, elle tendrait vers la monogamie organisée, dans une marche, non certes dépourvue d'écarts, mais nettement dirigée vers ce but déterminé.

La seconde conclusion que nous pensons pouvoir tirer de notre aperçu historique, est qu'à travers les vicissitudes des races, les diversités des tempéraments, des religions, des idées philosophiques et des

(1) Les nécessités de la discussion des théories nouvelles nous feront revenir sur cette question, de façon plus précise, dans le livre II, chap. II, par. 1^{er}.

climats, les peuples ont tous ressenti le besoin de fixer par des règles stables l'institution du mariage, de réglementer les rapports des sexes ; et si l'on veut bien coordonner les institutions juridiques des divers peuples, on constatera qu'ils ont tous tendu vers un type définitif d'union, non seulement au point de vue monogamique, mais encore au regard des conditions de formation et de dissolution de cette union.

Nous pourrions en conclure que certains caractères généraux semblent avoir fini par s'imposer aux divers peuples parvenus à un certain stade de la civilisation, et constater qu'ils en sont arrivés à édifier un système matrimonial présentant, dans ses grandes lignes, de très fortes analogies, comme si l'empirisme avait amené en la matière des résultats approximativement semblables presque partout : résultats d'autant plus remarquables que l'on peut les constater chez les peuples les plus différents les uns des autres, tant comme race que comme mœurs.

Loin de nous, certes, l'idée de vouloir invoquer le « criterium du consentement universel » pour justifier les principes qui nous semblent ainsi s'imposer : il est trop sujet à caution et les plus grossières erreurs ont été étayées sur sa base fragile.

Nous tirons néanmoins de cet essai historique une moralité, c'est qu'en tant que charpente d'institution, dégagée des contingences de temps et de lieu, c'est

une institution nécessaire, comme on pourrait tirer de l'existence générale et universelle d'un gouvernement de forme quelconque, la nécessité d'une organisation sociale des hommes, — abstraction faite de tout système pratique (communauté domestique, commune, Etat organisé sous n'importe quelle forme...). Il est superflu de noter que nous nous réservons d'apporter, à l'appui de cette assertion, bien d'autres arguments que celui-ci. Mais tel quel, il a sa valeur. Et selon les paroles énergiques de Marcel Prévost, « l'humanité a déjà essayé à peu près toutes les formes sociales de l'union des sexes. L'expérience est donc faite, surabondamment... Qu'on ne nous parle donc pas d'expérience à tenter : l'humanité est saturée d'expériences... » (1).

En effet, la plupart des peuples semblent s'être arrêtés à des conclusions analogues ; par exemple, avons-nous pu voir, au principe de la monogamie, — indissoluble en théorie, — mais tempérée prati-

(1) *Le Journal*, 22 mars 1908. — Et cela est tellement vrai qu'une des conceptions modernes qui peut paraître des plus neuves, le mariage à temps, — nous le retrouverons plus tard, — fut appliqué en... 1297. En cette année, en effet, deux nobles de l'Armagnac passèrent un contrat de mariage conclu pour sept ans ; les contractants se réservaient la liberté de le prolonger au bout de ces sept années, s'ils s'accommodaient l'un de l'autre ; et en cas qu'au terme expiré ils se séparassent, ils devaient partager par moitié les enfants mâles et femelles provenus de leur mariage ; le sort devait décider du dernier si le nombre en était impair (*Encycl. de 1765*, v^o *Mariage à temps*)... « *Nihil novi...* ».

quement par le divorce, — celui-ci étant réglementé par le législateur et non tout à fait libre, — enfin à l'intervention de l'autorité publique dans la formation, les conditions d'existence et de dissolution du mariage.

Il est donc permis de déduire du caractère général de ces conclusions que l'utilité sociale n'a pas été étrangère à leur formation. Nous nous livrerons d'ailleurs à l'examen critique, tant d'elles-mêmes que de leurs modalités.

La troisième conclusion, enfin, qui nous semble se dégager de notre étude, c'est l'évolution générale de la condition de la femme, considérée tout d'abord comme un objet de propriété, que le mari capturait ou achetait comme un animal ou une denrée, que l'on mariait sans son consentement, — à laquelle peu à peu on a reconnu des droits, et qui a fini par devenir presque l'égale de l'homme. Nous fixerons dans la suite, de façon plus précise, les caractères de cette évolution.

Remarquons-le, d'ailleurs, dès maintenant : nous sommes loin d'être parvenus au terme définitif du lent travail qui se poursuit depuis des siècles dans la constitution intérieure de la famille. Et les problèmes qui s'élèvent aujourd'hui ne sont qu'une de ces manifestations.

Nous allons tâcher de les résoudre, en nous inspirant des leçons du passé, des principes de justice et de liberté qui dominent aujourd'hui les esprits, et avec le souci de l'Avenir.

LIVRE II

Si l'homme parvenu à sa perfection
est le premier des animaux, il en est
aussi bien le dernier quand il a renoncé
aux règles de la Raison et de la Justice.

ARISTOTE.

Le mariage a deux catégories d'adversaires, les uns inconscients, les autres conscients : les premiers sont les confessionnels de toutes catégories, qui, en combattant le divorce libérateur en cas de mauvais mariage, et à force de répéter que celui-ci n'est qu'un sacrement, en dehors et au-dessus de la loi civile, en voulant le dépouiller de son caractère de contrat laïque, finissent par le faire considérer par les gens d'opinions extrêmes comme une survivance des anciens temps, un vestige des religions, devenu inutile à notre époque d'affranchissement général ;

Les seconds, les ultra-libertaires, qui veulent de propos délibéré saper l'institution du mariage, et la remplacer par la liberté sans frein et sans limite.

Nous allons examiner ces deux thèses, celle de l'indissolubilité et celle de l'union libre.

CHAPITRE PREMIER

Le divorce.

La première avant, pendant la discussion et depuis le vote de la loi Naquet, a été surabondamment développée. L'Eglise catholique, nous l'avons vu, considère le mariage surtout comme un sacrement, et professe que, ce que Dieu a uni, l'homme ne peut le séparer. Cela ne se discute point : c'est une question de foi, et le croyant n'a pas plus à apporter d'arguments à l'appui de cette thèse qu'à l'appui du dogme de la Révélation.

La généralité des partisans de l'indissolubilité produisent des arguments spécieux, que nous examinerons en leur temps. Parmi ceux-ci, par exemple, ils invoquent l'intérêt des enfants, qui consisterait à ne pas briser le foyer où ceux-ci doivent puiser le suc bienfaisant des vertus familiales et sociales. Pour notre part, nous souscrivons volontiers à cette idée que l'âme de l'enfant, sensible à l'extrême, a tout à gagner à vivre dans un milieu uni, avec sous les

yeux le spectacle de parents liés par l'affection et le respect mutuels, dans la sereine atmosphère de la paix familiale. Nous ne disconvenons pas que l'enfant élevé par l'un des parents divorcés, hostile à l'autre, quand ce parent n'aura pas assez de grandeur d'âme pour s'imposer le respect envers cet autre, faisant taire ainsi ses griefs personnels, — nous ne disconvenons pas que l'enfant élevé dans de telles conditions conservera sans doute au fond de son cœur une amertume profonde, en supposant même que cela n'influe pas sur la délicatesse et la probité de ses sentiments.

Mais quelle sera la situation de l'enfant au foyer d'époux d'autant plus aigris l'un contre l'autre, qu'ils souffriront davantage de la solidité de leurs chaînes ? A quelles disputes, à quels propos immoraux, à quelles attitudes n'assistera-t-il pas ? Et quelle influence peuvent avoir ces disputes, ces propos, ces attitudes sur la formation de son esprit impressionnable, où se gravent les mauvais exemples plus facilement que les bons, et où les premiers produisent un effet déprimant d'un caractère général, font tache d'huile, s'il nous est permis de nous exprimer ainsi. A quelles mains mercenaires sera-t-il livré, l'enfant, si le père et la mère vont chacun de son côté sans se préoccuper d'autre chose ?

Et que pense-t-on pallier avec la bâtarde solution

de la séparation de corps, dans laquelle l'adultère règnera en maître avec les inconvénients qu'il tire de son illégalité : l'hypocrisie ou le cynisme ?

Non ! la plupart des gens dépourvus de préjugés confessionnels ont fait leur choix : ils préfèrent la loyale solution du divorce à toute autre. Il est inadmissible que l'on réponde à l'époux qui clame : « Je me suis trompé ! » un irréductible « tant pis ! ». Il est inadmissible que l'on force un être humain à vivre sa vie entière auprès d'un être abhorré ou méprisé. Il est inadmissible que l'on laisse subsister une géhenne morale, et que soit inscrite au frontispice de l'entrée dans le libre mariage : « *Lasciate ogni speranza !* » Cela, c'était possible à une époque où l'individu n'avait pas encore pris conscience de sa personnalité intégrale, où il subissait des entraves à son libre arbitre ; cela ne l'est plus dans un temps où l'individu en arrive à oublier même que sa liberté a une limite, celle où commence le droit d'autrui. Et s'il faut se réjouir d'une conquête, à notre avis, c'est certes celle du retour à une appréciation saine de la nature du mariage, tel qu'il était compris avant le christianisme.

Mais examinons les arguments apportés contre le divorce par ses adversaires, et apprécions-en la valeur.

D'après eux, la diminution de la matrimonialité et

celle de la natalité en France sont l'œuvre de la loi de 1884 qui rétablit le divorce supprimé par la Restauration.

En ce qui concerne la nuptialité, les adversaires du divorce ont omis de faire état des statistiques antérieures à la loi de 1884. Il est vrai que le nombre des mariages diminue en France, mais il en est ainsi depuis l'année 1851 (1). Toutefois on remarque une chute plus accentuée dans les années qui ont suivi la loi de 1884, notamment de 1887 à 1890. Mais cela ne prouve pas, ainsi que le constate M. Valensi, que le divorce soit responsable de cet état de choses : « Il est admis en effet, — dit-il, — dans toutes les sciences inductives, qu'un phénomène ne peut être considéré comme lié à un autre par une loi, que lorsque ce premier phénomène est la *condition constante et suffisante* d'un accroissement de l'intensité du second. » Or, nous venons de le voir, ce fut dès l'année 1851 que commença à décroître le nombre des mariages (2).

D'ailleurs on a pu constater un mouvement de reprise sensible depuis 1896 : de 290.171 mariages en 1896, on passa à 291.462 en 1897, à 295.752 en 1899

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, p. 5, 1^{re} édit.; t. I, p. 246, 3^e édit.

(2) V. les moyennes annuelles et décennales dans Levasseur, *Population française*, t. II, cité par Valensi, *L'application de la loi du divorce en France*.

(chiffre le plus élevé qu'on ait observé depuis 1876) ; puis à 303.469 en 1901 ; mais M. Planiol explique *en partie* ce fait par les progrès du divorce : un bon nombre de gens qui se marient sont des divorcés (1), de sorte que le nombre total des gens mariés n'augmente pas autant que le disent les statistiques. Il n'y a guère lieu de tenir compte de l'augmentation due à l'accroissement de la population, presque négligeable en France.

Mais ce n'est qu'en partie que la grande nuptialité des divorcés explique le mouvement de reprise des mariages : car si l'on déduit le nombre des mariages de divorcés, soit 6.000 en moyenne par an (en 1901, 2.957 hommes et 2.749 femmes), du nombre total des unions qui sont venues en ces dernières années accroître l'ancien nombre (cette augmentation est de 20.000 environ), il reste une augmentation réelle de 14.000 par an. S'il est peut-être un peu hardi d'attri-

(1) Les divorcés se remarient très fréquemment (V. les statistiques dans Valensi, *loc. cit.*). On a argué de ce fait que beaucoup de divorces étaient dus au désir d'épouser une autre personne : mais la proportion de veufs qui se remarient étant non seulement égale, mais même supérieure à celle des divorcés qui contractent une nouvelle union, l'argument tombe. On pourrait au contraire observer avec M. Valensi que la nuptialité considérable des divorcés est un argument en faveur du divorce et constitue un avantage de celui-ci sur la séparation de corps, qui offre comme seule ressource, ou bien de vivre isolé (ce qui est le cas de 10 séparés de corps sur 15), ou bien de contracter des unions irrégulières et de donner naissance à des enfants adultérins.

buer cet accroissement au rétablissement du divorce, comme le ferait volontiers M. Valensi si les statistiques étrangères venaient à l'appui de cette idée, du moins peut-on en conclure que l'introduction du divorce est étranger à la diminution passagère constatée, et n'influe en rien sur la quantité des mariages contractés.

Nous constaterons ultérieurement un accroissement bien plus notable encore du nombre des mariages, dû à la loi de 1907, simplifiant les formalités requises pour se marier.

Si nous examinons l'argument tiré de la diminution de la natalité, nous constaterons qu'elle non plus ne peut être imputée au rétablissement du divorce.

Ici encore la décroissance date de nombre d'années avant la loi de 1884. De 1801 à 1810, la moyenne des naissances était de 32, 2 par mille habitants ; de 1841 à 1850, elle n'était plus que de 27,4 ; de 1881 à 1890, cette moyenne était de 24 pour mille. Elle n'était plus que de 23 en 1901.

Cette diminution serait à la vérité fort inquiétante, disons-le en passant, si la France était seule à en sentir l'effet. Mais depuis un quart de siècle, le nombre des naissances a diminué dans la proportion suivante :

France de 35 pour 10.000 habitants (1) ;

(1) Statistiques citées par Valensi, *op. cit.*

Allemagne de 40 pour 10.000 habitants ;
Autriche de 21 pour 10.000 habitants ;
Italie de 21 pour 10.000 habitants ;
Grande-Bretagne de 61 pour 10.000 habitants.

En Belgique, pays éminemment prolifique, une diminution des naissances commence à se faire sentir depuis quelques années. En Allemagne, il paraît en être de même.

Ce mouvement ne fera que croître, à mesure qu'augmenteront le goût du bien-être, le désir de jouir des facilités de la vie, et le souci de ne pas donner naissance à des êtres pour lesquels le « *struggle-for-life* » devient de jour en jour plus âpre.

Faut-il attribuer au divorce une part quelconque dans cette diminution des naissances ? Nous ne le pensons pas. Outre l'observation déjà faite que ce mouvement est antérieur à la loi de 1884, on peut remarquer que la Russie, l'Allemagne et la Belgique, par exemple, pays où existe le divorce, ont une natalité très supérieure à celle de l'Italie et du Portugal, pays qui ne l'admettent pas.

On a prétendu encore que le divorce avait accru la natalité illégitime.

Remarquons, après M. Valensi, que cet argument est illogique. Le divorce, en effet, offrant aux époux le moyen de rompre le lien conjugal, ne les oblige pas, quand la vie commune est devenue impossible, à se séparer de fait et à créer des ménages irrégu-

liers qui donnent naissance à des enfants adultérins, comme cela arrive en l'absence du divorce : celui-ci, bien loin de faire augmenter les naissances illégitimes, doit donc les faire diminuer.

En outre, les départements où l'on divorce le plus sont loin de compter le plus de naissances illégitimes : on pourrait presque dire que c'est le contraire si l'on voulait interpréter trop logiquement les statistiques (1) : le Cher, par exemple, où l'on divorce proportionnellement le moins, donne 100 naissances illégitimes de plus que la Seine-et-Marne, un des départements où l'on divorce le plus après celui de la Seine.

Enfin, à l'étranger, les pays qui ont le divorce ne sont pas ceux où il y a le plus de naissances d'enfants naturels, tout au contraire ; exemples : la Grande-Bretagne, la Prusse, la Saxe, la Norvège, le Danemark et surtout la Bavière, pays qui admettent le divorce, par opposition avec l'Italie et surtout la République Argentine, pays qui ne l'admettent pas.

Etant donné que depuis 1884 on a pu constater au contraire une légère tendance à la diminution des naissances dites naturelles, pour l'ensemble des départements français, on pourrait en conclure que le

(1) V. celles-ci chez Valensi, *op. cit.*

divorce a plutôt exercé en cette matière un effet réductif.

— Certains penseurs ont attribué au divorce d'autres méfaits encore, l'accusant d'augmenter le nombre des suicides, d'engendrer des fous, des criminels, etc... (1).

On a remarqué en effet que la statistique des divorces dans plusieurs Etats européens, et notamment en France, présente une analogie assez suivie avec la statistique des suicides, la répartition géographique de ces deux phénomènes étant également analogue, et aussi leurs courbes ascendantes (2).

Certains sociologues, tel M. Bertillon, expliquent ainsi ce curieux état de choses : divorce et suicide dériveraient d'une cause commune, un certain déséquilibre moral qui rendrait un individu inapte à la vie conjugale d'abord, puis parfois, s'aggravant, à la vie elle-même.

Mais cette thèse n'est pas admise sans contestation et diverses objections l'affaiblissent.

M. Durkeim, qui combat cette opinion, croit néanmoins pouvoir adopter la thèse de ceux qui attri-

(1) Nous nous contentons de résumer ici ces diverses questions, que l'on trouvera développées tout au long dans les monographies sur le divorce, et notamment chez Valensi, *op. cit.*

(2) Voir pour les statistiques, Durkeim, *Le suicide*.

buent au divorce l'augmentation des suicides, en la présentant d'ailleurs fort ingénieusement (1).

Mais M. Valensi, au cours de sa remarquable réfutation de la théorie de Durkeim, montre que depuis quelques années déjà (depuis 1892 à peu près), la concordance n'existe plus en France entre le nombre des divorces et celui des suicides. Le nombre des *suicides pour chagrins domestiques*, notamment, a notablement diminué, alors qu'au contraire celui des divorces augmentait : n'en pourrait-on conclure que, loin d'accroître le nombre des suicides, le divorce le fait diminuer ? Pareille constatation peut d'ailleurs être faite non seulement en France, mais en Suède, en Saxe, en Norvège, en Prusse, où le nombre des suicides pour chagrins domestiques était respectivement de 18, 27, 35 et 46 pour mille, alors qu'il était, pendant le même temps, de 85 en Italie, où la séparation de corps seule existe, et de 126 en France avant le rétablissement du divorce, selon les statistiques du docteur A. Bordier (2), — ce qui confirme l'hypothèse de l'heureuse influence du divorce sur la diminution

(1) Voir la théorie de Durkeim dans son livre *Le suicide*. — MM. Valensi et Fonsegrive, *op. cit.*, la reproduisent dans leurs ouvrages respectifs.

(2) *Le divorce et la séparation de corps au point de vue démographique et ethnologique* (Bulletin de la Société Dauphinoise d'ethnologie et d'anthropologie, t. VI, n° 2, juillet 1899), cité par Valensi, *loc. cit.*

des suicides, bien loin qu'il en augmente le nombre ; et l'issue légale qu'il a ouverte aux mauvais ménages explique facilement ce phénomène.

Il reste toutefois à expliquer ce fait que le nombre total des suicides pour causes quelconques suit une courbe ascendante analogue à celle du nombre des divorces. M. Valensi en propose une explication séduisante : selon lui, cette relation provient de ce que le divorce est toujours suivi d'un trouble dans l'organisation de la vie matérielle et parfois d'une gêne économique sensible ; cette cause, combinée avec le changement de régime moral, c'est-à-dire avec la vie de solitude et d'isolement qui suit généralement le divorce, favorise sans doute le suicide parmi les divorcés ; la procédure du divorce, organisée de façon à « meurtrir très douloureusement les époux et à porter au paroxysme leurs colères, leurs ressentiments et leurs haines, » n'est peut-être pas étrangère aussi à ce résultat. Que d'ailleurs, parmi ces divorcés qui se tuent, il y ait un certain nombre d'êtres prédisposés au suicide, devenus inaptes à la vie elle-même après l'avoir été à la vie conjugale, M. Valensi y souscrit volontiers, et admet dans une certaine mesure la thèse de M. Bertillon.

Mais il conteste que le divorce soit l'auteur responsable du parallélisme qui existe entre lui et les suicides. La séparation de corps, en effet, produit, bien

que peut-être à un moindre degré, les mêmes conséquences : changement de régime matériel et moral. Mais le divorce, en permettant aux époux divorcés de se remarier, leur donne la faculté de rétablir l'équilibre matériel et moral rompu. Ainsi donc il ne peut être considéré par lui-même comme exerçant une « *action suicidogène* », selon les termes de M. Valensi.

Le même raisonnement peut expliquer le parallélisme que l'on a relevé entre le divorce et certains autres phénomènes que l'on a voulu lui imputer à charge, tel que le nombre relativement élevé de fous, de prostituées et de criminels que l'on rencontre parmi les gens divorcés.

Ici encore, le changement de régime matériel et moral a une certaine influence ; mais fréquemment la folie aura été latente bien avant le divorce et aura été précisément l'une des causes, directes dans les pays qui l'admettent au nombre des motifs de divorce, indirectes dans les autres, qui l'auront rendu nécessaire ; — mais fréquemment le défaut de moralité aura été la cause même du divorce, la diminution des ressources matérielles et la solitude n'ayant fait que favoriser la chute. Enfin la criminalité comporte une explication à peu près analogue (1). Le raisonne-

(1) Les crimes pour dissensions domestiques, remarquons-le, ont été réduits de moitié depuis le rétablissement du divorce (Valensi, *loc. cit.*). — On a encore imputé au divorce d'avoir fait

ment simpliste « *post hoc, propter hoc* » ne peut donc intervenir ici, fait remarquer M. Valensi (1).

On a encore reproché à la loi de 1884 d'avoir fait augmenter dans des proportions de plus en plus grandes les divorces dans la classe ouvrière, et d'avoir ainsi « *creusé jusqu'aux assises* », selon l'expression de M. Hugues Le Roux (*Le bilan du divorce*), les bases de la société. Mais les ouvriers ne se sont jamais préoccupés des lois ni de l'opinion publique, et de même qu'ils se lient librement quand ils en ont envie, de même ils se sont toujours quittés librement lorsqu'ils le désiraient. La loi de 1884 n'a eu qu'un effet, celui de les engager à régulariser leurs séparations. C'est là plutôt un bien qu'un mal !

En désespoir de cause, on a enfin fait au divorce le reproche purement négatif de n'avoir point diminué le nombre des adultères et des crimes passionnels. Mais on ne saisit pas très bien pourquoi ces der-

croître la criminalité chez les enfants de divorcés ; on a pour cela cité des faits qui ne prouvent absolument rien, si ce n'est que le divorce est parfois la constatation d'un état moral déplorable chez l'un des divorcés et parfois chez les deux ; d'ailleurs remarquons que, dans le monde ouvrier d'où sont tirés ces exemples, on ne s'est guère soucié des lois avant 1884, et que l'on se séparait de fait lorsqu'on en avait envie : par conséquent, les enfants souffraient au moins autant de l'abandon moral dans lequel les laisse la séparation des époux, quand tous deux sont indignes.

(1) V. dans cet auteur, *op. cit.*, les développements sur ces questions.

niers auraient dû disparaître à la suite du rétablissement du divorce : la loi n'a guère d'action en ces matières ; quant aux adultères, leur nombre croissait déjà avant 1884, et a continué à croître après dans une proportion analogue, mais il faut remarquer que certaines poursuites, qui n'étaient pas exercées avant la loi de 1884 parce qu'on se souciait peu de publier un tel fait alors qu'il ne donnait lieu qu'à la séparation de corps, sont exercées depuis qu'elles conduisent au divorce, — et en outre que l'on fait des adultères fictifs pour parvenir sûrement à celui-ci.

En résumé, les arguments que l'on invoque contre le divorce ne sont pas fondés. On a encore voulu nier qu'il profite généralement à la femme. Nous ne discuterons pas ce point ici ; M. Valensi démontre avec preuves à l'appui qu'il la favorise certainement (1).

(1) Voici d'ailleurs la statistique du nombre des divorces demandés par des femmes et par des hommes, pour les années 1884, 1890, 1900 et 1904 :

Années.	Total des demandes émanées		Rapport.
	de la femme	de l'homme	
1884	1.065	708	1.5
1890	4.786	2.670	1.8
1900	5.254	4.083	1.28
1904	7.031	5.497	1.28

« Autrement dit, contre 4 hommes demandant le divorce, il y a eu : en 1884, 6 femmes ; en 1890, 7 ; en 1900 et 1904, 5.... Il est assez naturel d'admettre que nul n'est plus apte à juger des intérêts d'une catégorie de personnes que les intéressés eux-mêmes. » (Alfred Naquet, le *Journal* du 8 juin 1908).

— Il reste un point à examiner: l'augmentation croissante des divorces, fait très regrettable.

Les adversaires du divorce ont accusé la loi de 1884 d'être la cause de cet accroissement. Ce reproche est immérité.

L'augmentation des ruptures conjugales, en effet, est générale dans tous les pays d'Europe.

En Allemagne, la progression est fort rapide. De 5.525 divorces, moyenne annuelle pendant la période quinquennale 1881-1885, on arrive à 8.740 pendant la période 1896-1900. Pendant ce temps, la population a augmenté de $\frac{1}{44}$. Sur mille mariages, la moyenne des divorces y est de 18 (1).

En Alsace-Lorraine, progression assez rapide : 21 en 1873-1874, — 130 en 1883 ; — 148, moyenne pour 1886-1890 ; — 161 en 1892 ; — 171, moyenne pour 1891-1895.

En Suède, augmentation de 61 % de 1851 à 1880.

En Angleterre et dans le pays de Galles, moyenne annuelle de 1871-1875, 243 ; 504 pour 1896-1900.

En Hollande, 113 divorces en 1867 ; 473 en 1895.

En Belgique, 100 en 1851-1855, 420 en 1876-1880, 594 en 1891, 883 en 1893.

En Suisse, — où l'on divorce énormément (48 di-

(1) Valensi, *op. cit.*, d'où sont extraits ces renseignements statistiques. — V. cet auteur pour des statistiques plus complètes.

vorces en moyenne sur 1.000 mariages), — 1102 en 1876, 1.105 en 1902 ; augmentation légère.

En Italie, où la séparation de corps seule est admise, on en compte 1235 en 1884, 1704 en 1896.

En Danemark, la moyenne des divorces est de 38 pour 1.000 mariages (28 en France).

« L'Alsace-Lorraine exceptée, — ajoute M. Valensi, — dans tous ces pays que nous venons de parcourir, la législation n'a pas varié. Et cependant dans tous, les divorces, plus ou moins rapidement, ont augmenté. On ne peut donc accuser la loi de cette augmentation. »

Avant 1884 d'ailleurs, la séparation de corps augmentait elle-même en France, puisqu'elle passait de 4 pour mille en 1851-1855 à 9 pour mille en 1876-1880. On remarquera que l'accroissement en était supérieur à celui des divorces dans certains pays étrangers ; d'autre part, depuis 1884, malgré le rétablissement du divorce, le nombre des séparations de corps ne cesse d'augmenter.

Il est donc patent que le nombre des divorces augmente dans tous les pays, ce qui révèle « un accroissement général des discordes conjugales, indépendant de toutes modifications législatives. » « Cela prouve qu'il y a dans la société actuelle des causes de plus

en plus agissantes de dissolution des mœurs matrimoniales » (1).

Ces causes, ce sont l'alcoolisme, qui augmente d'une façon effrayante, et dont les effets psychiques sont « une atteinte à l'être moral, une anesthésie de « plus en plus profonde des sentiments bons (affec-
« tion, bonté, pitié, etc...), de la conscience morale
« et du devoir, et, au contraire, une hyperesthésie
« des sentiments mauvais, en particulier de l'irrita-
« bilité, de la colère... Elle explique la vie familiale
« devenant un enfer » (2). L'alcoolisme, en outre, engendre la misère, autre cause de mésintelligence dans les ménages. Et l'alcoolisme ne désorganise pas seulement les ménages ouvriers, il attaque aussi les ménages des bourgeois et des gens du monde, remarque le docteur Grasset (1), sous la forme « de
« l'abus du vin « *franc et naturel* », des liqueurs et
« petit verre habituel, des apéritifs, des vins médi-
« caux et elixirs à base d'alcool, etc. », et cet alcoo-
lisme, « tout comme celui de l'homme du peuple, —
« ajoute M. Valensi, — fait, plus lentement peut-être,
« mais tout aussi sûrement, les tempéraments lu-
« briques, les caractères irritables et violents, mu-

(1) Valensi, *op. cit.*

(2) Dr Mairet, cité par Valensi.

« multiplie les querelles conjugales et rend intolérable
« la vie familiale ».

C'est cependant surtout la classe ouvrière qui est la proie de l'alcoolisme, et c'est aussi chez elle que se remarque la plus grande quantité de divorces, notamment à Paris, où les ravages de l'alcool sont plus terribles qu'ailleurs.

Dans les pays, au contraire, qui ont combattu efficacement l'alcoolisme, le nombre des divorces a progressé moins rapidement qu'en France.

— D'autres causes de l'accroissement du nombre des divorces se trouvent dans les conditions économiques modernes : la misère, la promiscuité, l'alcoolisme, etc... sont autant de « causes puissantes et actives de désorganisation domestique » dans les familles ouvrières ; le goût du « luxe effréné et l'exagération « des dépenses qu'il engendre, multiplie les adultères « lucratifs » et par suite est une cause de désagrégation domestique. Enfin l'abus de la puissance maritale en est une autre (1).

Il convient d'examiner de plus près cette cause de désorganisation, car nous nous inspirerons de ses effets néfastes pour la supprimer dans notre mariage réformé.

(1) Voir des développements plus complets, chez Valensi, *op. cit.*

La puissance maritale s'exerce sur la personne de la femme et sur les biens communs, dans une certaine mesure même sur les biens propres de la femme.

La femme doit obéissance à son mari (art. 213 du c. c.). Elle doit le suivre partout où il juge à propos de résider (art. 214). Le mari seul (art. 373) exerce l'autorité attribuée aux père et mère sur les enfants communs par l'article 372, et cela pendant toute la durée du mariage. Il a seul pendant le mariage la jouissance légale des biens des enfants communs (art. 384). Seul il peut faire détenir l'enfant coupable de mauvaise conduite, jusqu'à l'âge de quinze ans révolus, sur simple demande faite au président du tribunal d'arrondissement (art. 375 et suiv.), même contre le gré de la mère.

La femme mariée, d'autre part, est frappée d'incapacité : « elle ne peut faire, en principe, aucun acte juridique valable sans l'autorisation de son mari » (1).

Elle ne peut faire seule qu'un très petit nombre d'actes. Elle ne peut faire choix d'une profession, elle ne peut s'obliger, c'est-à-dire passer un contrat quelconque, elle ne peut donner ni aliéner, acquérir à titre gratuit ou onéreux, ester en justice, sans l'autorisation de son mari (art. 215, 217 du c. c.).

Au cas où le régime matrimonial adopté est la com-

(1) Planiol, *op. cit.*

munauté légale, la situation de la femme est encore plus mauvaise, puisqu'elle n'a aucun pouvoir sur la communauté : le mari peut seul administrer, et même aliéner ou hypothéquer les biens qui la composent, même contre le gré de sa femme (art. 1421). Des lois fort récentes ont toutefois déjà quelque peu amélioré la condition de celle-ci, en lui permettant de disposer librement de son salaire, par exemple.

Le droit de la femme sur la communauté est résumé dans l'adage : « *Uxor non propria est socia sed spectatur fore* ». Or, elle devrait être considérée comme une associée au point de vue actif, c'est-à-dire au point de vue des droits, puisqu'elle l'est au point de vue passif, c'est-à-dire au point de vue des devoirs.

Le résultat de la situation inférieure faite à la femme dans le mariage, tant comme épouse que comme mère et comme propriétaire, est la naissance de conflits fréquents entre les époux. En effet, la femme, « de plus en plus consciente de sa dignité et de ses « droits, se refuse à accepter, dans l'association conjugale, une situation aussi inférieure et humiliante; « d'autre part, les nécessités économiques la poussant « à jouer un rôle de plus en plus actif et réel, elle pré- « tend légitimement à une participation dans l'adminis- « tration et la disposition de ces biens communs, « que son travail contribue à amasser, ou n'entend

« guère se laisser dépouiller par un mari paresseux
« ou ivrogne » (1).

La femme, n'étant pas suffisamment protégée par la loi, n'a d'autre ressource que le divorce, qui lui permet de mettre sa personne et ses biens — ou ce qu'il en reste — à l'abri du pouvoir exagéré du mari.

— Enfin, à ces causes d'ordre économique il faut ajouter des causes d'ordre moral, les progrès de l'individualisme, dont nous retrouverons la force grandissante dans une autre partie de cet ouvrage, et qui rend les époux « plus difficiles, plus sévères, plus exigeants », qui pousse la femme à ne pas tolérer des sévices ou des injures « qui l'eussent autrefois laissée dans la résignation » (2) ; les « effets de la crise morale, résultat dans certains milieux de la crise religieuse », parce qu'à « l'affaiblissement progressif et inévitable des croyances religieuses, ne se sont pas toujours immédiatement substituées de solides convictions morales », dit avec raison M. Valensi (3); « l'ac-

(1) Valensi, *loc. cit.* — 5.384.069 femmes vivent en France d'une profession, contre 500.000 rentières ou propriétaires. Ce chiffre représente à peu près la moitié de la population féminine majeure. Les salaires des femmes sont évalués aujourd'hui en France à 3 milliards (*ibidem*).

(2) Valensi, *loc. cit.*

(3) Le passage de toute règle morale à une autre s'accompagne toujours d'une période de perturbation : « Toute religion qui s'engouffre, fût-ce au profit d'une foi meilleure, entraîne un temps la morale dans l'abîme ». J. Darmesteter, *Les prophètes d'Israël*, cité par Valensi.

« tion regrettable de toute la littérature passionnelle
« contemporaine, dans laquelle s'épanouit sans cesse
« l'adultère » (1); enfin d'une façon générale l'état des
mœurs modernes, « où la vie de famille est rem-
« placée de plus en plus par l'outrance des relations
« en dehors du foyer domestique, par des habitudes
« de sport prises par les deux sexes,... où, surtout
« dans ce qu'on nomme le monde élégant, chacun
« vit parfois de son côté, chacun a ses amis, ses rela-
« tions, ses courses, ses visites, où l'on ne se ren-
« contre pas toujours à table (2) »;—ce sont là autant
de causes de désagrégation des ménages, autant
de causes de l'accroissement du nombre des divorces.

L'influence de la loi peut donc être considérée
comme négligeable au regard de ces causes multi-
ples et protéiformes, dont quelques-unes sont inévita-
bles, parce qu'elles sont inhérentes à l'évolution so-
ciale tout entière et en particulier à celle de la fem-
me. Il s'agit d'ailleurs « de rapports qui mettent en

(1) Comme l'a remarqué Max Nordau dans ses *Paradoxes psy-
chologiques*, « cette littérature exerce une suggestion sur les na-
tures banales, la jeunesse, la femme, les hystériques et les débiles
d'esprits ou de nerfs ». De telles lectures font une profonde et
excessivement fâcheuse impression sur le lecteur ordinaire, et à
plus forte raison sur celui qui a des dispositions au névrosisme,...
mais particulièrement sur l'habitante de la grande ville. »

(2) Citation faite par Valensi, *op. cit.* — V. chez cet auteur de
plus grands développements sur toutes ces questions.

ressort des sentiments et des instincts trop intimes, et par conséquent trop puissants, pour que l'élément légal puisse exercer une action sensible sur l'élément moral. La loi ne fait ici que constater l'état de choses existant » (1).

— En résumé, le divorce, bien loin d'être néfaste, est une institution saine et franche : il a réduit le nombre des ménages irréguliers et par suite des enfants adultérins, abaissé le nombre des suicides pour chagrins domestiques et des crimes conjugaux, enfin il a permis aux malheureuses victimes d'un mauvais mariage de s'en échapper, et dans bien des cas de se reconstituer un foyer heureux. Quant aux enfants, on peut dire qu'il leur a fait plutôt du bien que du mal, puisqu'il les a soustraits à un foyer de la désunion duquel ils étaient les premières victimes,—et certains avantages en sont quelquefois résultés pour eux, puisqu'il s'est trouvé des écrivains les présentant ironiquement comme choyés à qui mieux mieux par leurs parents divorcés à chacune de leurs visites, autant par pitié pour leur sort que pour s'en faire préférer (2).

Pour nous résumer d'un mot, nous estimons que le divorce a éclairé et assaini le mariage ; d'autres réformes, certes, restent à réaliser pour l'assainir

(1) Valensi, *loc. cit.*

(2) Voir F. Vandérem, *La Victime*, pièce. — En sens contraire, Brieux, dans *Suzette*, pièce.

complètement ; le divorce a du moins été une étape dans cette marche en avant. Nous rechercherons ultérieurement les remèdes à quelques-uns des autres maux.

Lorsque l'on se marie, que l'on va créer une famille, c'est certes bien dans le but de ne se point séparer, et ceux qui ont une idée contraire se servent d'une institution bonne en elle-même dans une intention mauvaise, ce qui arrive fréquemment. Mais lorsqu'on a compris que l'entente était impossible, il advient un élément nouveau, ou pour parler plus justement, un des éléments requis pour la formation du mariage vient à manquer, en raison de cette volonté déficiente : il manque un consentement.

Théoriquement, on pourrait admettre la solution qu'adoptaient les Romains en cas de mariage sans « *manus* », et décider que le mariage est alors rompu, quelle que soit la cause du changement de volonté.

Mais quel est le principe libéral que l'on puisse pousser jusqu'à l'extrême logique sans choir dans l'anarchie ?

Précisément à cause de cela, les théories nihilistes suppriment tout : elles sont logiques. Mais pour l'être tout à fait, encore doivent-elles revenir à la phase primitive de la force brutale, dans laquelle le plus vigoureux pille et tue le plus faible. Car si elles admettent le moindre tempérament à ce pur *fait*, si

elles tolèrent une protection légale accordée aux moins forts, elles recréent le droit qu'elles prétendaient détruire, et par cela même autorisent la série des corollaires qui découlent du besoin de règles légales entre les hommes vivant en société.

★★

Pratiquement, donc, on a fixé les cas dans lesquels le divorce serait autorisé. La loi française a déterminé étroitement, en apparence du moins, le nombre et la nature de ces cas (ce sont l'adultère, les excès ou sévices, les condamnations criminelles, les injures graves). En fait, le tribunal a une grande liberté d'appréciation, grâce au quatrième cas, l'injure grave, susceptible d'interprétation extensive, et il s'en sert à juste titre pour accorder le divorce à ceux qui souffrent manifestement d'une union mal assortie.

Faut-il aller plus loin, et revenir à la législation de l'époque révolutionnaire, qui autorisait le divorce par consentement mutuel? A la vérité, ce divorce existe aujourd'hui en Belgique, en Allemagne, en Suède, etc., et ne semble pas y causer de dommages.

Quelques renseignements statistiques (1) nous éclaireront à ce sujet. La proportion des divorces par consentement mutuel était, avant la promulgation du nouveau code civil allemand, de 26 p. 100

(1) Cités par Valensi, *op. cit.*

par rapport au nombre total des divorces. Voici, par exemple, le tableau de ceux-ci pour Berlin en 1894 :

Adultère	416
<i>Consentement mutuel</i>	303
Abandon	197
Excès, sévices, injures	69
Condamnation pénale	60
Aversion invincible	41
Etc.	

En Suède, la proportion est de 28 p. 100. En Autriche, de 60 % pour les divorces entre chrétiens non catholiques, et de 99 % dans les divorces juifs.

En Italie, où le divorce n'existe pas, le consentement mutuel est invoqué dans les deux tiers des demandes en séparation de corps. Et ces mêmes proportions, remarque M. Valensi, se retrouvent approximativement dans la statistique des divorces prononcés sous l'empire de la législation intermédiaire ; voici en effet le relevé des divorces prononcés à Paris du 1^{er} janvier 1793 au 17 juin 1795 :

Incompatibilité d'humeur	872
<i>Consentement mutuel</i>	559
Etc.	

Cependant, personnellement, bien que nous n'ayons aucune répugnance insurmontable pour le divorce par consentement mutuel, nous ne cacherons pas nos sympathies pour le divorce pour cause déterminée, à l'exclusion du premier. L'appréciation du tri-

bunal, fort libérale en l'espèce, et qui se fera plus libérale encore, — la loi du divorce sera d'ailleurs élargie, — nous semble une garantie respectable non pas seulement pour les époux, mais surtout pour les enfants, qui n'ont pas demandé à naître et dont on oublie un peu trop aujourd'hui, dans les théories « *modern style* », l'existence et les droits. Nous ne trouvons pas mauvais que le tribunal puisse répondre, par exemple, à deux jeunes époux ayant des enfants en bas-âge et désireux l'un et l'autre de courir à de nouvelles amours : « Elevez vos enfants, d'abord, et plus tard revenez : nous verrons alors ! » Nous entendons bien la réponse des partisans du divorce par consentement mutuel : « Vos deux époux créeront des motifs de divorce, et obtiendront quand même leur liberté ». C'est possible et c'est même fort probable, bien que cela ne soit pas absolument certain dans tous les cas, car d'autres considérations, morales ou autres, peuvent entrer en jeu et empêcher la collusion entre les époux. Mais encore, même si cela devait toujours être ainsi, nous nous plaisons à répéter que la loi est faite pour réfréner les abus, et non pour leur tendre complaisamment un tapis. Les mœurs ont une suffisante tendance à la licence, sans qu'il faille dépasser leur hardiesse. Il est prudent de maintenir une barrière, au moins no-

minale, qui, si elle n'empêche pas tout le monde de passer, rendra du moins le passage malaisé.

— Faut-il aller plus loin encore dans la voie de la liberté, et admettre le divorce par la volonté d'un seul, ainsi que le préconisent d'excellents esprits, tels que MM. Paul et Victor Margueritte (1), dont tant de belles campagnes ont montré toute la générosité de l'âme et le libéralisme de l'esprit ? Nous ne croyons pas qu'il faille le faire, pour une des raisons que nous invoquerons tout à l'heure en faveur du mariage contre l'établissement légal de l'union libre : c'est qu'il ne faut pas donner libre cours aux passions humaines. Il ne faut pas que l'homme puisse s'affranchir par pure fantaisie injustifiée d'une union qui commence à lui peser parce que la femme a vieilli ou que les enfants sont venus, ou encore parce qu'une autre femme fort désirable exige le mariage avant de se livrer. Il ne faut pas qu'une femme soit encouragée à courir à d'autres amours en abandonnant le père de famille avec de jeunes enfants. En fait, nous dira-t-on, l'une et l'autre choses se sont toujours faites et se feront toujours ! C'est exact. Mais nous estimons qu'il est inutile de légaliser cette pratique, de la faire accepter par les mœurs en lui donnant la consécration légale ; il importe que l'opinion publique ne

(1) *L'élargissement du divorce.*

reçoive pas un démenti de la loi elle-même lorsqu'elle réprouve de telles actions.

Cette théorie ne manquera pas de nous faire taxer d'esprit rétrograde. A une époque où chacun tremble de paraître moins avancé que son voisin, il est difficile d'émettre une pensée s'inspirant de la fable du sage La Fontaine intitulée « Rien de trop. » La mesure devient qualité rare dans notre pays, ou plutôt elle existe bien encore, mais elle est trop discrète, elle ne fait pas assez de bruit, et laisse ainsi le champ libre aux exagérés de tout acabit, — ceux-ci sont nombreux !

En résumé, le divorce large, le divorce facile lorsqu'il est justifié dans une mesure même relativement peu importante. Mais pas la licence de divorcer et de se remarier à son gré. On en arriverait vite ainsi à l'état des mœurs de la décadence romaine, et l'on donnerait raison à cet autre argument des adversaires du divorce, la crainte de tomber dans une série de mariages successifs qui conduiraient à l'union libre (1).

(1) « Qu'on le veuille ou non, le mariage dissoluble par la » répudiation n'est qu'une union libre officiellement immatriculée.

» On allèguera que l'aversion insurmontable d'un des époux » contre l'autre est probablement le symptôme d'un grief plus » ou moins secret, rendant le divorce nécessaire. Mais s'il en est » ainsi, pourquoi l'époux demandeur ne fait-il pas valoir ses rai-

Tous les arguments que nous apporterons plus loin contre celle-ci, s'appliquent également au divorce « *ad nutum*. » Le souci de protéger les enfants, la nécessité de conserver entre les époux une sincère communauté d'intérêts, sans arrière-pensée, l'utilité de ne pas donner libre cours au dérèglement des mœurs, tout cela s'oppose au divorce par la volonté d'un seul, autrement dit à la répudiation. Nous avons enregistré les néfastes effets de celle-ci dans la société romaine de la décadence ; il fallut réagir là contre. Et il est à remarquer que chez beaucoup des peu-

» sons ? Pour éviter un scandale ? On comprend cette considération dans le divorce par consentement mutuel. Là, les deux époux sont d'accord pour éviter le bruit, c'est leur affaire. » Mais, en dehors de cette entente, l'époux répudié doit pouvoir exiger que l'autre fasse connaître ses motifs et en justifie ; il a le droit de ne pas tolérer qu'un renvoi, sans phrases, fasse planer sur son honneur des soupçons injurieux.

» Il faut appeler les choses par leur nom. Le divorce unilatéral, c'est le divorce sans motifs, ou, pour mieux dire, le divorce pour des motifs que l'on ne peut pas avouer. Ces motifs invouables, c'est souvent la femme plus faible, plus tôt fatiguée et vieillissante qui en sera la victime. Ce pourra être aussi le mari. Le divorce entraîne la liquidation de la communauté, laquelle comprend toujours au moins les acquêts, c'est-à-dire le produit du travail du mari, l'œuvre scientifique, littéraire ou artistique qu'il a tirée de son cerveau et qui cependant — la jurisprudence est formelle — ne demeure sa propriété exclusive, ni dans le présent ni dans l'avenir. Avec le divorce unilatéral, malheur aux producteurs de toutes sortes, inventeurs ou romanciers, industriels ou musiciens dont le fécond labeur aura enrichi le ménage ! » (article de la *Revue de Paris*, cité par le journal *Le Matin*).

ples primitifs parmi ceux qui admettaient la répudiation, les cas où elle était admise étaient restrictivement déterminés ; chez certains même, les mœurs la réprouvaient — nous l'avons vu au cours de notre historique.

Le divorce est non pas un mal, mais un remède à une maladie. Si on l'applique à dose convenable, on enrayer celle-ci ; mais si on le donne à trop haute dose, on empoisonne l'organisme social.

Le cas s'est produit non seulement à Rome (1), mais chez d'autres peuples, et en France même, sous la Révolution. La faculté de divorcer, largement admise en 1792, fut restreinte en 1795. « Vous ne sauriez arrêter trop tôt le torrent d'immoralité que roulent ces lois désastreuses (celles du 8 nivôse et du 4 floréal), dit Mailhe. — La loi du divorce est plutôt un tarif d'agiotage qu'une loi » (2). — Les parents, ajoute-t-il, abandonnent leurs enfants.

Finalement, devant les désordres auxquels cet excès de liberté donna lieu, le conseil des Cinq-Cents vota la suspension de la loi de 1792. Le code civil,

(1) « Les matrones comptaient les années par leurs maris et non plus par les consuls. » Sénèque, *Quest. nat.*, I, XVI, cit. par Bigeon, *op. cit.*

(2) Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*, 2^e édit., 2^e partie, p. 262. — V. également Olivier Martin, *La crise du mariage pendant la Révolution*, cité par Fonségrove, *Mariage et union libre*.

dans la suite, détermina comme l'on sait les cas de divorce.

Auguste Comte, qui n'est certes pas suspect, lutta contre l'extension du divorce, trop ardemment même à notre gré, car il défendit le principe de l'indissolubilité, et à ce sujet il remarqua que tout principe social adopté par le catholicisme « participe de la juste antipathie qu'inspire depuis longtemps sa théologie » (1). « Ce n'est point certes la seule occasion décisive, ajoute-t-il plus loin, où l'on puisse nettement constater... le grave préjudice qu'apporte maintenant aux diverses règles morales leur irrationnelle solidarité apparente avec les croyances théologiques, qui leur furent jadis si utiles, mais dont l'inévitable discrédit final tend désormais à les compromettre radicalement chez toutes les natures un peu actives » (2).

Alexandre Dumas fils, dont le théâtre eut des tendances essentiellement morales, écrivit dans l'« *Homme-Femme* », que « plus les hommes et les femmes verront que le mariage est un acte irrévocable, plus ils prendront l'habitude de le faire sérieusement » (2). Lui aussi est partisan de l'indissolubilité, mais son austérité ne s'accommode d'aucun tempérament,

(1) *Cours de philosophie positive*, leçon LV, t. V, p. 550.

(2) V. cette citation tout au long dans Fonsegrive, *op. cit.*

puisqu'il écrit encore : « Tu entendras dire autour de toi qu'un homme civilisé doit avoir connu des femmes avant son mariage, ne fût-ce que pour apprendre à connaître les femmes, et ne pas arriver maladroit, ridicule et désarmé devant celle qui l'épousera. Ce que tu entendras dire là n'est pas vrai...
...Les femmes que tu connaîtrais ainsi, ou seraient de malhonnêtes femmes qui te détourneraient de ta route, ou seraient d'honnêtes femmes que tu détournerais de la leur. Elles ne t'apprendraient donc, les premières qu'à mépriser les femmes, les autres qu'à te mépriser toi-même ... » On voit qu'il professait sur ces sujets des théories essentiellement orthodoxes, et que le libéralisme n'avait point de place, chez lui, en ces matières. Il émit à leur égard des opinions extrêmes qui ne s'inspirèrent pas non plus de l'adage : « *rien de trop !* » Il défendit toutefois éloquemment, par ailleurs, le divorce, par faveur pour la femme malheureuse, mais conserva comme un idéal le principe du mariage indissoluble.

Enfin, nous verrons que le mariage est une « institution tutélaire pour la femme ». Etablir le divorce par la volonté d'un seul, ce serait livrer celle-ci au caprice de l'homme, « qui se lasse plus vite que la femme dans les relations amoureuses » (1), paraît-il.

(1) M^{me} Marguerite Durand, cit. par Fonsegrive, *op. cit.*

Au point de vue juridique, il est superflu d'insister sur le principe que les contrats synallagmatiques, contractés par la volonté des deux parties, ne peuvent être résiliés que par le concours des mêmes volontés, ou tout au moins par décision du tribunal (1).

On a bien dit qu'en cas d'inexécution, tout contrat se résolvait en dommages-intérêts. Mais il convient de remarquer que le mariage ne met pas en jeu que les intérêts pécuniaires des époux. De plus hautes questions y sont attachées, et le point de vue moral y a une part prépondérante ; c'est assez dire que ce n'est pas un contrat ordinaire : les règles qui tempèrent l'exécution des obligations n'ont que faire en cette matière, nous le démontrerons dans la suite (2).

La règle que la volonté des deux parties est nécessaire pour résoudre le contrat n'est d'ailleurs nulle-

(1) Nous verrons dans la suite que l'on a contesté que le mariage fût un contrat et nous réfuterons cette assertion.

(2) Il est bizarre que l'on prétende tirer de la nature de contrat civil du mariage toutes les conséquences, sans exception, de cette nature, et lui appliquer intégralement les règles de la théorie générale des contrats bilatéraux. Tout le monde admet que certains contrats soient soumis à des règles particulières en raison de leur caractère particulier. Dans tout contrat, en effet, « il y a nécessairement, — dit M. Planiol, *op. cit.*, — des points que les contractants ne sont pas libres de modifier : il y a toujours des conditions, des éléments, des effets qui sont de l'essence du contrat et sans lesquels l'acte ne se conçoit même pas. Il en est de même pour le mariage ». Pourquoi donc prétendre imposer à notre contrat des règles générales qui ne sont pas inhérentes à sa qua-

ment intangible, puisque l'époux désireux de divorcer peut s'adresser au tribunal, qui lui accordera satisfaction s'il a quelque grief sincère à faire valoir. Mais il restera ce principe que l'on ne rompt pas l'union conjugale à son bon plaisir, que quelque nombreux que soient les divorces, ils constitueront toujours une exception regrettable, et que lorsque l'on se marie, ce doit être dans l'intention de fonder un foyer qui théoriquement doit être permanent, — au contraire du concubinage qui ne comporte aucune obligation de durée, — et dans l'intention de réaliser une union morale aussi bien que physique des deux époux ; ceux-ci ne seront plus vraiment liés dans leurs affections et leurs intérêts si l'on encourage légalement la rupture du lien matrimonial : parents et enfants souffriraient de cette instabilité.

Les partisans du divorce par la volonté d'un seul invoquent bien le droit à la vie, à l'amour, de chacun. Encore une fois, lorsque l'on se marie, on assume des devoirs, en connaissance de cause. On lie à sa vie celle d'une autre personne qui a, elle aussi, des droits, et notamment celui d'être garantie contre une répudiation arbitraire, non motivée, si elle rem-

lité, telles que le principe que l'inexécution donne lieu simplement à des dommages-intérêts, alors qu'au contraire il est de l'essence même du mariage de repousser ce principe ?

plit ses obligations fidèlement. On procrée des enfants qui ont droit à un foyer composé en théorie de leur père et de leur mère, et non de l'un de ceux-ci et d'un étranger, tandis que celui de leurs parents avec lequel ils ne vivront pas en aura parfois fondé un autre où ils seront comme des intrus, lors de leurs courtes visites, — où de nouvelles affections, peut-être de nouveaux enfants, auront fait oublier les anciennes affections et les premiers enfants.

Non, il importe de choisir nettement entre la conservation du mariage et l'établissement de l'union libre, et le dilemme se pose, inéluctable : ou bien l'on conservera une indissolubilité théorique au mariage, dont on ne pourra sortir, comme d'une mauvaise hôtellerie, en faisant claquer la porte, à la première déception ou au premier désir nouveau, mais dont on pourra s'affranchir lorsqu'on aura au moins fait des efforts de conciliation, et lorsqu'un tribunal aura jugé la vie commune impossible, — ou bien on établira le divorce par la volonté d'un seul, et qu'on le veuille ou non, quand bien même on continuerait à décorer du nom de mariage l'union ainsi entendue, on aurait l'union libre, en fait.

Il serait à la vérité trop facile à un homme de dilapider la fortune de sa femme, puis de la répudier très simplement, très légalement, — nous allions dire

très moralement. Nous savons bien encore que l'on nous dira : en fait, cela arrive tous les jours et cela arrivera toujours. C'est vrai, et tristement vrai. Mais encore une fois, est-ce à la loi à sanctionner pareilles pratiques, à leur donner figure morale en ouvrant toute grande la porte du divorce ?

D'ailleurs, qu'on le remarque bien, personne n'est obligé de contracter mariage ! Si l'on ne désire pas lier sa vie à celle d'une autre personne, qui oblige à le faire ? Il restera toujours la ressource de l'union libre véritable à ceux qui désirent pouvoir un jour s'affranchir de l'union qu'ils contractent. Et quand les idées auront suffisamment progressé pour que soit établie la recherche de la paternité, pour que les droits des enfants naturels soient assimilés en tous points à ceux des enfants légitimes, et pour qu'il ne s'attache pas plus d'opprobre à la qualité d'enfant naturel qu'à celle de « *spurius* » dans le droit romain de la République, — ce jour-là, ceux qui voudront de propos délibéré ne pas se lier pour la vie entière auront la ressource de vivre ainsi en « *concubinat* », au sens romain du mot, sans qu'eux-mêmes ni leurs enfants doivent souffrir d'une situation qui n'aura plus rien de désobligeant.

Mais telle femme refusera, dites-vous, de se livrer si on ne l'épouse pas ? C'est là précisément où gît le nid des difficultés ! Alors, vous offrez de l'épouser

uniquement pour la posséder, avec l'arrière-pensée de la répudier le jour où cela vous conviendra ? Mais c'est précisément aussi pourquoi la femme aura voulu le mariage, c'est pour être garantie contre une répudiation injustifiée résultant d'un caprice, c'est pour être certaine que, — si elle accomplit fidèlement ses devoirs, n'a pas un caractère acariâtre et élève bien ses enfants, — son mari ne viendra pas un jour lui dire un adieu imprévu, ou que s'il le fait, elle ait la ressource, au cas où elle le désirerait, d'attendre dignement à son foyer, en gardant son nom, sa dignité d'épouse et son auréole de victime, qu'il revienne, plus tard, apporter sa récompense au dévouement, à la fidélité et au devoir accompli.

Nous ne nous arrêterons pas ici aux théories collectivistes qui prêchent la suppression de la propriété et par conséquent des dots, l'« *élevage* » des enfants par l'Etat et autres fantaisies spéculatives. Elles ne tiennent aucun compte de l'évolution des sociétés, voguent de la communauté taisible du moyen-âge, du mir russe et de la communauté de village hindoue au régime lacédémonien et au marxisme. Nous retrouverons, au sujet de l'union libre, ces idées étranges. Contentons-nous pour l'instant de les noter ; nous constaterons dans la suite qu'il serait bizarre que l'évolution de quelque quarante siècles

reçoive d'un coup un démenti formel et que prévalent contre elle des théories artificielles.

Pour nous résumer d'un mot, nous admettons le divorce large, mais non absolument libre, parce que nous estimons qu'admettre la liberté absolue du divorce, ce serait porter au mariage un coup fatal, le discréditer, et peut-être préparer pour l'avenir une réaction — n'oublions pas les leçons de l'Histoire ! — qui ferait perdre le bénéfice de tous les progrès réalisés. Il nous reste à établir pourquoi nous estimons qu'il est nécessaire et même indispensable de sauvegarder le mariage, de l'assainir et de le perfectionner en tant qu'institution organisée.

CHAPITRE II

L'Union libre.

§ 1. — Les Théories Nouvelles.

Toute une pléiade de hardis écrivains, depuis quelques années, ont entrepris une campagne virulente contre le mariage. S'emparant des défauts réels, inhérents à toute institution humaine, qu'il comporte, exagérant à plaisir ceux qu'il tire du caractère utilitaire de notre époque, — quelques-uns sans doute aussi mus par ce besoin de démolir qui la caractérise, — ils ont entrepris une croisade contre cette vieille institution, et prônent l'union libre libératrice, — aurore d'une ère nouvelle de temps idylliques, où l'amour seul, la liberté seule, la beauté seule règneront, gouverneront les hommes et en feront ainsi les égaux de dieux supérieurs à ceux de la Grèce et de Rome, de la mythologie scandinave et du panthéon chrétien, — où sans doute aussi, et nous dirons même nécessairement, seront abolis les vices, les bas cal-

culs, les mauvais instincts, et en conséquence les manquements au devoir.

Mais examinons cette thèse nouvelle, qui s'est d'abord subrepticement glissée dans certains plaidoyers pour le divorce, qui s'est ensuite modestement placée dans quelques ouvrages obscurs, puis s'est épanouie en une stupéfiante et inquiétante floraison de livres à fracas, signés parfois de noms notoires ou préfacés par des écrivains de talent. — Nous adopterons pour cette étude critique l'ordre chronologique qui, ici plus que partout ailleurs, est l'ordre logique.

Il serait sans doute fort intéressant de remonter très haut dans l'histoire de la littérature et dans celle de la philosophie, et de recueillir les idées qui furent émises sur notre sujet. On trouverait notamment telle boutade de Plaute, dans sa comédie intitulée « *Miles Gloriosus* », que l'on croirait écrite par un Schopenhauer qui serait devenu Docteur Pangloss. Mais nous n'avons point le loisir ni la compétence nécessaires pour entreprendre un tel sujet, qui au surplus pourrait sembler ici hors de propos. Il nous suffira de rappeler que Rabelais se livra à de graves dissertations sur le mariage, et prodigua, par le canal du théologien Hippothadée, d'excellents conseils aux époux des deux sexes. L'adultère était fort à la mode au XVI^e siècle, — ce qui prouve qu'il le fut de tout temps. — Montaigne le combattit dans ses « Es-

sais », et chercha à élever le mariage, car, « à le bien façonner et à le bien prendre, il n'est point de plus belle pièce en notre société, » dit-il. Et à propos de Montaigne, peut-être n'est-il pas inutile de citer cet autre passage du grand penseur : « Nous avons pensé attacher plus ferme le nœud de nos mariages pour avoir ôté tous moyens de les dissoudre, mais d'autant s'est relâché le nœud de la volonté et de l'affection, que celui de la contrainte s'est rétréci. Et au contraire, ce qui tint les mariages à Rome si longtemps en honneur et en sécurité, fut la liberté de les rompre qui voudrait ; ils gardaient mieux leurs femmes d'autant qu'ils les pouvaient perdre, et, en pleine licence de divorce, il se passa cinq cents ans et plus avant que nul ne s'en servît. » Montaigne ne peut être considéré comme suspect d'idées subversives, lui qui écrivait encore que le mariage « est une religieuse et dévote liaison ».

Mais pour voir éclore des théories nouvelles, il nous faut arriver aux philosophes du XVIII^e siècle, dont se réclament d'ailleurs les thuriféraires modernes de l'union libre.

Voltaire, dans son « *Dictionnaire philosophique* », constata que le mariage est un contrat civil ; en outre il combattit la théorie de l'indissolubilité, et proclama éloquemment l'égalité de l'homme et de la fem-

me (1). Diderot, Condorcet la proclamèrent également (2).

J.-J. Rousseau, le premier, combattit le mariage, et émit cette déclaration de principe : « Chacun des époux doit toujours être maître de sa personne. » (*Emile*). Il plaida les droits de l'amour et lutta contre les préjugés matrimoniaux. La « *Nouvelle Héloïse* » et le « *Traité de l'Education* » offrent les idées de Rousseau en la matière. Comme Rabelais, comme Montaigne, il stigmatise l'adultère alors très fréquent et presque admis par les mœurs, et révèle un des maux du temps dans cette phrase : « ...Comment attendre... un effet plus honnête d'un lien où le cœur n'a pas été consulté?... Qui n'épouse que la fortune ou l'état ne doit rien à la personne. » Il réclama la liberté du mariage aussi bien pour le former que pour le rompre. Non content de prêcher sa doctrine, il y conforma ses actes, en épousant « *devant la nature* », en 1768, Thérèse Levasseur, qu'il avait connue alors qu'elle était ravaudeuse dans un hôtel, et avec laquelle il vivait depuis nombre d'années déjà. « Il convia à dîner deux amis, Champagneux et de

(1) V. les très intéressantes citations dans Abram, *L'Evolution du mariage*.

(2) Diderot citait avec admiration — et proposait comme modèle, — les mœurs des sauvages d'Otaïti, chez lesquels « les mariages ne durent souvent qu'un quart d'heure » (cité par Glas-son, *op. cit.*).

Rosières, officiers d'artillerie, — dit M. G. Lenôtre, le consciencieux historien ; — il était, ce jour-là, plus paré qu'à l'ordinaire ; il conduisit ses invités dans une chambre reculée et les pria d'être les témoins de l'acte le plus important de sa vie. Il prit la main de Thérèse, prononça un discours sur l'amitié qui l'unissait à cette fille depuis vingt-quatre ans et sur la résolution qu'il formait de rendre ce lien indissoluble. Il fut sublime ; on pleura beaucoup ; on s'embrassa tendrement, puis on se mit à table et « *le marié* » chanta au dessert. » Depuis cette époque, Thérèse fut appelée « *Madame Rousseau* », et c'est à la « *veuve de J.-J. Rousseau* » que l'Assemblée Nationale accorda plus tard une rente de 1.200 livres, portée à 1.500 livres par la Convention ; tout cet argent, comme celui provenant de l'héritage de Jean-Jacques, du produit des traités avec les libraires pour l'édition des œuvres de celui-ci, etc..., fut dilapidé par son jeune amant, ancien domestique du marquis de Girardin. Ce sont les cinq enfants qu'il eut de Thérèse Levasseur que Rousseau déposa aux *Enfants Trouvés*... (1).

Montesquieu, dans ses « *Lettres Persanes*, » condamna l'indissolubilité : « Dans une action si libre et où le cœur doit avoir tant de part, on mit la gêne, la nécessité et la fatalité même. »

(1) G. Lenôtre, *Le Temps* du 19 mai 1909.

Ces idées, qui eussent pu préparer l'évolution naturelle du mariage, Napoléon les repoussa. Pour lui, un mari doit avoir un pouvoir absolu sur sa femme (1) ; il semble approuver la condition de la femme chez les peuples orientaux, la polygamie y comprise : « La femme est donnée à l'homme pour qu'elle fasse des enfants. Or, une femme unique ne pourrait suffire à un homme pour cet objet ; elle ne peut être sa femme quand elle est grosse ; elle ne peut être sa femme quand elle nourrit ; elle ne peut être sa femme quand elle est malade ; elle cesse d'être sa femme quand elle ne peut plus donner d'enfants. L'homme... doit donc avoir plusieurs femmes... » (2). Et « l'adultère, qui, dans un code civil, est un fait immense, n'est dans le fait qu'une galanterie, une aventure de bal masqué » (1).

Notre code n'est qu'un pâle reflet de ces opinions.

La Restauration, on le sait, rétablit le divorce. Cela devait amener une recrudescence de critiques contre le mariage. Et celle-ci, en effet, ne tarda pas à se manifester.

Stendhal, dès 1822, proteste contre l'indissolubi-

(1) Thibaudeau, *Mémoires*.

(2) *Mémorial de Ste-Hélène*, t. IV, p. 227, éd. Delloye ; t. IV, p. 100, éd. Remy de Bruxelles, 1823. — Observons toutefois que le comte de Las-Cases, en relatant cette philippique, raconte que Napoléon, ce jour-là, « s'amusait à déclamer contre les femmes. » « Un clignotement de côté nous prévenait de sa malice », ajoutait-il, de sorte qu'il est fort douteux que le grand homme l'ait faite sérieusement.

lité avec son livre « *De l'Amour* », et énonce quelques principes destinés à améliorer le mariage.

Balzac, dans sa « *Physiologie du mariage* », œuvre satirique puissante, offre un véritable traité sur la matière, et sous une forme badine en fait une étude sérieuse. Maints passages de ce livre spirituel n'ont pas vieilli et semblent avoir été écrits hier à raison de l'opportunité de leurs critiques. Balzac, naturellement, réclame le rétablissement du divorce, constate la fréquence de l'adultère et veut rénover le mariage en le transformant de fond en comble, en l'accordant avec « les principes éternels de raison et de justice développés par la grande Révolution de 1789. »

George Sand, qui se souvint de la triste expérience personnelle de la baronne Dudevant, stigmatisa, dans trois romans (« *Indiana* », « *Valentine* », « *Jacques* »), écrits de 1832 à 1834, l'homme-tyran, exalta le féminisme, mit « à la portée de toutes les femmes », selon l'expression de M. René Doumic (1), les théories contre le mariage, auquel elle opposait déjà la plupart des arguments que nous avons accoutumé de lire et d'entendre aujourd'hui (2). Elle-

(1) Conférences sur George Sand.

(2) « ... Le mariage est toujours, selon moi, une des plus barbares institutions que la société ait ébauchées. Je ne doute pas qu'il ne soit aboli, si l'espèce humaine fait quelques progrès vers la justice et la raison ; un lien plus humain et non moins sacré

même mit d'ailleurs résolument en pratique l'union libre, en donnant pour successeur à son mari le baron Dudevant, Jules Sandeau, puis Alfred de Musset, le Vénitien Pagello, puis encore Musset, puis Michel de Bourges, enfin Chopin, et sans doute d'autres encore... Elle lutta toujours ardemment contre les préjugés, prit la défense des enfants naturels, des filles séduites et des mésalliances, et proclama la liberté de l'amour (1).

Proudhon, dans son ouvrage : « *La Justice dans la Révolution et dans l'Eglise* », après avoir combattu le mariage chrétien, élabore une conception toute métaphysique qu'il veut substituer à la conception de l'Eglise. Pour lui, « le mariage est le sacrement de la justice, le mystère vivant de l'harmonie universelle, la forme donnée par la nature même à la religion du genre humain ; c'est l'acte par lequel l'homme et la femme, en s'élevant au-dessus des sens, déclarent leur volonté de s'unir selon le droit et de poursuivre, autant qu'il est en eux, la destinée so-

remplacera celui-là, et saura assurer l'existence des enfants qui naîtront d'un homme et d'une femme, sans enchaîner à jamais la liberté de l'un et de l'autre... » *Jacques*, I, IV.

(1) En 1832, également, paraissait une pièce, intitulée *Sophie ou le mauvais ménage*, de Merville et Francis, hostile au mariage. — Voir l'intéressante nomenclature de M. Fonsegrive, *loc. cit.*, accompagnée d'extraits d'œuvres.

ciale, en travaillant au progrès de la justice ». C'est la substitution d'un dogme à un autre... Mais comme Proudhon admet que sa conception n'est pas accessible à tout le monde, il tempère la sévérité de son système par une atténuation. Un tel mariage, indissoluble parce que la conscience est immuable, ne comporte que la séparation, comme chez les catholiques. Proudhon se demande alors s'il est moral de rejeter les époux séparés dans la solitude ou le concubinat. Et il conclut que le concubinat est naturel, que c'est une union contractée librement en vue seulement des rapports sexuels, et sans aucune condition de durée. C'est donc ce mode d'union qu'il attribue à la majorité des gens. Il lui attache d'ailleurs certaines obligations « qui le relèvent et le poussent à l'union légitime. » — « Tout enfant né en concubinage porterait de droit le nom de son père suivant la maxime : « *Is pater est quem concubinatus demonstrat*, » l'adage légal « *Is pater est quem nuptiæ demonstrant* » étant ainsi modifié par Proudhon. Le père concubin serait tenu d'élever ses enfants. La concubine aurait droit à une indemnité en cas d'abandon (1). On voit combien ce système hiérarchique, si l'on peut dire, est artificiel.

(1) V. dans Abram les développements sur la théorie de Proudhon et les citations.

Après ces œuvres célèbres, vinrent une série d'ouvrages secondaires réclamant le divorce, jusqu'en 1884. Puis, celui-ci rétabli, on en demanda l'élargissement. Enfin on s'attaqua au mariage en lui-même, rendant l'institution responsable de l'état des mœurs et de leur dissolution. On préconisa l'adoption de l'union libre, plus ou moins ouvertement et même parfois plus ou moins consciemment.

Le premier de ces ouvrages fut celui de M. Emile Acollas, intitulé « *Le Mariage, son passé, son présent, son avenir.* »

Cet écrivain, à la vérité, ne conclut pas franchement à l'adoption légale de l'union libre, il continue d'appeler mariage l'union entre les sexes modifiée selon son rêve ; mais ce n'est là sans doute qu'une crainte de trop effaroucher les bourgeois — son livre date de 1880 ; — aujourd'hui, il n'hésiterait plus à appeler union libre l'institution qu'il préconise : son ouvrage entier tend vers elle de tout l'enthousiasme dont il déborde !

M. Acollas, — professeur de droit civil français à l'Université de Berne, — après avoir, en de brillantes métaphores dont il est coutumier, célébré les idées libérales de Stuart Mill, de Büchner et de M^{me} Juliette Lamber, entre dans le vif de son sujet et expose la théorie du mariage libre dont il se fait le propagateur.

Pour lui, « le mariage est une association d'amour entre deux êtres, l'homme et la femme, libres et égaux l'un pour l'autre, d'après leur esprit comme d'après leur cœur. »

Toute sa doctrine procède de cette définition idéaliste. M. Acollas réfute ce qu'il appelle une tradition erronée : l'idée que le mariage a pour but la procréation des enfants et la satisfaction régulière des appétits sensuels. D'après lui, si l'on adopte cette idée, on doit logiquement interdire le mariage aux êtres incapables de procréer pour une raison quelconque, et permettre le divorce aux époux dont l'union est stérile.

Nous ne suivrons pas M. Acollas à travers les méandres de ses spéculations philosophiques, car il devient parfois trop difficile d'y saisir l'argument et par suite de le réfuter. Nous nous contenterons de noter les conclusions positives, pour en faire la critique. La première de ces conclusions, c'est cette définition de la vie en commun : « C'est la vie dans laquelle un homme et une femme unissent toute la sensibilité, toute la raison, toute la volonté dont ils sont doués, afin de se développer l'un par l'autre, en s'appuyant l'un sur l'autre », et le fondement sur lequel est basée cette vie commune, c'est-à-dire le mariage, c'est le sentiment moral de l'amour. Et l'amour est, d'après M. Acollas, « la convenance intime,

et par conséquent la plus complète possible, de deux individus de sexe différent. » Dans ce système, les sens ne sont dans l'amour « qu'à titre de manifestation extérieure d'un sentiment moral », qu' « ils contribuent à rendre plus ample, plus profond, plus vivace ; ils réalisent la synthèse suprême de la vie commune entre les époux. » Et tandis que le sentiment moral peut se passer d'eux, eux ne peuvent se passer de lui sous peine de devenir abjects.

L'amour, toujours d'après M. Acollas, est un droit ; « il est, pour chaque individu, le droit à sa vie complète. » C'est aussi un devoir, « devoir de chaque individu envers lui-même, devoir aussi de chaque individu envers celui dont il est aimé et qu'il aime. »

Quant au mariage, il est soumis à la double loi de la liberté et de l'égalité : « tout ce qui tend à restreindre dans une mesure quelconque l'activité de l'un des époux vis-à-vis de l'autre est contraire à la loi du mariage », doctrine dont voici les conséquences : « d'une part, chacun des époux doit être absolument maître de lui-même quant à sa personne ; d'autre part, chacun des époux doit être absolument maître de lui-même quant à ses biens. »

Enfin M. Acollas fulmine contre le « *debitum conjugale* » (devoir conjugal) des théologiens et des légistes ; il l'appelle emphatiquement « le droit au viol entre époux », et le qualifie d'immonde !

Et naturellement il proteste contre l'indissolubilité du mariage, invoquant le droit perpétuel et inaliénable de l'individu sur lui-même. Il admet toutefois que l'amour, et par suite le mariage, a pour idéal la perpétuité, et que, « à mesuré que l'espèce se perfectionnera et que les sociétés s'organiseront selon la raison, chacun en se mariant saura et pourra mieux reconnaître si l'union qu'il va former est née viable et durable, etc... » Aussi M. Acollos promet-il « à nos neveux l'indissolubilité du mariage comme une récompense de leurs progrès dans les voies de la nature » ; il croit pour sa part « qu'il viendra un jour où il serait indifférent, en pure pratique, que le législateur posât ou non une règle d'indissolubilité, car cette règle ne menacerait plus alors le droit de personne » (1).

En dernière analyse, M. Acollos réclame le divorce non seulement « afin de mettre un terme à une situation sans sincérité et sans dignité », mais encore « afin de permettre à chacun des époux d'obéir à son gré à cette loi de l'amour, qui, élevée à son niveau

(1) Jean Grave aussi (*La société future*) « espère que la femme saura retenir celui qu'elle aura su attirer : c'est espérer qu'elle ne vieillira pas. Novicow (*L'affranchissement de la femme*) espère que, lors du déclin de sa passion, l'homme, par pitié pour l'amour de sa compagne, restera près d'elle : mais la grandeur d'âme n'est pas une vertu si banale ; la femme fera mieux de compter sur les garanties légales que sur l'héroïsme de son compagnon ». (Paul Lapie, *op. cit.*)

véritable, est le plus puissant instrument du progrès de la personne humaine. »

Et il prend soin de nous dire en même temps qu'il n'admet pas la théorie du mariage-contrat. Il avance modestement que Kant ne savait pas ce que c'est qu'un contrat, lui qui admettait cette théorie. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de cette assertion. M. Acollas omet malheureusement de nous dire ce qu'est le mariage, si ce n'est pas un contrat, — car dire que c'est un pur fait moral, c'est apporter une affirmation qui n'explique pas sa nature juridique.

La société « n'a aucun droit propre dans la matière du mariage, non plus que dans aucune autre, dit encore M. Acollas, puisque « le rôle de la société ne peut consister qu'à garantir et à sanctionner le droit de l'individu, et, pour chacun des époux, ce droit, c'est de rester maître de lui-même ».

Aussi « qu'il s'agisse de la formation ou de la dissolution du mariage, la matière est en entier en dehors de l'ordre juridique, elle est contenue tout entière dans l'ordre moral, et la société n'a aucun rôle à y jouer. »

Soulignons ces paroles de rhéteur, insouciant des réalités.

Quant aux enfants, un jury — tant que les magistrats ne seront pas électifs et révocables, — décideraient de la garde de leur personne ; les frais d'édu-

cation seraient à la charge du père et de la mère comme s'ils n'étaient pas divorcés. Que l'enfant perde à la destruction du foyer commun, c'est un mal, mais qui existe aussi bien dans la séparation de corps, et qui existe également, même sans divorce, « quand ce qui est l'âme du foyer est anéanti. » Mais M. Acollas est persuadé que « plus on se rapprochera de la norme » qu'il a tracée, plus il deviendra probable que le mariage et l'intimité conjugale subsisteront sans altération.

— Il est à peine besoin de faire remarquer le caractère utopique de toutes ces doctrines, généreuses certes, mais qui semblent construites bien plus pour des anges que pour des hommes.

Supprimera-t-on d'un trait de plume les caractères volages, les don juans, les Madame Bovary, les femmes légères, en même temps qu'on décrètera ces principes idéalistes ? Croît-on qu'il suffira de donner aux hommes des règles d'une telle indépendance morale pour les amener à les observer ? Il est difficile, en 1909, d'être aussi crédule en une amélioration possible du genre humain à ce point radicale !

Ce que prêche M. Acollas, on le voit, c'est l'union libre encore affublée du nom de mariage, mais sans que rien ne rappelle plus l'institution que nous avons accoutumé de nommer ainsi.

Que le mariage soit une association d'amour entre

deux êtres, libres et égaux l'un pour l'autre, d'après leur esprit et d'après leur cœur, on pourrait peut-être à priori ne pas voir d'inconvénients à souscrire à cette définition imprécise, mais elle ne considère qu'un aspect de l'institution à définir. On pourrait admettre une telle manière de voir si les époux étaient seuls en jeu : mais d'autres êtres ont bien quelque droit aussi à faire valoir, ce sont les enfants, que l'on n'a pas consultés avant d'engager les rapports qui leur donneront naissance. Toutes les spéculations subséquentes de M. Acollas oublient totalement leur existence : elles ne considèrent que les deux époux, et même chez ceux-ci ne s'attachent qu'aux relations morales, méprisant les relations physiques et les ravalant au rang de contingences. Ces rapports sexuels ont cependant fait quelque bruit de par le monde, depuis les origines historiques de notre humanité, et il ne semble pas que nous soyons sur la route éthérée au bout de laquelle elles seront considérées comme quantité négligeable.

L'amour est, dit M. Acollas, pour chaque individu, le droit à sa vie complète ; il est soumis à la double loi de la liberté et de l'égalité ; en conséquence, chacun des époux doit être absolument maître de lui-même quant à sa personne et quant à ses biens. Et c'est ici que l'auteur préconise l'union libre, bien qu'il n'emploie pas cette expression. Plus loin, en effet, il

proclame encore le droit perpétuel et inaliénable de l'individu sur lui-même et permet à chacun des époux d'obéir à son gré à la loi de l'amour. Ses successeurs intellectuels, nous le verrons tantôt, seront plus hardis et plus catégoriques. Les arguments que nous apporterons ultérieurement contre les théories de ces derniers s'opposant également à la doctrine de M. Acollas, il est inutile d'anticiper sur eux. Une simple remarque toutefois. M. Acollas solutionne la question des enfants en proposant, au cas de séparation des parents, — n'appelons plus cela un divorce, n'est-ce pas ? — de les confier à l'un ou à l'autre, les frais d'éducation incombant à tous les deux. Et cette solution pourrait peut-être sembler satisfaisante à priori. Mais M. Acollas nous apporte-t-il le moyen de faire contribuer à ces frais le parent qui ne le veut pas ? N'a-t-il jamais oui parler de la situation faite à la femme divorcée dans certains ménages d'ouvriers lorsque le père est indigne ? Sait-il que le jugement du tribunal lui accordant pour élever ses enfants une pension alimentaire reste fréquemment lettre morte, parce que ce père va de ville en ville chercher du travail chez un patron que ne connaîtra pas la mère, afin qu'elle ne puisse mettre saisie-arrêt sur son salaire ? Cette situation se ferait plus fréquente encore si l'on adoptait la théorie de M. Acollas, surtout avec les facilités de plus en plus grandes de transport à

l'étranger, et la diffusion des valeurs mobilières dont on peut toucher les coupons n'importe où ! (1)

Aussi la seule solution logique de cette théorie serait-elle de confier l'éducation des enfants à des haras humains, comme le proposeront certains socialistes, et d'admettre les théories collectivistes, dont il n'est plus besoin de démontrer le caractère fantaisiste aux esprits rassis ! Nous retrouverons cette angoissante question des enfants en réfutant la thèse de l'union libre.

Il reste un dernier point à exposer dans la théorie que nous discutons : chaque époux doit, selon elle, rester maître de ses biens. Nous traiterons ultérieurement ce sujet.

Après avoir préconisé la forme d'union entre les sexes qu'il désirerait voir prévaloir, M. Acollas flétrit le mariage tel qu'il est pratiqué actuellement. Mais ses arguments sont ceux de tous les polémistes et de tous les pamphlétaires qui ont écrit sur cette matière ; aussi les examinerons-nous en bloc à propos de Max Nordau, qui les a si puissamment exposés

(1) Pour obvier à ces graves inconvénients, M. Valensi (*op. cit.*) propose à juste titre de rétablir la contrainte par corps pour obliger le mari au paiement de la dette alimentaire due à la femme et aux enfants, et d'imposer l'obligation de fournir des sûretés réelles lorsque ce serait possible. — Sur le rétablissement de la contrainte par corps, V. Pierre Avigdor, article de la *Revue Judiciaire* du 25 juillet 1908, n° 7.

dans son livre fameux : « *Les mensonges conventionnels de la civilisation.* »

Pour l'instant, nous continuerons l'examen des ouvrages qui préconisent l'union libre dans notre ordre chronologique. Celui qui s'offre d'abord à nous est celui de M. Léon Blum, « *Du Mariage.* »

Nous devons à ce sujet une courte explication : le livre que nous allons avoir à critiquer pourra sembler extrêmement fantaisiste ; or nous n'oublions nullement que nous poursuivons une œuvre juridique. Si nous l'analysons un peu longuement, comme nous aurons à analyser ultérieurement d'autres œuvres du même genre et même des pièces de théâtre, c'est parce que de tels ouvrages, lorsqu'ils ont eu, comme celui-ci, du succès, agissent puissamment sur l'état des esprits et par suite sur les mœurs. C'est fréquemment, il est superflu d'insister sur ce point, la littérature qui prépare les lois, ou du moins l'esprit dont elles sont animées. Ce sont les encyclopédistes et les penseurs qui ont enfanté la législation de l'époque intermédiaire ; ce pourraient bien être des ouvrages comme ceux-ci qui prépareraient les lois de l'avenir, si l'on n'en montrait point le caractère erroné.

★★

La théorie de M. Léon Blum a au moins un mérite, que l'on ne lui contestera pas, c'est celui de l'originalité.

Il ne préconise pas précisément l'union libre, bien qu'il avoue pour elle « *un préjugé favorable.* » Mais, dit-il, « l'union libre, ou bien n'est qu'une protestation contre la formalité même du mariage, contre l'intrusion de l'autorité sociale dans une convention privée, et l'on me permettra bien de dire qu'en ce cas elle constitue un pur enfantillage, ou bien n'est qu'une union provisoire, autorisant d'avance les changements ultérieurs, les préparant même et leur servant de transition. Dans ce dernier cas, l'union libre est polygamique. » Or, d'après M. Blum, ni la monogamie légale ni la polygamie libre n'apportent au problème de la relation des sexes une solution satisfaisante et complète, car ni l'homme ni la femme ne sont entièrement monogames ou polygames. Et dès le début, apparaît l'idée fondamentale de son système : « l'homme et la femme sont d'abord polygames, puis, dans l'immense majorité des cas, parvenus à un certain degré de leur développement et de leur âge, on les voit tendre et s'achever vers la monogamie. Les unions précaires et changeantes correspondent au premier état : le mariage est la forme naturelle du second. » Il distingue donc dans l'existence de chaque être humain deux états, un état premier, — selon la terminologie qu'il emprunte aux sciences psychiques, — qui consiste en un instinct polygamique d'abord prédominant chez l'homme et

la femme, et un état second, seul propice au mariage, avant d'avoir atteint lequel on ne devrait pas se marier, parce que c'est alors seulement que le désir des changements et de l'aventure a fait place, par une révolution naturelle, au goût de la fixité, du repos et de la quiétude sentimentale. M. Blum applique son système à la femme aussi bien qu'à l'homme; il explique la désharmonie qui trouble certains ménages, souvent jeunes encore, parfois anciens déjà, par les « brusques convulsions de la jeunesse comprimée » de la femme, et prétend, sous son régime, supprimer ou à peu près cet accident.

Remarquons, en passant, que son système revient à adopter le régime de l'union libre, surtout pendant la première période.

D'après M. Blum, la distinction qu'il adopte est une loi naturelle, qu'il ne fait que constater et traduire en action, ou plutôt en proposition d'action.

Il trouve la preuve de cette prétendue loi dans l'examen des faits. Il recherche les causes qui troublent le plus fréquemment les ménages, et accuse la fatigue ou le dégoût de la vie commune, de la communauté physique, de la cohabitation; l'ennui, la surexcitation des caractères se blessant toujours par les mêmes aspérités; « la mésentente quotidienne ravivée sur la gestion du ménage, sur les intérêts, l'ambition, l'argent, » etc...

Ces causes, il les attribue à ce qu'une distance croissante s'est établie entre la fonction et l'organe, due à ce que l'un tout au moins des deux époux n'a pas atteint le moment matrimonial.

Et à ce propos, M. Blum — qui prétend avec quelque raison avoir voulu faire une œuvre sérieuse, et à qui l'on ne peut refuser un certain courage et une entière bonne foi, — constate que la communauté, la durée, l'unité sont les notions constitutives du mariage ; il donne de celui-ci une bonne définition : « le bon mariage est celui qui rend possible et douce la continuité de la vie commune, de la vie domestique aussi bien que de la vie sociale, qui permet d'entreprendre ensemble et d'accord les travaux auxquels l'apport du temps est nécessaire, comme la conduite de la fortune ou l'éducation des enfants, qui permet de prolonger sans monotonie et sans regret la familiarité intime d'un seul être ».

Mais à cet idéal, il pense que les seuls époux mariés selon son système, c'est-à-dire au moment matrimonial, après l'usure des instincts, peuvent atteindre.

Aujourd'hui, en effet, on trouve deux sortes de mariages : les mariages d'amour, fort rares selon lui, et ceux d'intérêts ou d'affaires, décorés indûment du nom de mariages de raison. Mais les concordances, dit-il, sont tout extérieures et ne sont pas intimes.

Dans le genre d'unions que préconise M. Blum,

au contraire, on rencontrerait des affinités réelles et une correspondance véritable des personnes, parce que deux êtres parvenus au moment matrimonial feraient un choix expérimenté, connaîtraient la nécessité des transactions et des accommodements, aspireraient au repos, à la tranquillité et à la paix, sauraient enfin « ce dont la vie seule instruit et dont elle convainc avec tant de peine, que chaque caractère, même le plus banal, a son fond propre, irréductible, et que les êtres qui veulent persister à vivre ensemble ne triomphent de leur distinction essentielle que par une lente et mutuelle appropriation. » « Fatigués d'aventures changeantes et de l'incertitude des passions, ils aspireraient au repos, à la sécurité, à la paix, et n'apporteraient point dans le mariage une humeur intraitable et batailleuse, parce qu'ils n'y apporteraient point un caractère intact, entier, etc... »

En outre, à ces causes de désharmonie dans nos mariages, dit M. Blum, vient s'ajouter la désharmonie physique. Et il cite à ce sujet cette parabole, imaginée par Balzac dans la « *Physiologie du mariage* » : l'histoire du singe de Cassan.

Ce singe, un orang-outang, s'empara un jour d'un violon pendant l'absence de son maître et chercha à en tirer des sons harmonieux. Il s'y prit mal, n'y put réussir, et de dépit le brisa. Le singe de Cassan est pour Balzac, — et pour M. Blum, — le symbole des

maris. A une femme neuve et avide d'amour, on offre un homme parfois blasé, parfois trop inexpérimenté dans le rôle d'initiateur, et presque toujours trop brutal.

Nous ne pouvons suivre ici l'auteur dans la discussion de certains sujets trop scabreux, ceux relatifs à la formation amoureuse des jeunes gens, par exemple. Qu'il nous suffise de citer la conclusion des observations de M. Blum, — dont quelques-unes sont fort justes d'ailleurs, — sur ces points : l'appropriation de la femme par le mari, fréquemment, est mal faite, — et la plupart du temps elle est prématurée, trop hâtive, comme l'avait déjà remarqué Dumas fils dans l'« *Ami des Femmes* ». Cela tient, dit M. Blum, au manque de tact et d'expérience éducatrice du mari. Si au contraire, adoptant son système, on substituait une femme avertie à une vierge, cette cause de dés-harmonie, pense-t-il, disparaîtrait.

Il imagine une division — tout artificielle à notre sens — de la vie humaine en trois « *périodes amoureuses* » : une période d'activité, ou autrement dit de satisfaction personnelle, une de prosélytisme et une de sérénité. C'est dans cette dernière qu'il place l'époque du mariage rationnel.

Il se défend d'ailleurs de vouloir faire de ce dernier « l'hospice des résignés ou l'hôpital des éclopés de l'amour ». Son mariage sera heureux d'un amour

continu, sinon passionné : mais on peut être heureux sans passion. L'harmonie physique, qui ne sera plus l'élément essentiel et unique du bonheur, en sera du moins un des éléments indispensables. Dans le mariage actuel, selon lui, cette harmonie, qui serait encore plus nécessaire que dans son système, est rendue d'avance impossible : dans le sien, au contraire, elle serait communément réalisée.

Enfin il accuse « presque tous les mariages de n'être qu'un semblant, une formalité sans importance, couvrant le néant d'existences assoupies ou dérochant le secret de vies dont le sens et le bonheur ne sont plus là. » — Car il a le grave tort de toujours généraliser les critiques, qui malheureusement sont fondées dans beaucoup de cas, mais qui malgré tout ne s'appliquent pas à la majorité des ménages, — et cette généralisation arbitraire tourne au paradoxe.

Il prétend encore que dans nos mariages, tant que l'instinct sévit, mari et femme ne peuvent s'accorder sur la gestion des intérêts communs, sur la conduite pratique de la vie, parce que soit l'un au moins, soit même tous les deux, sont tournés vers les instincts et la passion, et non vers les pensées sérieuses de la vie, et ne peuvent s'en détourner sans révolte, contrainte ou souffrance.

Il en tire toujours la même conséquence : « Il ne faut entrer dans le mariage qu'une fois les forces ac-

tives de l'âme disciplinées par le travail qui les contente, ou bien usées par leur expansion même, par les changements, les chimères, les déceptions et les joies. »

Dans les mariages ainsi formés, les caractères et les intérêts s'assembleraient avec une aisance spontanée ; tout y deviendrait aisé.

En résumé, dans nos mariages, tout est désharmonie : « cohabitation, communauté physique, mélange des familles, direction de la vie, rapports mondains, intérêts d'argent, éducation des enfants, etc... » Dans son système, au contraire, tout serait harmonie. Car tandis que dans les nôtres, le « préjugé » de la virginité des jeunes filles établit dès l'abord entre mari et femme « une différence de condition, une divergence de points de vue qui rendent intolérables ou impossibles les rapports qui entrent dans la définition même du mariage », et rend vaine d'avance toute réforme partielle, tant qu'on n'aura pas remédié à ce vice fondamental ; — dans les unions qu'il propose, au contraire, tout serait harmonie, parce que chaque époux serait en état et en goût de s'acquitter des fonctions naturelles du mariage. Il ne prétend pas d'ailleurs rendre impossible tout accident, pas même l'adultère, mais rendre les accidents infiniment rares, en réduire le nombre à sa plus simple expression. Et il pense que lorsque par malheur il viendrait à s'en

produire un, l'adultère par exemple, l'époux outragé serait plus disposé à l'indulgence, à raison de la sagesse et de l'expérience qu'il aurait acquises antérieurement, à raison aussi de la vie antérieure de l'époux coupable : on attacherait moins d'importance à un acte maintes fois répété avant le mariage même. Bien plus, M. Blum pense que l'autre époux, dans certains cas, « permettrait avec bienveillance et sympathie un intermède de quelques mois » à celui qui éprouverait un vif désir pour une autre personne, sans vouloir sacrifier pour cela son bonheur conjugal !

Bien que nous désirions ne discuter la thèse de M. Blum qu'après l'avoir complètement exposée, il nous sera cependant permis de faire observer dès maintenant que lorsqu'une doctrine conduit logiquement à des résultats d'une telle excentricité, elle se condamne d'elle-même.

Cette observation s'appliquera mieux encore aux dernières conclusions du livre de M. Blum, relatives à la grave question des enfants, qu'il n'envisage qu'à la fin et comme quelque chose de tout à fait secondaire. A l'argument qu'il prévoit et réfute — ou croit réfuter — par avance, il répond tranquillement : « des enfants, on n'en fera pas ! » Et si par « *accident* » ou par « *maladresse* » on en a avant le mariage, cela n'aura guère d'importance, parce que cela sera « un

phénomène prévu dans toutes les familles. » M. Blum en arrive, assez timidement d'ailleurs, à la conclusion à laquelle on doit forcément arriver avec son système et les doctrines analogues, à l'entretien des enfants par la société. Mais en attendant ce « *progrès* » qu'il souhaite, ce sera la mère qui les entretiendra « bien ou mal, avec ou sans gêne, du revenu de sa fortune, du produit de son travail. » Et puis les tribunaux « ne pourront hésiter » à faire supporter cette charge à l'homme qui sera l'auteur responsable, soit par « *volonté consciente* », soit par « *impéritie*. » — « Vous voyez que la chose est assez simple, » ajoute M. Blum, qui se soucie fort peu des moyens de preuve de la paternité, question tellement grave cependant qu'elle a servi de prétexte jusqu'à présent en France pour empêcher l'adoption de cette réforme juste et salutaire : la recherche de la paternité.

Puis, tous les enfants vivront pêle-mêle dans le ménage définitif de la mère, comme les petits des animaux. Le mari sera le « *collaborateur amical* » de la mère pour l'éducation des enfants, qui vivront dans la paix et le bonheur.

Et dans sa conclusion, M. Blum avoue qu'il a fondé sa doctrine sur un « *postulat indémontrable* » : la division de la vie amoureuse en deux âges successifs, la période de l'instinct et la période matrimoniale ; mais que l'observation l'a conduit à cette hypothèse.

Il se résume, et attribue à l'institution même du mariage tel qu'il est compris actuellement tous les défauts qui le vicie, tandis qu'il attribue à son système la vertu de les supprimer tous, sans se demander un seul instant si ce régime n'engendrerait pas des vices d'autres sortes, plus graves encore et plus dissolvants.

— Nous aurons à cœur de répondre point par point à la thèse de M. Blum, et que l'on ne soit pas surpris du sérieux avec lequel nous la discuterons, que l'on ne hausse pas les épaules en pensant : « à quoi bon s'arrêter à de pareils sophismes ! » Car entre cette théorie et celle de l'union libre, il y a une parenté telle qu'elles se pénètrent mutuellement, qu'elles se complètent, sont basées sur les mêmes fondements, procèdent du même ordre d'idées, — et aboutiraient à des résultats identiques. Elles prétendent transformer les mœurs de l'avenir dans le même sens : la liberté totale de l'amour ; elles tendent à bouleverser les lois pour en faire les spectatrices impassibles de la ruée vers l'anarchie, sous couleur de liberté absolue de l'individu. Il convient donc de réfuter ces sophismes pour sauvegarder l'édifice social, tout en faisant pénétrer à travers ses rouages le grand air vivifiant de la liberté saine et rationnelle, qui engendre l'harmonie et non la confusion et la dégénérescence.

Le « *postulat indémontrable* » de M. Blum (1) est une hypothèse toute gratuite : l'instinct polygamique ne possède pas nécessairement, de façon inévitable, chaque être humain pendant la première période de sa puberté. Il n'est en aucune façon démontré que tout jeune homme qui court sans cesse vers de nouvelles amours le fasse par goût : il convient tout au contraire de se demander s'il ne préférerait pas se fixer, mais ne le peut pas en raison de circonstances fort diverses. Et l'assertion de M. Blum est contredite par deux ordres de faits, beaucoup plus voisins, psychologiquement, qu'ils n'en ont l'air : le concubinage et le mariage, dus l'un et l'autre au désir de

(1) Cet écrivain ne fut pas le premier qui défendit cette idée, à savoir que l'homme est doué d'un instinct polygamique. Max Nordau, entre autres, la soutint dans *Les mensonges conventionnels de la civilisation* ; et bien avant eux, un auteur nommé Lyserus, « natif de Saxe et déguisé sous le nom de Theophilus Aletheus, donna, sur la fin du siècle dernier — (c'est-à-dire du XVII^e siècle), — un gros ouvrage où il prétendait prouver que la polygamie était non seulement permise, mais nécessaire, et qui fut imprimé à Lunden, en Scanie, vers 1683. On peut voir dans les *Nouvelles de la République des Lettres* de Bayle, année 1685, mois d'avril, l'extrait qu'il a donné de cet ouvrage extravagant que quelques auteurs et entre autres Brusmannus, ministre de Copenhague, ont pris la peine de réfuter sérieusement. Le livre de ce dernier est intitulé *Monogamia triumphatrix*, par opposition au titre de *Polygamia triumphatrix*, que porte celui de Lyserus. » (*Encycl.* de 1765). — Luther prétendit que la polygamie était de droit naturel et n'avait pas été abolie par l'Evangile ; il autorisa en conséquence un landgrave de Hesse, en 1539, à la pratiquer ; Calvin, au contraire, la prohiba formellement (*ibidem*, v^e *Polygamie*).

l'homme, très souvent du jeune homme, de se créer un foyer. Il serait au moins hardi de prétendre dans ces conditions que la femme a davantage que l'homme l'instinct polygamique.

Il est en outre de pratique courante de se lier par des serments d'amour éternel, tôt oubliés, dans des relations intimes qui ne vont même pas jusqu'au concubinage, mais qui dénotent, au moment où ils sont faits, une intention de vivre ensemble, de partager ensemble les joies et les peines. Autre symptôme du même état d'esprit.

Mais quand bien même il serait prouvé que l'instinct polygamique domine « *actuellement* » l'être humain pendant la première période de sa puberté, il resterait à prouver que c'est là un instinct *naturel* chez l'homme. Or il résulte des recherches des sociologues que « deux inférences au sujet de la monogamie et de la polygynie peuvent être faites avec une certitude absolue : la monogamie, forme qui a toujours prédominé, a régné davantage aux premières phases de la civilisation qu'à des phases quelque peu supérieures ; tandis qu'à une phase encore plus élevée, la polygynie a cédé, en grande mesure, le pas à la monogamie » (1).

Nous avons eu l'occasion de signaler déjà que les

(1) Westermarck, *Origine du mariage dans l'espèce humaine*.

animaux supérieurs étaient monogames ; le gorille vit en une société composée du mâle, de la femelle et de leurs petits d'âges *divers*, ce qui indique un véritable mariage qui dure plusieurs saisons.

Les races les plus sauvages et les plus grossières sont entièrement monogames (tribus inférieures des forêts brésiliennes, de l'intérieur de Bornéo, Veddahs, Andamans, Mrus, Tounghas, etc...), ou presque exclusivement monogames (Hottentots, Padams, aborigènes de Tana, Californiens, etc...).

La polygynie naît à mesure que se développent les différenciations sociales, les fortunes. On le constate par l'examen des mœurs des sauvages : c'est chez ceux chez lesquels il y a des distinctions de classe et de fortune que l'on rencontre la polygamie, alors que chez ceux qui sont égaux en richesse et en autorité, la monogamie règne seule ou à peu près seule. Ainsi les Turco-Tartares furent d'abord monogames, et sont devenus polygames sous l'influence d'une civilisation supérieure ; et les peuples nomades de cette race — les plus arriérés — sont encore aujourd'hui monogames. Les premiers Hindous furent sans doute monogames, car les hymnes primitifs ne font pas mention de la polygynie, et les divinités principales des écrits de Kalidasa sont représentées comme mariées à une seule femme légitime, alors

que les héros secondaires sont polygames (1). On pourrait multiplier les exemples.

Il semble donc être hors de doute que c'est la civilisation qui a jusqu'à un certain point favorisé la polygynie ; mais il est certain que dans ses formes les plus élevées, la civilisation aboutit encore à la monogamie : la diminution des guerres, en réduisant le taux de la mortalité des hommes, a diminué la disproportion considérable entre les sexes qui, chez beaucoup de peuples belliqueux, fait presque de la polygynie une loi naturelle ; une nombreuse famille est devenue un fardeau, au lieu d'être une richesse ; etc... (1), toutes causes qui ont contribué à supprimer la polygynie.

Et même chez les peuples polygames, « la polygynie est, en général, modifiée de deux manières qui tendent vers la monogamie : par la position supérieure accordée à l'une des femmes, la première épousée, en général, et par la faveur que le mari montre à celle qu'il préfère » (1).

Il semble donc bien que loin que la polygynie soit la forme originelle de l'union des sexes, c'est la monogamie qui est la plus naturelle à l'homme, et c'est vers elle qu'il tend à nouveau, après en avoir été

(1) Westermarck, *op. cit.*

détourné sous l'influence de circonstances fort diverses (1).

Il est donc erroné de prétendre que l'instinct polygamique domine l'être humain, alors que l'on constate chez les peuples primitifs, les plus livrés à l'instinct, une propension naturelle vers la monogamie.

Si l'on remarque, dans l'état actuel de nos mœurs, des habitudes polygamiques chez certains individus, cela tient sans doute aux conditions d'existence de la civilisation avancée ; chez toutes les sociétés parvenues à un certain degré de civilisation, il en a été de même : la Grèce a eu ses pallaques, Rome ses cour-

(1) Le Dr Le Bon, au contraire, pense que les lois européennes légaliseront à l'avenir la polygynie. Nous croyons avoir démontré le contraire, et nous n'y reviendrons pas. Remarquons cependant encore : 1^o que le nombre des naissances de garçons et de filles est sensiblement le même (510.000 garçons — 490.000 filles, les chances de mortalité étant plus nombreuses pour les hommes, on peut dire qu'il y a autant de femmes que d'hommes) ; on en peut conclure que la nature elle-même semble commander la monogamie ; 2^o que le sentiment de la femme est totalement contraire à la polygynie. Jusque chez les sauvages, la polygamie engendre la haine entre femmes du même mari, jalouses les unes des autres. Elles se battent fréquemment, et certaines même se suicident. Or « le progrès de l'humanité ne se montre nulle part plus clairement que dans la reconnaissance des droits de la femme » (Westermarck, *op. cit.*). — « Dans la polygamie, dit Kant (*Théorie du droit*), la personne qui se donne ne reçoit qu'une partie de celui auquel elle appartient, et se transforme ainsi en une simple chose ». — Enfin « le sentiment épuré de l'amour, reposant sur la sympathie mutuelle et l'appréciation des qualités mentales, n'est guère compatible avec les habitudes de polygynie » (Westermarck, *op. cit.*).

tisanes. Il n'est pas surprenant que nous ayons les nôtres.

Il n'est pas surprenant non plus que l'adultère trouble beaucoup de ménages : tant que l'homme ne sera pas devenu immarcesciblement vertueux, si tant est qu'il le devienne jamais, il en sera ainsi. Ce ne sont pas les théories de M. Blum qui supprimeront cet « *accident* » du mariage, selon sa propre expression, car une veuve, une divorcée, ou toute femme mariée après son initiation, n'est pas plus à l'abri des tentations que les autres. M. Blum attribue à l'homme et à la femme parvenus à ce qu'il appelle le moment matrimonial toute la sagesse, à celui et à celle qui n'y sont pas encore arrivés toute la folie. Quelle aberration ! quelle erreur psychologique !

Ni l'un ni l'autre phénomène ne vient donc à l'appui de la théorie de M. Blum. Mais un puissant argument se dresse contre elle, comme il le fera contre l'union libre proprement dite : c'est celui de la jalousie sexuelle.

L'homme, en effet, a un désir puissant : celui de posséder sa femme 1° le premier, 2° à lui seul (1).

Et ce « *préjugé* », selon l'expression de M. Blum,

(1) L'instinct de la possession exclusive de la femelle existe même chez les animaux : une observation attentive de l'attitude d'un mâle devant un autre mâle s'approchant d'elle le prouve surabondamment.

doit être fortement enraciné chez lui, puisque certains sauvages même parmi les plus primitifs tiennent en grand honneur la chasteté des jeunes filles, et que certaines peuplades vont jusqu'à punir de mort la vierge qui entretient des rapports intimes avant son mariage. Nous avons cité des exemples en combattant la théorie de la promiscuité ; nous n'y revenons pas.

Nous pouvons conclure que cet état d'esprit, empreint d'une grande délicatesse, des peuples primitifs, donne un éclatant démenti à la thèse de M. Blum. A ce propos, il n'est pas inutile de faire remarquer que c'est à tort que l'on a accusé le christianisme d'avoir créé ce « préjugé », puisqu'il a existé de tout temps (1). Il est permis de se demander, en outre, si M. Blum n'introduirait pas, avec son système, dans tout mariage un germe puissant de désharmonie : Nul n'ignore, en effet, que si l'homme est capable, lorsqu'il aime, d'épouser une femme déjà initiée, ce point particulier sera fréquemment l'occasion, plus tard, de reproches, de conflits, de regrets : la jalousie sexuelle, qui n'aura pas été assez puissante pour empêcher le mariage, sera assez forte pour le désagréger.

(1) Disons à ce sujet que si l'on traite de préjugés les sentiments de ce genre, il n'y a pas de raison pour ne pas taxer toute vertu de préjugé, à commencer par la simple honnêteté.

Les femmes ne sont pas moins sujettes à la jalousie sexuelle, même rétrospective. Et la preuve en est que si la femme tolère bien que son mari ait entretenu des rapports intimes avant son mariage, elle en accepte les « *généralités* », si nous pouvons ainsi parler, mais l'idée qu'il ait pu aimer vraiment une autre femme lui est insupportable. Tant que l'idée précise du rapprochement sexuel ne prend pas corps et se limite à l'idée théorique, elle n'en souffre pas, parce que le contraire est tenu pour ridicule, mais, dès que cette idée se précise, prend une forme définie pour une cause quelconque, la jalousie sexuelle se manifeste par une certaine souffrance.

M. Blum ne tient aucun compte de ce sentiment, cependant fort puissant.

Sa thèse a encore maints travers. Tout d'abord, il dessine une évolution donnée, puis la proclame générale, universelle, nécessaire ; il ne tient pas compte des différences psychologiques : chaque âme réagit différemment au contact des impressions du monde extérieur ; les leçons de la vie ne produisent pas des effets identiques chez chaque individu : tel n'aura, au jour de sa mort, accru en rien ou qu'en bien peu de chose son expérience, tandis que tel autre, grâce à un sagace esprit d'observation et à une mémoire déductive, sera mûri dès son jeune âge et saura discipliner ses passions.

Un autre vice du système est de faire de l'instinct, de la passion, la loi unique des actions des hommes. M. Blum leur subordonne tout, sans se rendre compte du précipice où nous conduirait son régime, poussé à l'extrême limite de ses conséquences : il n'est plus besoin de codes, plus besoin de digue contre les plus vilaines passions, puisque leur existence justifie tout. Il suffit de lire son ouvrage pour voir qu'il préconise le triomphe de l'instinct sur la raison.

D'autre part, dans le système proposé, le mariage n'unirait plus que des couples déjà désillusionnés, blasés, n'ayant plus ni jeunesse de sentiments ni enthousiasme juvénile, qui n'auraient que des enfants vieillots et fatigués — s'ils en ont. Et M. Blum, bien qu'il se défende de vouloir faire du mariage « l'hôpital des éclopés de l'amour, l'hospice des résignés », est bien obligé de l'avouer puisqu'il écrit : « Trop de « déceptions ont lassé, trop de jouissances ont engendré le malaise et le dégoût... alors seulement, « la maturité matrimoniale est accomplie ». Triste mariage, en vérité, qui sera le couvent des désillusionnés !

Il oublie autre chose encore : alors que la fréquentation de la femme avant le mariage sera susceptible d'instruire l'homme qui réfléchit, de le former, de lui faire mieux apprécier les qualités de la femme légitime, la fréquentation de l'homme enlèvera fatale-

ment à la jeune fille ses plus délicats attraits : sa pudeur, sa fraîcheur d'esprit et de sentiments.

Et M. Blum est-il bien sûr que la jeune fille elle-même ne regretterait pas un jour de s'être livrée dans un moment d'aberration à un bellâtre, à un niais, à un amoral, et qu'elle n'aurait jamais l'amer désespoir de ne s'être point conservée pure pour l'homme qui représenterait pour elle, plus tard, l'idéal moral et physique, qu'elle jugerait digne de devenir son mari ?

Enfin il est superflu de faire remarquer que l'égalité réclamée par M. Blum entre les deux sexes sur ce point particulier est une utopie, en raison des différences physiologiques qui existent entre l'homme et la femme. Le désir ardent du nivellement général conduit aujourd'hui à ne plus se soucier des différences naturelles. On pourrait à ce sujet disserter à perte de vue ; mais un argument, qui prime tous les autres, nous en dispensera : la possibilité de donner des enfants à la femme.

Lorsque M. Blum tranche cette question par la réponse : « on n'en aura pas », outre qu'il impose à une *jeune fille* une étrange ligne de conduite, il pousse, consciemment ou non, à l'avortement et à l'infanticide. Car si l'on peut discuter le point de savoir si l'homme et la femme ont le droit de ne procréer que volontairement, on se heurte cependant à une objec-

tion de la nature elle-même. Le seul moyen de ne point procréer, lorsqu'on ne le veut pas, est en effet de s'abstenir de l'acte qui peut avoir ce résultat. Dès que l'on ne s'en abstient pas, on se trouve en présence du « *risque* » (M. Blum semble ne pas avoir lu « *Les Deux Risques* » de Michel Corday; ils constituent une des plus puissantes objections contre son système), et si l'on n'a pu empêcher l'acte sexuel d'avoir des conséquences, si l'on veut ensuite les supprimer, si l'on en arrive à l'avortement, on commet un crime. Ici encore, les esprits dépourvus des préjugés les moins rétrogrades ne manqueront pas de s'écrier : il n'y a pas de crime à empêcher la naissance d'un être humain que l'on n'a pas voulu faire naître (1). Il y en a pourtant un : personne ne niera que l'avortement mette en danger la vie de la mère, et qu'à tout le moins il altère sa santé, abrège parfois ses jours, — car ce n'est pas impunément que l'on transgresse les lois de la nature, — et qui niera que là il y a crime?

L'enfant né, par suite d'« *accident* » ou d'indifférence de l'homme, qu'en fera-t-on ? Nous avons, en exposant le système, répondu à cette question. M. Blum pousse l'aberration jusqu'à réclamer le réta-

(1) « Nous revendiquons, avec simplicité, le droit officiel à l'avortement, » dit M. Joseph Renaud, dans « *La Faillite du mariage et l'union future* ».

blissement du « *tour* » (1) ou quelque chose d'analogue. Nous ferons remarquer ici que le progrès consisterait à permettre à toute mère, naturelle ou non, d'élever ses enfants, sans honte ni misère, et non à tolérer qu'elle les abandonne lâchement à la « justice de l'Etat », selon l'euphémisme qu'il emploie.

Proposer de confier les enfants à l'Etat ? mais c'est se mettre en contradiction avec les règles les plus naturelles, les mieux implantées non seulement chez l'homme, mais chez les animaux. On répondra sans nul doute : la mère pourra voir ses enfants, les prendre en vacances... Mais où sera le foyer où ils auront la tendresse qui leur est due et où ils puiseront le sentiment de la famille ?... il est vrai qu'il n'y aura plus de famille !

D'ici que l'on en arrive là, ajoute M. Blum, la mère entretiendra ses enfants elle-même. Puis les tribunaux condamneront le père à leur fournir des aliments. Il faut n'avoir jamais connu d'une affaire d'assistance judiciaire pour faire une pareille réponse : nous avons déjà mentionné l'impossibilité pour la malheureuse mère abandonnée par son mari, ouvrier ou employé, de faire exécuter le jugement lui

(1) V. l'intéressant ouvrage de M. Prosper Blin, *La condition des enfants trouvés et abandonnés dans le droit français ancien et actuel*.

accordant une pension pour l'entretien des enfants communs.

Mais encore, comment faire la preuve de la paternité dans un tel chaos ? Dans l'état actuel, on pourrait facilement la faire : l'état de concubinage, la correspondance privée, etc... pourraient déterminer la décision du tribunal. Mais sous le régime de M. Blum, dans les relations éphémères qu'il préconise, qui écrira, qui vivra en concubinage, qui se souciera de laisser des traces écrites d'un acte qui n'aura plus aucune importance ?

Car ne l'oublions pas, cet acte deviendrait de si peu d'importance que même les gens mariés n'y attacheraient plus aucun caractère sérieux ; l'adultère serait plus fréquent qu'il ne le fut jamais.

Les enfants vivraient dans la paix et le bonheur, entre leur mère et son mari, qui se ferait son collaborateur amical, pense M. Blum... Quelle singulière méconnaissance du caractère humain ! Et les enfants vicieux, haineux ou maladifs ? et les maris au caractère entier ? qu'en fait M. Blum ? Lorsqu'on constate combien nombreux sont les seconds mariages désunis à cause précisément des conflits entre le second mari et les enfants du premier lit, est-il permis de vouloir généraliser ce système ? Lorsque des enfants communs sont parfois une cause de désunion, qu'en se-

ra-t-il d'enfants issus de plusieurs unions ? Et quelle fraternité les unira entre eux ? Nous n'insisterons pas sur ce point, il est par trop éclatant.

— Enfin M. Blum, comme les autres détracteurs du mariage actuel, le charge de tous les vices et de toutes les tares qui troublent la société.

A l'entendre, il n'y a ni ménages heureux ni époux fidèles. Il généralise, fort heureusement, beaucoup trop certaines crises individuelles ; nous nous sommes interdit de discuter les exemples choisis par lui, et sa façon souvent paradoxale de les interpréter ; certaines de ses anecdotes ne sont d'ailleurs pas psychologiquement « vraies » ; mais nous remarquons qu'ayant cherché des cas propres à lui servir d'arguments, il les applique à l'ensemble du genre humain ; or il ne faut pas, lorsqu'on disserte de ces graves questions, aller chercher des subtilités psychologiques et dépeindre des esprits romanesques. Assurément toute une catégorie de gens s'accommodent mal du mariage : les passionnés, les névropathes, les séducteurs et séductrices professionnels, etc... Mais ceux-là ne sont pas tous les hommes. Il reste encore une bonne partie du genre humain composée de gens raisonnables, qui comprennent que la vie n'est pas une marche à l'étoile, et que lorsqu'on a cru trouver — quand on s'est vraiment trompé, nous ménageons le

divorce large, ne l'oublions pas, — l'être susceptible de nous rendre heureux (et cet être sera infiniment différent selon les tempéraments, les états d'esprit, les caractères, les qualités morales et intellectuelles, l'éducation ; selon les professions, les fortunes, les ambitions, etc...) et d'être heureux avec nous, lorsqu'on juge possible la coexistence de l'amour et de l'affection à doses convenables, on doit l'épouser sans hésitation, s'estimer heureux de ne s'être point trompé, et s'accommoder de la vie ainsi faite : elle en vaut bien une autre !

C'est là demander, dira-t-on peut-être, une bien grande somme de sagesse à l'humanité. Mais il reste à savoir quel régime en exige le plus, du mariage bien compris ou du système de M. Blum. Au surplus, nous dirons plus tard un mot des moyens à employer pour enlever au mariage une grande partie de ses inconvénients actuels.

Il ne faut pas oublier, en définitive, qu'une institution doit s'appliquer à l'ensemble du genre humain, à la moyenne des gens raisonnables, et c'est pour ceux-ci que l'on doit légiférer, et non pour ceux doués de tempéraments par trop exceptionnels ; à ceux-là, il sera toujours loisible de se tenir à l'écart d'une institution bien équilibrée.

— L'ouvrage de M. Léon Blum eut beaucoup de re-

tentissement. La presse, les salons discutèrent sa thèse hardie autant que nouvelle (1).

A une époque où il semble que toute contrainte exaspère, elle devait être, en maints endroits, bien accueillie. Il est manifeste en effet que les théories qui nous mènent vers l'union libre rencontrent une faveur marquée : on craint peut-être encore d'en adopter toutes les conséquences, mais on accepte tacitement l'éventualité d'un avenir plus ou moins lointain où elle règnera sans partage.

★★

D'autres ouvrages surgirent. Mais si leurs auteurs sont unanimes à condamner le mariage actuel, ils ne s'entendent guère sur les conclusions, non plus que sur les remèdes. M^{me} Ellen Key (2), dans son livre « *De l'Amour et du Mariage* », propose comme panacée, au contraire de M. Léon Blum, de faire de l'amour le guide suprême des unions : « La seule solution — qui empêche les hommes de gaspiller, soit dans une vie de débauches, soit dans le célibat que

(1) M. Claude Anet, dans ses *Notes sur l'amour*, s'attache à réfuter les théories de M. Blum.

(2) M^{me} Ellen Key est la George Sand des pays scandinaves. Son rôle dans l'émancipation de la femme est considérable ; mais elle ne craignit pas de rappeler à des vues plus justes les amis trop zélés de la femme ; dans *Miss brukad kvinnokraft* (*Force de femme mal employée*), elle s'éleva contre ceux qui veulent faire de la femme une virago, alors que son rôle reste l'amour et la maternité. Elle est aussi l'auteur du *Siècle de l'Enfant*, dont le succès fut très vif jusqu'en Allemagne.

sont certaines unions, une force qui appartient à l'humanité, — c'est la proclamation des droits de l'amour : non seulement les amants devront s'unir au besoin sans consécration légale, mais il faudra trouver un moyen de dénouer plus facilement des liens conjugaux qui ne sont que fictifs... La voie nouvelle sera sans doute un divorce librement consenti, qui ne dépende que de la volonté de l'une ou des deux parties..... » Et plus loin, M^{me} Ellen Key, répétant que l'amour est la base du mariage, réclame pour celui qui a cessé d'aimer « le droit moral et légal de dissoudre son union ». Elle propose, pour rendre le mariage compatible avec la liberté de l'amour, d'en faciliter l'accès aux jeunes gens et de rendre le divorce libre. « Ceux qui s'aiment sont mari et femme », termine-t-elle ; c'est la phrase que prononçait Saint-Just sous la Révolution.

En définitive, cette théorie revient à préconiser l'union libre, en la basant sur l'amour.

Un autre écrivain, M. Edmond Benoît, qui se proclame disciple de Fourier, a écrit un livre utopique et généreux : « *La psychologie de l'amour* ». Il y expose et y commente les théories de Charles Fourier. Celui-ci fut partisan de la liberté complète en amour. M. Edmond Benoît, au milieu de pensées obscures et d'un socialisme mystique, fait ressortir les défauts du mariage actuel, défauts qu'il attribue

d'ailleurs à l'état social tel qu'il est organisé, et « *prêche* » — nous employons ce mot dans son sens religieux, — la liberté absolue de l'Amour, l'institution de « *Corporations amoureuses* », la polygamie, consistant en un droit pour l'époux comme pour l'épouse d' « avoir maîtresse ou amant, sans qu'il en résulte ni trouble dans le ménage, ni jalousie », car tout sera régi par l'Harmonie. Il est superflu d'insister sur le caractère fantaisiste de ces idées ; et cependant l'on ne peut pas ne pas regretter l'extravagance de la plupart d'entre elles, car quelques autres contiennent une part de vérité substantielle ; de celles-ci, qui concernent l'organisation morale du mariage, nous aurons l'occasion de reparler ultérieurement. En ce qui touche uniquement son organisation légale, M. Benoit rêve d'établir des grades amoureux ou corporations : le « *Vestalat* », selon l'expression de Fournier, composé des jeunes gens pubères des deux sexes ; le « *Damoisellat* », « dont les statuts permettraient la possession de l'objet aimé, mais en admettant la constance », et en imposant la fidélité,—sans doute théorique, puisque l'auteur admet la tolérance par l'autre conjoint d'une liaison éphémère au cas d'un second amour coexistant avec le premier, et accepte la « *polygamie composée* », ou, pour employer l'expression populaire, le « *ménage à quatre* » ; les « *Epoux et Epouses* », série dans laquelle entreraient

les damoiseaux et damoiselles désirant vivre avec leur conjoint pendant leur vie entière ; enfin les « *Galants et Galantes* », catégorie comprenant les inconsistants, les indisciplinés, etc... Le caractère caporaliste du socialisme intervient pour réglementer toutes ces corporations, car dans la société nouvelle que nous promettent ces illusionnistes que sont ses partisans, rien ne sera laissé au hasard ; tout, même l'amour, sera soumis à l'organisation étatiste. Les membres du « *Damoisellat* » contracteraient devant le magistrat une union « *ad tempus* », et pourraient la résoudre à leur gré par la volonté d'un seul. C'est donc encore l'union libre. Les enfants seraient, naturellement, élevés aux frais de la commune et de l'Etat, selon les principes de l'« *éducation unitaire* », qui serait un vaste nivellement des âmes, des consciences et des tempéraments !

Si nous nous sommes attardé à signaler une doctrine aussi fantaisiste, c'est pour montrer où l'on en arrive lorsque l'on adopte les idées qui mènent vers l'union libre, à quelles solutions fantastiques peut conduire la théorie qui préconise l'adoption de celle-ci quand on la pousse dans ses dernières conséquences, — et aussi pour faire entrevoir quelques aspects de la perspective que nous ouvre le socialisme intégral.

—Un autre ouvrage retint davantage l'attention. Il émane d'un écrivain de talent, M. Paul Adam, et a

pour titre : « *La morale de l'amour.* » D'après son auteur, l'homme et la femme sont faits pour la volupté, et il faut se garder de comprimer et d'amoindrir celle-ci par cette déprimante invention des poètes qu'on nomme l'amour, d'où nous vient tout le mal (1). M. Paul Adam donne d'ailleurs en revanche une définition du mariage empreinte d'idéalisme : « Se dépouiller peu à peu de l'amour sentimental, pour se revêtir d'une sagesse manifeste. Fonder ensemble une œuvre utile aux hommes ; et la chérir de toutes ses forces, et lui consacrer toute la puissance de deux cœurs exaltés par leur passion mentale ; puis le jour où l'œuvre atteint son but, procréer l'enfant qui la perpétuera. Voilà ce que le mariage peut offrir de grand » (2).

Avec un peu moins d'exaltation, l'idée est en elle-même excellente, mais manque de moyens pratiques pour la réaliser.

★★

(1) « M. Paul Adam nous a fait le tableau de la Salente qu'il rêve, — dit M. Fonsegrive (*op. cit.*) ; — c'est l'état de nature tout cru et tout simple où la femme se donne librement à l'homme qui lui plaît par cela seul qu'il lui plaît, — tout de suite, sans autrement le connaître, à cause de sa moustache, de sa pres-tance, de son sourire ou de son regard, et l'Etat, complaisant pour ces couples d'une heure ou de moins encore, a ménagé des réduits propices partout et jusque dans les trains de chemin de fer. » -- C'est donc encore l'union libre. — Comparer avec l'idée de Diderot déjà mentionnée.

(2) Cit. par Paul Abram, dans l'*Evolution du mariage.*

Enfin parut tout dernièrement un ouvrage de M. Alfred Naquet, « *Vers l'Union libre* » (1). L'apôtre du rétablissement du divorce en France avait publié, dès 1868, un volume intitulé : « *Religion, Propriété, Famille* », dans lequel il exposait ses vues (2) et préconisait l'établissement du « *Matriarcat* » et la suppression du mariage et de la famille ; il voyait là le moyen de solutionner le problème social. Dès cette époque, il se déclarait partisan convaincu de l'union libre. Cela ne l'empêcha pas de mener la bataille en faveur du divorce, et de la gagner ; aux partisans de l'union libre, tel qu'Elisée Reclus, qui lui reprochèrent de consolider ainsi le mariage, il répondit que dans l'état actuel de nos mœurs, tant que leur transformation politique et économique, qui seule rendrait possible l'établissement de l'union libre, ne serait pas réalisée, il convenait d'accroître de plus en plus la dose de liberté.

M. Paul Abram, en écrivant son livre, « *l'Evolution du mariage* », alla demander à Naquet son opinion actuelle sur la question. « Elle n'a pas varié, lui répondit l'auteur de « *Religion, Propriété, Famille* ». Je crois toujours que la liberté des unions arrivera

(1) Citons encore J.-C. Spence, *l'Aurore de la Civilisation*, préface de M. Naquet.

(2) M. Charles Albert, dans *l'Amour libre*, a développé les mêmes idées.

dans notre société, alors que celle-ci aura subi une somme de transformations nécessaires à l'établissement de l'union libre. Mais, en attendant, élargir le mariage, ce n'est pas le consolider dangereusement ; c'est, au contraire, en favoriser la disparition future en démantelant peu à peu les remparts derrière lesquels il s'abritait. Ce qu'il importe avant tout, c'est de le rendre aussi peu nuisible que possible. Votre système préconisant le mariage simple acte privé, me paraît avoir cet avantage. Pour légitimer l'union libre, il faudrait un changement de notre mentalité. Car, au fond, le mariage nous est plutôt imposé par nos mœurs que par nos lois. La loi n'est pas coercitive ; elle ne nous oblige pas à nous marier ; aucune peine, édictée par le code, ne punit les unions illégitimes. Mais ce commerce irrégulier, s'il n'est pas jugé comme un délit, est considéré comme immoral. Or, on ne change pas la mentalité d'une nation par un décret ou une loi, surtout quand cette mentalité est comme la nôtre, aussi imbue de préjugés catholiques. Et pourtant il faudrait bien peu de chose. Au lieu de dire : une femme qui se donne sans contracter mariage, est une malhonnête femme, il suffirait de dire : un homme qui, après avoir vécu librement avec une femme et en avoir eu des enfants, l'abandonne, est un malhonnête homme. Mais pour cela, il faudrait changer notre mentalité, je le répète, et ce n'est pas

l'œuvre d'un jour... Le code civil en cette matière n'est que le droit canonique laïcisé... Depuis que le divorce s'est implanté dans nos mœurs, — et avec une telle force qu'aucun gouvernement ne pourrait désormais l'en retrancher, — les idées sur l'élargissement du mariage ont progressé avec une extrême rapidité. L'union libre n'est plus traitée à priori d'absurdité ; on la discute ; certains vont même jusqu'à en prévoir l'avènement et ils ne passent pas trop pour des déraisonnables... Je crois que le rétablissement du divorce aura été une réforme féconde ; qu'il prépare à l'humanité des jours meilleurs, une existence avec plus de liberté, de bonheur et d'amour... »

Alfred Naquet est donc nettement partisan de l'union libre. Depuis 1868, d'ailleurs, il l'a proclamé dans plusieurs œuvres, notamment dans « *La loi du Divorce* ». Et en 1908, dans son nouvel ouvrage, il précise davantage encore cette façon de voir (1). M. Naquet est le grand théoricien de la doctrine nouvelle. Il la fait reposer sur le respect de la liberté individuelle ; il ne peut admettre « que la loi puisse contraindre corporellement dans un ordre de choses

(1) Dans un article paru dans le *Journal* du 8 juin 1908, il écrivait encore : « Je suis convaincu que nous marchons vers l'union libre, c'est-à-dire vers l'abandon de toutes les formalités administratives et de toutes les entraves judiciaires qui obstruent à cette heure les portes d'entrée et de sortie du mariage. »

où, en dehors de la libre volonté, il n'y a plus que dégradation, immoralité révoltante » (1). Il insiste sur cette idée que l'union libre est le seul remède aux maux dont nous souffrons. Il accuse la famille d'être une collectivité intéressée et égoïste, d'être la cause de la prostitution, d'être l'obstacle au progrès des idées, d'être l'agence du favoritisme. M. Naquet veut la remplacer par le « *familistère* », où des éducateurs choisis parmi les plus savants et les plus dignes éduqueraient les deux sexes. Il paraît que cette transformation sociale aura la vertu de parer le genre humain de toutes les qualités, de supprimer tous les vices. Il n'y aura plus d'Etat, plus de propriété privée. « A leur place un pullulement d'organismes vivants, d'associations actives, solidaires, fraternelles, rivalisant entre elles, au point de vue de l'éthique et de l'esthétique — et non plus au point de vue du lucre — par la beauté de leurs produits — produits au nombre desquels il convient de placer en première ligne le travailleur, l'homme lui-même ». C'est idyllique. Nous avons souvenance d'avoir connu une forme analogue d'organisation sociale — avec la civilisation en moins — à l'époque de l'appropriation de la terre par les peuplades de chasseurs nomades primitifs, lorsqu'ils se fixèrent pour la première fois dans le but de cul-

(1) *Le divorce*, 1881 ; *La loi du divorce*.

tiver le sol. Il a même subsisté jusqu'à nos jours une forme de communauté dans le genre de celles que préconise M. Naquet : le « *mir* » russe ; malheureusement il a laissé ses membres dans un tel état d'arriérisme qu'il est permis de croire que la forme de la libre concurrence, avec la stimulation produite par l'aiguillon de la propriété privée, engendre de meilleurs résultats : il serait préférable d'orienter les Etats vers un idéal de paix, de fraternité et de solidarité sociale que d'embuer l'avenir de rêves décevants qui masquent le but réel.

Et puis M. Naquet nous accordera bien qu'avant d'adopter son système, il sera nécessaire, pour ne plus avoir à craindre leurs attaques, d'amener au même point d'« *harmonie* » les jaunes, les noirs et même beaucoup de blancs encore quelque peu sauvages. Et comme il avoue que l'union libre ne pourra exister qu'après l'achèvement de l'évolution politique et économique de la société ; comme d'autre part il faudra sans doute quelques siècles pour arriver à ce résultat parmi tous les peuples du globe, il nous sera permis de chercher la meilleure forme du mariage, pour l'établir d'ici-là... Mais passons. M. Naquet prédit encore que « dans cette société communiste l'entretien des enfants et des vieillards sera charge sociale » — il n'est point besoin de communisme pour secourir, selon les règles de la solidarité sociale, les

faibles de toute catégorie, un pays impérialiste voisin, l'Allemagne, nous a même dépassés dans cette voie, — et il souhaite que la mère seule donne son nom aux enfants, selon le vœu d'Emile de Girardin, parce que, seule, la maternité est certaine. Tout cela n'empêchera pas, selon M. Naquet, la famille naturelle, la famille d'affection, de subsister. « Ce sera affaire d'espèces à laquelle la santé morale des individus et du corps social cessera d'être intéressée... Tels époux s'aimeront d'un amour fidèle et suivront leurs enfants dans la vie. Tels autres se laisseront aller à des relations passagères. Cela dépendra de leurs penchants et du plus ou moins de bonheur de leur premier choix. » Car l'organisation communiste « mettra l'amour en liberté » ! La société n'interviendra plus dans les unions des sexes, même dans un but de simple enregistrement.

Ce sera donc l'union libre absolument complète.

M. Alfred Naquet ayant exposé le système qu'il voudrait faire prévaloir, consacre tout le reste de son livre — la partie de beaucoup la plus importante comme volume, — à faire le panégyrique du divorce, et à en réclamer l'élargissement. Nous avons déjà discuté cette question ; nous ferons cependant observer ceci : M. Naquet avoue lui-même que c'est par le divorce de plus en plus large que l'on arrivera à l'union libre. Cet aveu nous est précieux, car il justi-

fié notre répugnance à admettre le divorce trop facile : nous désirons qu'on l'élargisse, de façon à ce que tout individu véritablement « lésé » puisse sortir d'une union malheureuse, mais nous voulons maintenir le principe de l'intervention du tribunal, — nous dirons ultérieurement comment nous en expliquons juridiquement la nécessité ; — il faut, en effet, être logique avec soi-même, et si l'on refuse d'admettre l'union libre, refuser d'admettre ce qui y conduit fatalement et rationnellement, le divorce libre.

Et la preuve en est que M. Naquet, en attendant l'instauration de la société communiste qu'il rêve, seule capable, à son sens, de permettre l'établissement de l'amour complètement libre, réclame la réduction au minimum des formalités qui accompagnent l'association de l'homme et de la femme, tant pour sa formation que pour sa dissolution, et « ne verrait guère qu'une différence philosophique entre le mariage corrigé par le divorce ainsi compris, et l'union dite libre telle que notre milieu social la comporte. »

Accepter le divorce « *ad nutum* », sans l'intervention du tribunal, c'est donc faire le premier pas vers l'union libre ; c'est pourquoi nous ne pouvons pas l'admettre.

Tandis que des ouvrages spéciaux (1) préconisaient ainsi l'adoption de l'union libre, et prédisaient la marche inéluctable vers cet idéal, le roman, le théâtre, des articles de presse menaient la même campagne avec une activité et une ténacité infatigables, cherchant à créer une atmosphère favorable, et y réussissant dans une certaine mesure.

Comme pour les ouvrages de polémique, ce fut d'abord en faveur de l'élargissement du divorce que l'on battailla (2).

« *Les Tenailles* », de M. Paul Hervieu, en 1895, posaient vigoureusement la question, sur la scène de la Comédie-Française. De nombreuses pièces de valeur variée suivirent. La plus récente est celle de MM. Gustave Guiches et J.-B. Gheusi, « *Chacun sa vie.* »

Cependant, dans la presse on menait le même combat. Ce furent surtout MM. Paul et Victor Margueritte qui, ayant commencé dès 1899 à demander à juste titre la protection des salaires pour la femme mariée et l'établissement de la recherche de la pa-

(1) Signalons encore *La faillite du mariage et l'union future* de M. J.-Joseph Renaud, qui veut remplacer le « mariage-devoir » par le « mariage-plaisir », résoluble à volonté, bien entendu.

(2) Avant 1884, déjà, on avait fait au théâtre une campagne en faveur du rétablissement du divorce avec *Vive le divorce !* de Laurencin (1883), *Madame Caverlet*, d'Emile Augier, etc... — Dumas fils y prit part avec sa *Lettre à M. Cu villier-Fleury*, la *Question du divorce*, et la *Lettre à M. Naquet*, etc... Mais son opinion ne fut pas stable en cette matière.

ternité, continuèrent en 1900 leur campagne en réclamant l'introduction du divorce par consentement mutuel et même par la volonté d'un seul.

Vers la même époque, le journal « *La Presse* » ouvrit une enquête sur la question (1), et des écrivains et des hommes politiques éminents se déclarèrent pour l'élargissement du divorce. En même temps, les grands quotidiens publièrent des articles de fond, signés de noms notoires, discutant ce sujet. La presse conservatrice chercha vainement à endiguer ce courant ; de même M. Louis Legrand, dans un mémoire lu en 1902 à l'Académie des Sciences morales et politiques ; puis, plus tard, M. Georges Fonsegrive avec son ouvrage : « *Mariage et Union libre* ».

Le roman à son tour entra en lice, avec « *Les deux Vies* », des frères Margueritte, œuvre portée plus tard à la scène sous le titre « *Le Cœur et la Loi*. »

M. Paul Bourget tenta de réagir avec son roman « *Un divorce* », mis à la scène sous le même titre ; mais au théâtre il se produisit un fait curieux : ce furent les arguments en faveur du divorce qui furent applaudis, alors que ceux adoptés par l'auteur, à l'encontre des premiers, ne furent point admis par

(1) *La Revue* en fit une également.

les spectateurs. Il n'y avait donc plus à lutter ; le public était conquis à la thèse nouvelle. Enfin le Comité de réforme du Mariage, créé par M^e Henri Coulon, pensant traduire le sentiment général, inscrivit dans son projet le divorce extrêmement élargi.

On ne s'arrêta pas là. L'idée du divorce libre ayant pénétré les masses, il fallait aller plus loin encore. Une nouvelle campagne, en faveur de l'union libre cette fois, commença,— nous devrions dire commence, car à l'heure où ce livre paraîtra, il est à présumer que de nouvelles pièces, de nouveaux ouvrages auront surgi pour prôner l'Idée Nouvelle.

Nous avons analysé déjà les œuvres de MM. Blum et Naquet. L' « *Evolution du Mariage* », de M. Paul Abram, obéit aux mêmes tendances, bien qu'il veuille conserver le mariage, mais en tant que simple contrat privé, soustrait à l'intervention de l'Etat aussi bien pour sa conclusion que pour sa résolution, laissée à l'entière discrétion des époux. Nous aurons l'occasion de revenir sur cet intéressant ouvrage.

Parmi les romans, citons, parce qu'elle émane d'une femme, l'œuvre virulente et passionnée de M^{lle} Harlor, « *Le Triomphe des Vaincus*, » violent plaider en faveur de l'union libre (1).

(1) Dans le même sens, « *Sibylle mère* », par M^{me} Rénée d'Ulmès. En revanche, M. Edouard Rod, dans un impartial et vigoureux roman, *Les Unis*, montre avec beaucoup de maîtrise le degré d'anarchie sociale où nous conduirait l'union libre ; il montre

Enfin, au théâtre, la pièce la plus remarquée fut « *Le Lys* », de MM. Pierre Wolff et Gaston Leroux, qui posèrent résolument la question, et aux applaudissements enthousiastes du public, adoptèrent la thèse de l'amour libre (1).

Nous nous permettrons ici une courte observation; nous estimons éminemment faux et dangereux le mode de discussion par des pièces et des romans. La plupart du temps, les auteurs créent des situations favorables à leur thèse, — situations dont on pourrait d'ailleurs fréquemment sortir par une tangente, — rendent sympathiques tels personnages et antipathiques tels autres pour les besoins de la cause qu'ils défendent, s'adressent, en un mot, à la sensibilité du lecteur ou du spectateur au lieu de faire ap-

notamment quelles victimes deviendraient sous ce régime les femmes et les enfants.

(1) Voir aussi les pièces suivantes : *La Sacrifiée*, de M. Gaston Devore, *L'Oreille fendue*, de M. Népoty, et enfin *Oiseaux de passage*, de MM. Maurice Donnay et Lucien Descaves. — Quelques années auparavant, M. Marcel Prévost, dans une pièce représentée au Théâtre Français et intitulée *La plus Faible*, avait déjà abordé la question de l'union libre, mais avait conclu dans un sens différent : « quand l'homme a trouvé sa compagne, qu'avec elle il s'est créé un foyer, il n'a pas le droit d'accepter qu'elle assume les devoirs de l'épouse et ne soit pas l'épouse. Le monde s'insurge contre de telles abnégations : il juge dangereux pour l'ordre que la vertu conjugale fleurisse hors du mariage régulier. Aucune théorie ne permet à l'homme de faire de sa compagne, parmi toutes ces faibles que sont les femmes dans la société moderne, la plus désarmée, la plus faible. »

pel à sa raison. C'est pourquoi nous préférons la discussion claire et franche, où l'on argumente avec des raisons précises : l'autre mode convient bien sous un régime de tyrannie, où par prudence on parle par paraboles, mais semble suranné sous un régime de libre discussion... tout au moins ne peut-il prétendre qu'à une très relative prise en considération. Malheureusement c'est ce dernier mode qui porte le mieux sur les masses.

Cette observation peut s'appliquer, mieux qu'à toute autre, à la pièce de MM. Wolff et Leroux. A la vérité, elle fut accueillie avec enthousiasme. Voici comment débutait le compte rendu qu'en fit M. Adolphe Brisson, l'éminent critique dramatique du journal « *Le Temps* » (1) : « Le très grand succès qu'a remporté « *Le Lys* » de MM. Pierre Wolff et Gaston Leroux est symptomatique ; il caractérise l'évolution qui se poursuit dans l'état d'âme d'une partie du public. Je me hâte d'ajouter que les qualités théâtrales de cette pièce émouvante, fortement construite, expliquent et justifient l'accueil chaleureux des spectateurs. Mais enfin ils ne l'eussent pas acclamée avec tant d'enthousiasme, si elle n'avait flatté leur passion, soutenu une thèse qui leur est chère. Visiblement, l'idée émise par les auteurs éveillait

(1) Numéro du 21 décembre 1908.

leur sympathie ; en faisant fête au talent de ces avocats habiles, ce n'est pas seulement la forme de leur plaidoyer qu'ils applaudissaient, c'en était le fond, la substance. Ils avaient l'air de prendre parti pour quelque chose contre une autre chose... »

En deux mots, voici la trame. Christiane, la fille du comte de Magny, gentilhomme ruiné par de folles dépenses, aime son voisin, le peintre Arnaud, et elle en est aimée. Gérard, le frère de Christiane, va se marier avec une jeune personne aussi laide et sotte que riche ; Odette, leur sœur aînée, languit, à trente-cinq ans, dans un célibat déprimant, n'ayant pu se marier faute de dot. Christiane n'a que vingt-cinq ans, mais elle est menacée du même sort que son aînée, car le peintre Arnaud ne peut l'épouser : il est marié, et sa femme, d'avec laquelle il vit séparé, ne veut pas consentir au divorce. Il avoue loyalement cette situation à Christiane, en qui cet aveu produit un atroce déchirement : ses rêves de bonheur s'écroulent lamentablement. Mais comme elle aime passionnément, elle se donne... M. Darcey, le riche manufacturier dont Gérard doit épouser la fille, instruit par la médisance publique, apprend la conduite de Christiane, et rompt, sans dire pourquoi, le mariage convenu. Gérard de Magny obtient une explication de M. Darcey, et apprend les rumeurs qui courent sur sa sœur.

Les auteurs nous ont rendu Gérard antipathique à souhait, en ont fait un « arriviste hypocrite et brutal, et afin de mieux souligner son ignominie morale, ils ont fait de Simone Darcey, l'héritière dont il convoite la dot, une stupide créature, incapable d'exciter l'amour... Le père est un vieux libertin sec et sans âme » (1). Père et fils sollicitent une explication de Christiane, qui d'abord nie, puis s'embarrasse dans ses réponses et enfin proclame audacieusement : « Eh bien, oui, j'ai un amant ! » et elle exprime son droit de se donner à qui elle aime. « Elle flagelle la cupidité de son frère, elle s'insurge contre le préjugé barbare et suranné qui veut qu'une famille soit déshonorée parce qu'une fille, en âge d'aimer, a écouté la voix de la nature. Elle avait à choisir entre le célibat et le don d'elle-même. Son choix est fait ; elle s'en glorifie : — Je n'avais que mon amour ; il m'a suffi ; je me suis donnée pour rien... — Cette impétueuse profession de foi a soulevé les transports de l'auditoire ; mais ce fut du délire quand des lèvres d'Odette, livide et convulsée, jaillit ce cri : — Elle a raison !.... Regardez-moi, poursuit-elle ; je ne suis plus jeune. C'est mon désespoir qui parle. — Et se tournant vers son père stupéfait : — Votre honneur nous tue. Il n'a réussi qu'à faire de moi une femme pure et désespérée... Va,

(1) M. Adolphe Brisson, dans le *Temps*, loc. cit.

Christiane, va vers la vie, vers l'amour... J'ai payé ta rançon ! — L'effet de cette scène a été prodigieux... » (1). Et Christiane part avec Arnaud en Italie. Odette va à sa recherche, la joint, mais s'étant cachée derrière un arbre, elle voit l'ivresse du bonheur de Christiane, n'a pas le courage de l'en tirer, et part en pleurant désespérément... Il est impossible de rendre l'émotion intense qui se dégage de ce chef d'œuvre — le mot n'est pas trop fort. Mais que d'objections contre la thèse qu'il défend.

« Les furieux applaudissements qui ont salué ce dénouement, — dit M. Adolphe Brisson, — en disent long sur la mentalité actuelle du public... Les spectateurs (du moins ceux de la répétition générale)... l'approuvent. Ils approuvent le dessein des auteurs, le but avoué de leur croisade, leurs théories destructrices. Cette comédie sentimentale est un bélier lancé à toute volée contre les murailles de l'ancienne morale traditionnelle... » Mais il faudrait citer tout entière la magistrale critique de M. Ad. Brisson. Plus loin, il souligne le caractère de chaque personnage, d'une part le comte de Magny et son fils, de l'autre, « Odette, une victime, Christiane, une loyale créature, Arnaud, un parfait galant homme esclave de la foi jurée... D'un côté, tout le vice, de l'autre toute la

(1) M. Adolphe Brisson, *loc. cit.*

vertu. C'est fort bien. Mais généralisez l'anecdote ; supposez une opposition moins arbitraire ; supposez des types d'humanité moyenne, ni tout à fait méchants, ni tout à fait bons ; supposez qu'Arnaud soit un homme léger, inconstant, ... et qu'ayant détourné Christiane, l'ayant rendue mère, il s'évade, et que Christiane, abandonnée, tombe dans l'infortune ou le désordre (1) (2)... J'entends la réponse des nihilistes... La société est mal faite, la société de demain substituera l'union libre au mariage, le droit au bonheur ou au plaisir (les deux se confondent) à l'antique notion du sacrifice et du devoir ; elle prescrira l'obéissance aux impulsions de l'instinct, et ne mettra

(1) Les auteurs du *Lys*, à notre sens, ne parviennent à prouver que deux choses :

1° Que le divorce doit être accordé sans difficulté à tout époux qui peut justifier qu'il vit totalement séparé de fait d'avec son conjoint depuis un temps à déterminer, sans aucun espoir de rapprochement ;

2° Que dans certaines circonstances l'union libre est une solution à certaines situations exceptionnelles et que de toute façon l'on doit respecter la femme qui s'est donnée librement à un homme, sans esprit de lucre, et quand elle se conduit honnêtement, à l'égal de toute autre... il y a longtemps que Victor Hugo a dit déjà : « N'insultez jamais une femme qui tombe ! » — Mais *Le Lys* ne prouve pas que, dans la grande majorité des cas, le mariage ne soit pas la consécration logique de l'union de deux êtres désireux de vivre ensemble et de créer une famille.

(2) M. Léon Thévenin, dans un roman intitulé *Le Libérateur*, a montré les amours d'une jeune fille qui a voulu vivre librement se terminant par une catastrophe. A son roman comme à la pièce critiquée au texte, on peut faire le reproche fait antérieurement en bloc à la littérature et au théâtre.

point d'obstacle à l'assouvissement immédiat et brutal des appétits... Tel est l'idéal vers lequel s'achemine avec allégresse le peuple le plus civilisé du monde. Ce mouvement est fort curieux. Il sera tôt ou tard suivi d'une réaction inévitable. Nul groupement social ne saurait subsister sans un faisceau de lois régulatrices, protectrices, ni durer sans discipline... » (1).

Le romantique et enthousiaste et généreux Catulle Mendès, au contraire, exaltait passionnément, dans « *Le Journal* », la thèse des auteurs : «... Et si vous n'êtes pas de l'avis de MM. P. Wolff et G. Leroux, allez dire : vous avez tort, aux furieux hymens des bêtes dans les antres, et aux nids des petits oiseaux, et aux accouplements mystérieux, à travers les vents, des plantes amoureuses, et aux rêves des adolescents qui s'accouident à la fenêtre, etc... » (2). Et plus loin : « L'amour, c'est l'éternelle loi, l'unique devoir ! »... Mais Catulle Mendès fut un poète... et il oublia que les petits oiseaux, dans les nids, sont mariés autant que peuvent l'être des oiseaux, car certains vivent ensemble plusieurs saisons et tous élèvent ensemble leurs petits... (3).

(1) M. Ad. Brisson, *loc. cit.*

(2) *Le Journal* du 19 décembre 1908.

(3) M. Cunisset-Carnot, dans une de ces charmantes causeries sur des questions rurales dont il a le secret, écrivait, dans *Le Temps* du 27 avril 1909 : « Et quelles vertus privées, quelle cons-

Enfin, pour en terminer avec cette pièce, citons ces autres observations — qui sont des arguments — de M. Ad. Brisson (1)... « Pas de famille, pas de foyer, pas de groupement social possible. Tout homme civilisé répugne à cette combinaison... Et puis il y a la question de l'enfant... Le public ne demeure pas indifférent au sort du petit être, né d'amours aventureuses, et jeté sans soutien, sans conseils, aux orages de la vie. Il songe que la soif du plaisir immédiat devient criminelle, si elle s'affranchit des plus impérieuses obligations. Il se dit enfin que l'identité entre les sexes est un mythe, que la femme peut être proclamée intellectuellement, socialement l'égale de l'homme, mais que la nature — l'infailible nature — la plie à des servitudes dont l'homme est exempt.

tance inébranlable dans l'affection conjugale ! Prenez un couple d'hirondelles, marquez-le d'un léger fil de soie aux pattes ; tant que les deux oiseaux vivront, que quelque bourreau inconscient ne les aura pas détruits, vous les verrez revenir ensemble à votre fenêtre, unis dans une fidélité que rien ne saurait atteindre. Leur union est touchante, ils sont toujours d'accord ; jamais une querelle, jamais un malentendu. Ils dorment côte à côte dans le nid quand il est encore vide, à proximité quand il est habité. Aux premières lueurs du jour, ils s'éveillent, sortent de dessous l'aile la petite tête encore ensommeillée, et avant de commencer leur travail quotidien, se mettent gentiment à causer... Le soir, ils rentrent exténués, se posent dans le nid ou tout auprès, causent encore un instant, se caressent du bec, passent doucement leur cou à tour de rôle sur celui du voisin, mettent la tête sous l'aile et s'endorment paisiblement... » — Quel exemple pour bien des couples d'humains !

(1) *Le Temps* du 4 janvier 1909.

Toutes les lois, tous les raisonnements ne feront point que l'acte rapide qui assure la paternité soit assimilable aux lourdes charges qui accompagnent la maternité, et que le caprice de la femme n'ait d'autre conséquence que le libertinage de l'homme... La vision de la vierge — mère future — passant de mains en mains et semant sur sa route des petits, issus d'une étreinte furtive, nous est injurieuse... Si c'est là un préjugé, il n'est pas encore près de périr. »

*
* *

Enfin, dans les faits, s'accuse l'influence des idées nouvelles. L'augmentation des unions irrégulières est constante, il est facile de le constater par la proportion croissante des enfants naturels, dont le nombre est à Paris du tiers de celui des enfants légitimes. Des couples hardis ne craignent pas d'envoyer à leurs amis des lettres de faire-part annonçant leur « *union libre* ». Les coopératives ouvrières font bénéficier les « *compagnes* » de leurs adhérents des mêmes avantages que leurs femmes légitimes (1).

*
**

Dans cette campagne, l'étranger ne restait pas

(1) Que l'on nous comprenne bien, nous ne blâmons en aucune façon les sociétés ouvrières de cet acte humain. Nous souhaiterions voir légaliser ces unions, voilà tout, dans l'intérêt particulier de chaque famille et dans l'intérêt social, nous ne voudrions pas les voir se généraliser, mais nous approuvons pleinement l'aide apportée à la « *compagne* » de l'ouvrier et de tout autre homme.

inactif. En Belgique, notamment, parut, en 1902, un livre intitulé « *L'immoralité du mariage* », de M. René Ghaughi. D'autre part, à une séance de la Chambre des Représentants, le 28 avril 1909,—lors de la discussion de la proposition de loi du leader catholique, M. Woeste, qui permet aux prêtres, sous réserve de certaines conditions, de consacrer le mariage religieux avant le mariage civil si un agonisant le demande, proposition maladroite et dangereuse (bien que le mariage religieux « *in extremis* » ne comporte aucune conséquence civile), et qui fut cependant votée par la majorité catholique de la Chambre,—au cours de la discussion, le député Reyer, au nom du groupe socialiste, expliqua l'abstention de ce groupe par ce motif que, « respectueux des unions libres, qui sont souvent parmi les plus heureuses, les plus dignes et les plus belles, il ne peut trouver un inconvénient à ce que deux êtres qui se sont précédemment unis ou qui veulent s'unir, célèbrent n'importe quelles cérémonies pourvu qu'elles ne gênent pas des tiers. »

En Angleterre même, l'idée nouvelle dut faire des adeptes (1), puisqu'un écrivain de talent, M. Frankfort Moore, jugea à propos d'écrire un intéressant roman, « *The Marriage Lease* », dans lequel il s'at-

(1) L'auteur de « *L'aurore de la civilisation* », — volume déjà cité et publié à Paris, — M. J.-C. Spence, est un Anglais.

tacha à réfuter la théorie du « *Mariage à terme* » ou « *Bail matrimonial* », imaginé par le prestigieux romancier anglais George Meredith (1-2).

Dans les pays du Nord, on peut constater un mouvement analogue. En Danemark, notamment, on est extrêmement partisan de l'union libre. Nous avons entendu des bruits tout à fait extraordinaires touchant les pays scandinaves. Aussi avons-nous tenu à nous renseigner auprès d'une personne digne de foi, de race danoise, et voici ce qu'il nous a été répondu : « Une jeune fille de la bourgeoisie, qui faisait ses études, devint amoureuse d'un de ses camarades d'études. Les parents s'opposèrent aux fiançailles ; mais cependant le jeune homme fut présenté à tous les membres de la famille comme « *l'ami* » de la jeune

(1) Dans « *Le Couple Invincible* » (roman, Paris, 1909), M. Louis Lefebvre également combattit l'idée du mariage à temps.

(2) A un congrès de femmes russes, tenu en décembre 1908 à Saint-Petersbourg, un vœu a été déposé, paraît-il, en faveur du « *mariage expérimental* ». — Il convient de rapprocher de cette idée les curieuses mœurs de certaines campagnes hollandaises : les fiancés « *s'essayent* » avant le mariage, et celui-ci n'a lieu que quand la jeune fille est grosse, afin que l'on ait la certitude que l'union ne restera pas stérile — car ne pas avoir d'enfants est considéré comme une calamité pour un ménage. Si après un temps d'essai raisonnable il n'y a pas de trace de maternité prochaine, les « *fiancés* » rompent leurs relations et recommencent l'essai avec un nouveau partenaire. — Le jeune homme qui abandonnerait sa fiancée enceinte serait déshonoré et devrait quitter le pays, où la vie lui serait impossible ; ce fait se produit très rarement.

filles. Ils voyagèrent tous deux seuls à l'étranger sans que les parents y fissent opposition. Voici un autre exemple : Un jeune étudiant appartenant à une famille aisée, avait depuis plusieurs années une maîtresse, jeune fille de bonne famille. Tous les étés celle-ci allait passer quelques mois dans la famille du jeune homme ; ils voyagent ensemble et tout le monde sait fort bien quelle est la nature de leurs relations, et que jamais le mariage n'en sera l'aboutissement. *Les exemples cités sont choisis entre mille.* Cependant *tout le monde n'est pas ainsi.* Mais l'idée dominante ici est que les fiancés doivent le plus souvent possible être laissés seuls, afin qu'ils apprennent à se connaître... Je ne sais au juste comment cela se passe en Suède et en Norvège, mais je crois que les mœurs y sont *aussi libres qu'ici*. Il vient de paraître un ouvrage qui a fait beaucoup de bruit ; il est intitulé « *Morale sexuelle et bonheur de la vie* », de F. Möller. La traduction en existe, je crois, en allemand ; le même auteur avait écrit auparavant un livre intitulé : « *Mon système* »... »

D'autre part, nous avons cité déjà le livre de M^{me} Ellen Key, une Suédoise : « *De l'amour et du mariage.* » Tout le monde, en outre, sait avec quelle âpreté les héroïnes d'Ibsen réclament le droit de « *vivre leur vie* » ! (1)

(1) Nora, dans *Maison de Poupée*, quitte son mari en lui disant :

En Allemagne, enfin, une partie de l'opinion publique commence à considérer l'union libre comme l'union de l'avenir.

On se trouve donc nettement en face d'un mouvement d'idées fort puissant, et non de tentatives isolées.

C'est pourquoi il importe d'en examiner le bien fondé, et de se rendre compte si l'union libre sera vraiment la panacée universelle qui régènera la société.

Nous avons déjà donné notre opinion ; nous allons nous efforcer maintenant de la justifier, de démontrer pourquoi l'union libre serait un remède pire que le mal qu'elle prétend guérir, et pourquoi nous estimons qu'elle n'est pas le mode d'union de l'avenir.

§ II. — Réfutation de la thèse de l'union libre.

Nous avons réfuté, en partie déjà, les théories des partisans de l'union libre. Mais il nous reste à présenter les arguments généraux qui se dressent contre cette doctrine.

« Avant tout je suis un être humain au même titre que toi... ou au moins je dois essayer de le devenir... J'ai des devoirs tout aussi sacrés que ceux d'épouse et de mère, mes devoirs envers moi-même. » — Mentionnons encore la Russie, où une partie de la secte des « *vieux croyants* » répudie le mariage et vit dans la promiscuité (V. Glasson, *op. cit.*). Les révolutionnaires russes sont partisans de l'union libre.

En fin de compte, l'argument le plus généralement fourni par ses partisans se résume en ceci : conformément à la Déclaration des Droits de l'Homme de 1793, article 18, « la personne n'est pas une propriété aliénable ». En conséquence, chacun doit avoir le droit imprescriptible de disposer de sa personne à tout instant de sa vie, sans être retenu dans les chaînes d'une union dont on ne peut sortir à volonté. (C'est là le principe général sur lequel on s'appuie tant pour demander le divorce par la volonté d'un seul que pour proposer l'établissement de l'union libre).

Le libre consentement, requis au jour du mariage, doit exister tous les jours de la vie. Dès que l'un des deux époux ne consent plus, le mariage est ravalé à quelque chose d'immoral, il y a, selon l'expression de M. Acolas, viol légal. Rien ne doit entraver la liberté de l'amour, elle seule magnifie l'union physique de deux êtres.

Or, l'amour, dans la nature, est libre. Et l'on doit suivre aveuglément la nature ; ce qui est naturel ne peut être immoral. « Aucune loi ne peut empêcher un être de vivre selon les lois impérieuses et sacrées de la nature » (1). Or il est antinaturel de contraindre un être à vivre avec un autre alors qu'il ne l'aime plus,

(1) P. et V. Margueritte, *l'Elargissement du divorce*.

à cohabiter avec lui, à être lié à lui de façon à ne pouvoir s'en séparer qu'après des difficultés de tout ordre, en supposant qu'il puisse jamais s'en séparer légalement. La liberté de l'individu doit être complète, absolue, comme celle de l'animal dans la nature.

— Examinons la valeur de ce raisonnement. Cette revendication conduit logiquement à admettre les faits les plus antisociaux, à excuser aussi bien les crimes contre les personnes que contre les biens.

Ferdinand Brunetière, en une page vigoureuse, a excellemment répondu à cet argument.

« En tout et partout, dans la morale, comme dans la science et comme dans l'art, — dit-il, — on a prétendu ramener l'homme à la nature, l'y mêler, ou l'y confondre, sans faire attention qu'en art, comme en science, et comme en morale, il n'est homme qu'autant qu'il se distingue, qu'il se sépare et qu'il s'excepte de la nature. En voulez-vous la preuve ? Il est *naturel* que la loi du plus fort et du plus habile règne souverainement dans le monde animal ; mais précisément cela n'est pas *humain*. Il est *naturel* que le chacal ou la hyène, que l'aigle ou le vautour, pressés par la faim, obéissent à l'impulsion de leur ventre ou de leur férocité — mais précisément cela n'est pas *humain*. Il est *naturel* que le « *roi du désert* », ou le « *sultan de la jungle* » promènent leurs fantaisies

amoureuses de femelle en femelle et disputent leurs plaisirs aux enfants de leur race ;— mais précisément cela n'est pas *humain*... Personne peut-être ne l'a mieux vu que ce Voltaire dont je ne craindrais pas de répéter, après tant d'autres, qu'il avait le regard si lucide quand la passion ne le travaillait pas, et le bon sens parfois si profond. C'est dans un de ses pamphlets de Ferney qu'il introduit un Anglais auquel il fait tenir ce langage : « Une abeille qui ne ferait ni miel ni cire, une hirondelle qui ne ferait pas son nid, une poule qui ne pondrait jamais, corrompraient leur loi naturelle, qui est leur instinct. Les hommes insociables corrompent l'instinct de la nature humaine... »

« Il serait temps, — ajoute M. Brunetière, — de comprendre que retourner à la nature, ce serait retourner à l'animalité. En voyez-vous la nécessité ? c'est-à-dire ne trouvez-vous pas qu'il y ait encore assez dans nos veines du sang de ce gorille dont on veut que nous soyons descendus ? Mais heureusement que tout en nous s'y oppose et nous l'interdit. Vivre dans le présent comme s'il n'existait pas, c'est-à-dire comme s'il n'était pas la continuation du passé et la préparation de l'avenir, voilà ce qui est *humain* ; et il n'y a rien de moins *naturel*. Par la justice et la pitié, compenser ce que la nature, imparfaitement vaincue, laisse encore subsister d'inégalité parmi les

hommes, voilà ce qui est *humain* ; et il n'y a rien de moins *naturel*. Bien loin de les relâcher, resserrer au contraire les liens du mariage et de la famille, sans lesquels il n'est pas plus possible à la société de vivre qu'à la vie même de s'organiser sans la cellule, voilà ce qui est *humain*, et il n'y a rien de moins *naturel*. Sans essayer de détruire les passions, leur apprendre à se modérer et au besoin les y obliger, voilà ce qui est *humain* ; et il n'y a rien de moins *naturel*. Et sur les ruines enfin du culte superstitieux et lâche de la force, établir, si nous le pouvons, la souveraineté de la justice, voilà ce qui est *humain* ; — et plus que jamais, voilà ce qui n'est pas *naturel* » (1).

Et l'on ne contestera sans doute point la logique de ce raisonnement, — réserve faite d'ailleurs de certaines appréciations trop canoniques.

Il est nécessaire, en fin de compte, de nous dire définitivement si l'on désire en arriver à la liberté sans frein d'aucune sorte, à l'anarchie complète, ou si l'on estime qu'il soit encore nécessaire d'avoir des lois régulatrices de l'ordre social et protectrices des faibles de toutes catégories. Dans le premier cas, que l'on décrète l'abolition du mariage, mais aussi

(1) A propos du *Disciple* ; *Revue des Deux-Mondes*, 1^{er} juillet 1889, p. 220 ; cit. par Fonsegrive, *Mariage et Union libre*.

celle de toutes les institutions surannées, telle que la police, la magistrature et le pouvoir législatif. Mais si l'on estime au contraire qu'il soit nécessaire d'endiguer les instincts désordonnés de l'être humain, de réprimer les excès des brutaux et des fous, de protéger les faibles contre les forts, de demeurer à la phase où nous sommes heureusement, *à peu près*, parvenus de la justice sociale substituée à la phase de la vengeance privée, de faire régner enfin la justice dans la mesure où celle-ci peut exister entre les hommes, alors il faut conserver le mariage, protecteur des faibles, mais en le modernisant, en le fortifiant par la réforme des mœurs et l'élargissement de l'institution, selon des modes que nous exposerons ultérieurement.

Tous les raisonnements des partisans de l'union libre n'empêcheront pas, en effet, — et nous ne craignons pas de nous répéter encore une fois à ce sujet, — qu'il doive résulter du rapprochement de l'homme et de la femme, normalement, logiquement, la création d'un être nouveau. On ne fera pas d'enfants, ou l'on n'en fera qu'à volonté, disent-ils ? Fort bien, mais alors que devient leur désir de se conformer aux lois de la nature ? (1) La nature, ils en vio-

(1) Il est bon de remarquer que lorsqu'on nie que la procréation soit la fin du rapprochement sexuel, et que l'on veut tout

lent la loi, lorsqu'ils prétendent, par des manœuvres frauduleuses, échapper à la conséquence de l'acte naturel, la procréation. Mais ici, cela est affaire entre eux et leur conscience, et il n'y a pas crime effectif. Où le crime commencerait, c'est s'ils poussaient plus à fond leur prétention, et enlevaient la vie à un être déjà conçu dans le sein de la femme (1) ; nous avons déjà dit pourquoi : si l'on peut accuser cette affirmation d'être un vestige des superstitions religieuses, on ne peut nier que les pratiques abortives ne soient nuisibles à la santé de la mère, et il y a là un crime patent.

Logiquement donc, et normalement, des enfants naîtront du rapprochement sexuel,—par accident, si l'on veut, mais il en naîtra.

Or l'enfant, une fois né, a des droits. Il a droit à l'affection, à la tendresse des deux collaborateurs qui ont contribué à lui donner la vie. Et il a droit à leur collaboration dans l'éducation, dans l'instruction, dans la formation de son être moral et intellectuel. Il tient de ses parents tout un complexe système physiologique et psychologique, inéluctable,

subordonner à la passion, en poussant la théorie à l'extrême on est amené à légitimer toutes les inversions sexuelles.

(1) Nous avons vu précédemment que certains écrivains, — M. J.-J. Renaud par exemple, — ne craignent pas de revendiquer le droit à l'avortement.

ineffaçable, irréparable (1). Il a droit aux soins des auteurs de ce système, pour en développer les qualités, pour en corriger les défauts, pour en enrayer dans la mesure du possible les influences néfastes, pour en soigner enfin les maladies — morales aussi bien que physiques, — s'il y a lieu.

Il a le droit de ne pas être confié à des mains étrangères, insouciantes du futur, irresponsables du passé, indifférentes au grand problème du développement d'une âme, préoccupées tout au plus de l'instruction civique et de l'éducation pratique.

Il a le droit d'exiger la protection continue et fidèle de son père (2) aussi bien que de sa mère : dans la nature, regardez, partisans de l'éducation

(1) « Quel miracle, l'hérédité, et quel insondable mystère ! Est-ce que les religions les plus idéalistes ont imaginé aucun symbole ou aucun mythe qui dépasse en intensité de prodige celui d'enclore toute la vie dans la cellule imperceptible ? Dans cet infiniment petit que les lentilles de cristal découvrent seules au fond du sang et qu'une poussée de nos artères charrie par millions, dans ce microcosme infime autant qu'immense, toutes les aptitudes d'un être, d'une famille, d'une race, blottissent leur avenir indélébile et incurable ! Toute une identité physique et spirituelle, toutes les forces latentes, le bien, le mal, et les diathèses, les capacités et les tares, les formes, les idées et le mouvement futur, tout est là en puissance et se réserve pour la vie qui va recommencer d'un individu dans un autre, avec un prédestin qui ne s'élude pas !... » Edmond Haraucourt.

(2) M. Victor Margueritte, dans un roman récent, *Le Talion*, a exprimé cette idée juste que la paternité véritable consiste au moins autant dans les soins matériels et moraux que dans le fait de l'acte bref et égoïste de la procréation.

unitaire et de l'étatisme intégral ! Vous y verrez la tigresse allaitant ses petits sous la protection du mâle vigilant. Quelle nature choisissez-vous donc pour en copier les modèles ? Est-ce celle du serpent déposant ses œufs au soleil et laissant à la chaleur de cet astre le soin de les faire éclore ?

« L'enfant a tous les droits », a dit, avec une certaine exagération d'ailleurs, le poète Laurent Tailhade, peu suspect de sentiments chrétiens.

« Quand on a infligé la vie à l'enfant, on est dans la situation d'un débiteur vis-à-vis d'un créancier » (Emile Fabre, dans « *La Maison d'Argile* », pièce).

Lorsqu'on a fait l'acte qui peut engendrer la vie, on doit donc être prêt à en subir les conséquences, en assumant les devoirs qui dérivent de la naissance de l'enfant. Et ces devoirs se prolongent pendant une moyenne de dix à quinze ans, selon les cas (1).

Normalement, donc, pendant cette période au moins, les parents devraient vivre ensemble. Mais pendant cette période, d'autres enfants seront peut-être nés, ce qui la prolongera d'une quantité égale ;

(1) M. Topinard évalue à treize ans, âge de la seconde dentition, le moment où l'enfant pourrait se suffire seul si nous vivions à l'état naturel ; il recule ce moment jusqu'à seize ou même vingt ans dans notre civilisation ; et il conclut de la même manière que nous. (*L'Anthropologie et la science sociale*, cit. par Fonsegrive, *op. cit.*). — Cf. *Encyclopédie* de 1765, v^o *Mariage*, où l'on trouvera des vues surprenantes de hardiesse pour l'époque.

pendant cette période, les intérêts auront été confondus, l'habitude sera venue. Pendant cette période enfin, l'un des époux pourra être devenu malade ou débile. Est-ce que cette lâcheté de l'abandon dans ce dernier cas sera légalisée par l'institution de l'union libre ?

Et a-t-on bien réfléchi à la situation qui serait faite à l'enfant au milieu de parents qui courraient sans cesse à de nouvelles amours — d'autant plus volontiers que la loi leur en donnerait la faculté, car si la législation est le produit d'un état moral, elle est aussi un facteur, selon la juste expression de M. George Fonsegrive, — amours peut-être quelquefois inspirées d'un état moral supérieur, mais combien de fois, hélas ! — amours dues le plus souvent à un désir de possession charnelle, — a-t-on bien réfléchi à la situation de ces malheureux enfants issus d'unions différentes, de deux, trois, quatre unions ou même davantage, — pourquoi pas ? — et élevés dans de telles conditions ? Ces pauvres êtres réclameraient bien vite un peu plus de tendresse véritable et de sollicitude paternelle et maternelle *à la fois*, — les deux se complètent et forment pour ainsi dire un tout harmonieux, — et un peu moins d'amour spéculatif !

Il y a d'ailleurs un large tempérament à ces obligations diverses, parce que nulle règle ne doit être inflexible : c'est l'institution du divorce. Lorsque les

époux se seront trompés dans leur choix, quand il y aura chez l'un d'eux révélation de défauts ou de vices d'abord cachés, quand l'un d'eux aura commis une faute grave, le lien sera rompu avec le consentement de la loi, qui, étant instituée pour sanctionner les devoirs indispensables à remplir dans toute société organisée, aura sanctionné le mariage au moment de sa formation.

M. Planiol, en une formule lapidaire, a ainsi fixé la raison d'être du mariage : « Le motif impérieux du mariage se trouve dans les *devoirs communs* des parents envers les enfants : l'union prolongée des père et mère n'est que le moyen de remplir ces devoirs. C'est la faiblesse de l'enfant, que la mère est impuissante à protéger seule, qui a imposé à l'homme cette union perpétuelle » (1). Et plus loin : « La production de générations nouvelles, — et je n'entends pas seulement par là la procréation des enfants, mais leur protection et leur éducation, — telle est la véritable raison d'être du mariage. — Ce qui trompe ceux qui soutiennent le contraire, c'est que le mariage a lieu quelquefois à un moment où la procréation des enfants n'est plus possible ; on ne lui voit plus alors d'autre but que la vie commune. Mais ce fait est trop exceptionnel pour altérer le caractère normal du ma-

(1) Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome III, p. 4, 1^{re} édition.

riage. Il arrive fréquemment qu'une institution juridique, établie dans un but déterminé, trouve ensuite dans la pratique d'autres utilités secondaires en vue desquelles elle n'a pas été faite. D'ailleurs la vie commune elle-même peut être impossible, par exemple dans les mariages « *in extremis* » : quand un mariage a lieu dans ces conditions, ce n'est ni pour vivre ensemble, ni pour avoir des enfants qu'on se marie, puisque l'un des conjoints va mourir. Le mariage ne conserve plus d'utilité que pour légitimer des enfants déjà nés, ou pour donner le titre d'épouse à une concubine ou à une fiancée. La réalisation du moindre des effets du mariage suffit pour le motiver dans des cas exceptionnels, mais non pas pour donner théoriquement la raison d'être décisive de cette institution, son but social.— Au fond, le mariage n'est pas autre chose que l'union sexuelle de l'homme et de la femme, élevée à la dignité de contrat par la loi et de sacrement par la religion, parce que ceux qui réclament le titre d'époux comprennent toute la portée de leur union et en acceptent toutes les conséquences et tous les devoirs. »

C'est pourquoi, fait observer M. Planiol, le droit canonique, plus rapproché que nos lois modernes des origines historiques de l'institution, a toujours tenu pour maxime que la consommation du mariage, ou

« *copula carnalis* », était de son essence : un mariage non suivi de consommation était nul.

La raison d'être du mariage ainsi déterminée, — et admise implicitement, oserons-nous dire, par les anthropoïdes lorsqu'ils demeurent avec leur femelle et leurs petits pendant une ou plusieurs saisons, ainsi que nous l'avons vu dans notre premier chapitre, — cette raison d'être est tirée de la nature même des choses, et toutes les théories artificielles ne parviendront pas à la dénaturer. Là où les doctrines du christianisme spiritualiste ont dû s'incliner devant le fait naturel, les systèmes philosophiques ne changeront sans doute jamais rien !

C'est pourquoi les partisans de l'union libre n'ont pu qu'émettre des apophtegmes séduisants de prime abord, mais dénués de toute valeur positive.

— Après la question des enfants, qui est la plus importante, — et celle précisément dont les partisans de l'union libre se préoccupent le moins, celle qu'ils tranchent dans de courts chapitres à la fin de leurs volumes, plutôt par souci de répondre à un argument que de réfuter sérieusement une objection capitale, — la seconde objection est la jalousie sexuelle rétrospective, que nous avons déjà développée à propos du livre de Léon Blum. Encore devons-nous remarquer que la jalousie « *actuelle* » serait d'autant plus vive que l'on sentirait la possibilité légale de

changer à volonté de conjoint, et par suite on grossirait les menus incidents, auxquels on n'attache aujourd'hui qu'une importance de second ordre.

— Enfin une troisième objection capitale, dont nous avons déjà touché mot, est la démoralisation complète que produirait l'union libre. Ses partisans veulent tout subordonner à la passion. Qu'ils prennent garde ! Leur théorie est anti-sociale au premier chef. Elle sape dans ses fondements l'organisation sociale tout entière. Elle aboutit à un individualisme forcené qui, par la suite, pourrait devenir féroce !

« Si l'amour ne doit être qu'une suite d'essais, il reste toujours l'amour, mais, comme Icare, il perd ses ailes », a écrit M. Jules Claretie.

Prenez garde, prophètes des temps nouveaux, de ravalier l'amour au rang de l'animalité, bien loin de l'exalter, comme vous en avez la prétention.

L'institution de l'union libre aboutirait à la licence la plus éhontée, à une corruption complète. En effet, il est manifeste que la faculté de donner libre cours à ses passions amènerait une formidable crise de la moralité publique — et il n'y a nul besoin de cela, on en conviendra ! Chaque émotion ressentie par un homme ou une femme vivant à l'état d'union libre risquerait, l'imagination aidant, d'être prise pour un amour véritable ; « il suffirait que chacun (des époux) se voulût bien pour que ces émois légers et superfi-

ciels aboutissent au grand tralala de la passion, » selon la juste expression de M. Fonsegrive, qui, abstraction faite de ses préjugés religieux, raisonne de façon fort lucide. Tandis que ces troubles légers, lorsqu'on se surveille, lorsqu'on a la volonté de les chasser, au lieu du désir de les cultiver, se résolvent en menues impressions accidentelles. « Un psychologue attentif et fin vient de montrer récemment que l'on peut, quand on le veut bien, ou se donner des passions ou s'en rendre maître » (1).

Il convient d'ailleurs de remarquer que ce sont généralement les mêmes personnes qui ne peuvent s'accommoder d'aucune union : l'expérience prouve que ce sont presque toujours les mêmes femmes qui changent d'homme, et les mêmes hommes qui changent de femme. Ceux-là ne constituent pas, heureusement, la majorité. Mais les théories nouvelles, en encoura-

(1) Fonsegrive, citant Mélinand, « *La psychologie de la passion* » la « *Revue* », 15 novembre 1902.

Citons encore ce passage de Durckheim : « Le mariage règle toute cette vie passionnelle, et le mariage monogame plus étroitement que tout autre, car, en obligeant l'homme à ne s'attacher qu'à une seule femme, toujours la même, il assigne au besoin d'aimer un objet rigoureusement défini et ferme l'horizon. C'est cette détermination qui fait l'état d'équilibre moral dont bénéficie l'époux. Parce qu'il ne peut, sans manquer à ses devoirs, chercher d'autres satisfactions que celles qui lui sont ainsi permises, il y borne ses désirs. La salutaire discipline à laquelle il est soumis lui fait un devoir de trouver son bonheur dans sa condition et, par cela même, lui en fournit les moyens. »

geant ces changements, risqueraient d'en augmenter le nombre.

Aussi est-il néfaste de dire à l'homme : Donne libre cours à tes passions ! C'est à les canaliser lorsqu'elles sont normales, à les endiguer lorsqu'elles sont exagérées, qu'il faudrait travailler. Il n'y a nul besoin de les exciter, car on aboutirait ainsi à un tel état de choses qu'une réaction formidable ne manquerait pas d'amener une régression, d'autant plus forte que plus grande aurait été la licence (1).

— Enfin le régime de l'union libre augmenterait fatalement, — et par définition, si nous osons dire, — le nombre des célibataires, qui sont un danger dans la nation. Sans considérer même le point de vue de la diminution de la natalité qui résulte en partie du célibat, ils sont une des causes de la prostitution, et un motif de trouble pour les ménages. Il y a longtemps déjà que Montesquieu a dit, dans *« l'Esprit des lois »* : « C'est une règle tirée de la Nature, que plus on diminue le nombre des mariages qui pourraient se faire, plus on corrompt ceux qui sont faits : moins

(1) « La responsabilité du père vis-à-vis de l'enfant, le respect de l'époux pour l'épouse, tout ce qu'il y a de respectable et de sacré croulerait le jour où l'union libre régirait le monde. De quel œil un fils regarderait-il sa mère, s'il avait vu passer dans la maison des élus successifs ? La pudeur des jeunes filles, l'éducation donnée par les mères s'effondreraient en même temps. » (M^{me} Henry Gréville, cit. par Cesse de Tramar, *L'amour obligatoire*).

il y a de gens mariés, moins il y a de fidélité dans les mariages ; comme lorsqu'il y a plus de voleurs, il y a plus de vols. »

— Et puis, a-t-on réfléchi à l'état chaotique dans lequel seraient plongées les relations juridiques des membres de la famille sous le régime de l'union libre ? Comment seraient réglées les successions, les liquidations des communautés de fait qui ne manqueraient pas de s'établir, etc..., dans ces ménages successifs qui pourraient se former et se défaire dans des délais fort courts (1) ? Quel gâchis, quelle source de procès, de disputes, de crimes peut-être !

Il convient encore de mentionner le danger d'incestes entre frères et sœurs, s'il devenait de règle que la filiation ne soit pas établie des deux côtés. Or l'inceste répété serait une cause d'abâtardissement de la race.

— Enfin la théorie de l'union libre est destructrice de la famille. Or la famille est aussi nécessaire à la société que la cellule l'est à l'individu. Aussi est-il fort bizarre de voir les socialistes la saper avec ardeur : « Attaquer l'organisation de la famille au nom du collectivisme, — a écrit M. Noël Blache (2), — est

(1) « L'union libre aurait, par le manque absolu de moyens de preuve, des conséquences fort graves pour ceux-là même qui la concluraient, pour les tiers et surtout pour les enfants » (Abram, *op. cit.*).

(2) Cité par Abram, *op. cit.*

absolument déraisonnable, puisque c'est vouloir battre en brèche une société collectiviste restreinte mais idéale, par la théorie même du collectivisme... Cette société de l'homme et de la femme s'unissant pour supporter en commun les peines et les joies de la vie, n'en demeure pas moins le modèle de toutes les associations humaines. Le mariage civil avec le correctif nécessaire du divorce représente le fondement de cette association initiale. Vouloir remplacer le mariage civil par l'union libre n'est qu'un rêve triste et voluptueux... Que les enfants nés de l'union libre de deux êtres aient les mêmes droits que ceux nés en légitime mariage, cela ne se discute plus. Mais que la femme se garde de tomber dans le piège décevant de l'institution sociale de l'union libre. L'union libre aboutirait au harem national dans lequel le mâle collectiviste ne viendrait chercher qu'un exutoire à ses lassitudes sociales. »

Et en effet, qui profite de la protection du mariage? C'est non seulement l'enfant, mais c'est encore la plus faible, c'est-à-dire la femme. On pourra décréter l'égalité civile et politique de la femme et de l'homme, on n'aura pas modifié les conditions physiologiques qui font que la première est soumise à des lois infiniment plus dures que le second (1).

(1) Cf. Dr Toulouse, les *Leçons de la Vie*, au chap. III (« *Les sexes dans le travail et le mariage* »), plus spécialement p. 269 et s.

C'est la femme qui est protégée par le mariage. Elle ne peut subvenir à ses besoins, ainsi qu'à ceux de ses enfants, avec la même facilité que l'homme. Sa santé est moins vigoureuse ; elle vieillit plus vite ; — et s'il faut en croire l'opinion courante, il se lasse plus vite qu'elle dans ses relations amoureuses (1). Aussi est-ce elle qui a intérêt à voir protéger par la loi l'union qu'elle contracte avec « *le plus fort.* » C'est elle qui a intérêt à ce que la loi sanctionne les obligations qui dérivent des rapports sexuels régulièrement établis entre elle et l'homme (2) ; et cela est tellement vrai que l'on a dû en arriver (dans certains pays étrangers, si ce n'est encore fait en France), à sanctionner les obligations qui dérivent des rapports sexuels « *irrégulièrement* » établis entre eux — (nous entendons par là simplement des rapports établis sans le concours de préparatifs, d'entente préalable des familles et de cérémonies quelconques) —, par des lois sur la séduction, la recherche de la paternité, etc... (3).

(1) « Dans l'union libre, la rupture, libre, elle aussi, menacera la femme plus que l'homme, et cette menace la soumettra, plus durement que le code, à la loi du mâle » (Lapie, *op. cit.*).

(2) « Comment l'Etat laisserait-il sans surveillance les relations des deux sexes, alors que l'un paraît encore si souvent inférieur à l'autre ? » (*Ibidem*).

(3) Il est remarquable qu'au moment même où l'on réclame l'établissement de l'union libre, c'est-à-dire l'abolition de toute réglementation, la jurisprudence poursuit lentement une œuvre con-

Aussi est-il stupéfiant de constater que ce sont précisément des esprits se targuant d'être fort avancés, qui veulent diminuer les garanties offertes jusqu'ici aux femmes et aux enfants, alors que l'on propose d'autre part une série de mesures protectrices de ces catégories d'êtres faibles. Quelle belle œuvre on aura accomplie lorsqu'on aura fait de toutes les femmes des concubines, et de tous les enfants des enfants dits naturels ! On parle d'affranchissement, de libération ? mais ne craint-on pas de faire « des affranchies allant

traire, s'attachant, dans la limite des possibilités juridiques, à assurer aux enfants naturels *non reconnus* et à la concubine, une protection que la loi ne leur donne pas. Voir à ce sujet l'intéressant ouvrage de M. André Boyer, *Conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre*. On y trouvera rapportées de nombreuses espèces, qui prouvent que les tribunaux s'efforcent de reconnaître en équité des droits aux personnes indiquées, chaque fois qu'il est juridiquement possible de le faire. (Signalons seulement les espèces les plus récentes, en date des 17 juillet et 9 août 1909, tribunal de la Seine, relatées dans les numéros du *Journal* des 18 juillet et 10 août, sous la rubrique « *Chronique des Tribunaux* »). Ainsi c'est au moment où l'on tend à faire bénéficier les dites personnes des avantages dérivant du mariage, c'est au moment où, constatant ces tendances de la jurisprudence, M. A. Boyer a pu écrire : « Il serait équitable, humain et juste de reconnaître aux enfants naturels non reconnus mais pouvant justifier d'une possession d'état certaine, les mêmes droits que ceux que la loi accorde aux enfants naturels reconnus. Il est à souhaiter que cette injustice... soit réparée prochainement par le législateur », — c'est à ce moment que l'on propose de supprimer toute réglementation, toute sanction aux obligations dérivant de la paternité (V. *infra*, l'exposé des théories de M. Naquet). Il y a là une singulière méconnaissance des nécessités sociales !

au hasard, et d'essais en essais, tombant au ruisseau » (1) ?

A la vérité, le dernier rempart de la morale est aujourd'hui, comme de tout temps, la famille. C'est dans la famille que l'enfant puise le sentiment du devoir, de l'amour filial, de la délicatesse, de l'honnêteté ; c'est dans la famille que la femme puise le sentiment de la fidélité, de la tenue, du dévouement ; c'est dans la famille que l'homme puise le sentiment du devoir, de l'amour paternel, de la constance, de la pitié..... Croit-on qu'il y aurait encore place pour tous ces sentiments dans la ronde échevelée que danseraient les couples vivant à l'état d'union libre ? Le droit de « *vivre sa vie* », le droit au bonheur, le droit à l'amour, tout cela rendrait féroces les gens sans scrupules, et enlèverait leurs scrupules à ceux qui en ont encore.

Et que les partisans de ce nouveau régime ne crient pas à l'esprit arriéré ! Les sentiments énumérés sont sans doute devenus des fadaises, dans leur esprit tellement dénué de préjugés — ou de soi-di-

(1) Jules Claretie, *Le Temps* du 25 décembre 1908. — Les partisans de ce régime n'aperçoivent pas la contradiction qu'il y a pour eux à poursuivre la libération de la femme et l'accroissement de sa dignité, et en même temps à préconiser un système qui n'aurait d'autre conséquence que sa déchéance complète, en raison d'un fait naturel : le rôle passif que joue la femme dans l'acte sexuel, et qui physiologiquement la rend inférieure à l'homme.

sant tels, — qu'il ressemble à un champ convenablement défriché, mais où l'on ne sème plus de bon grain : les herbes folles et l'ortie ne tardent pas à l'envahir.

Qu'ils n'oublient pas que c'est de la solidarité de la famille qu'est née la solidarité de la patrie, et de la solidarité de la patrie qu'est née celle de l'humanité, à laquelle ils veulent tendre avec grande raison. Mais c'est un singulier procédé, pour atteindre à une certaine hauteur, que de commencer par bouleverser les fondations de l'échafaudage destiné à y parvenir.

Non, l'intérêt social exige l'ordre dans la famille, parce que le trouble dans la cellule provoque le trouble dans l'organisme tout entier, parce que pour marcher vers le progrès, vers la solidarité humaine et vers la prospérité du corps social, sans exception d'aucune sorte, il faut s'appuyer à la base sur quelque chose d'ordonné, d'organisé et de solide : on ne crée pas l'ordre avec du désordre. Et il faut connaître bien peu le cœur humain, il faut bien méconnaître les leçons du passé pour croire que de l'excès de liberté ne naîtrait pas un ordre de chose tyrannique : car tel est le besoin d'ordre dans le corps social, que du désordre naît fatalement, comme par génération spontanée, un agencement plus impérieusement ordonné que l'état de choses antérieur à la phase de

désordre, — ou plus simplement, la tyrannie naît de l'anarchie.

C'est pour toutes ces raisons que le mariage est nécessaire à l'humanité, et que loin de le détruire, on doit le fortifier en l'assainissant.

C'est pour toutes ces raisons aussi que l'autorité publique, conservatrice de l'ordre, protectrice naturelle des faibles de toutes catégories, doit intervenir logiquement dans la célébration du mariage, qui est une institution d'utilité publique, — non pas pour l'alourdir maladroitement de formalités surannées, mais pour constater solennellement — (et nous prenons ce mot simplement dans le sens où l'on dit « *contrat solennel* », pour exprimer que la conclusion de certains contrats doit à peine de nullité être accompagnée de formes requises), — pour constater solennellement la conclusion entre un homme et une femme du contrat de société qu'est le mariage.

C'est pour toutes ces raisons, enfin, que nous ne croyons pas que l'union libre soit l'union de l'avenir, car il serait contraire au progrès, contraire à la marche incessante de l'humanité vers un idéal de justice et de liberté, d'adopter un état de choses où ne seraient plus sauvegardés les intérêts des faibles, où les passions s'entrechoqueraient avec véhémence, broyant les moins forts, les moins aptes, les timides, les craintifs, au profit des brutaux, des méchants,

des inconscients, des lovelaces... Quel serait l'épanouissement de la personne humaine dans une société qui sacrifierait l'édifice moral à la satisfaction des passions sensuelles? Quelle supériorité aurait alors l'être humain sur le pithécanthrope des cavernes, qui par instinct protégeait sa compagne et ses petits comme le gorille. Cet instinct survivrait sans doute, parce qu'il est la condition inéluctable de la conservation de l'espèce, mais chez combien d'êtres ne serait-il pas dominé par les passions violentes ?

Nous ne croyons pas à l'établissement de l'union libre, en définitive, parce que l'humanité ne saurait faillir à sa tâche, qui est, au milieu des vices, des crimes, des horreurs, de poursuivre un idéal de bonté, de beauté et de justice.

★★

Nous examinerons plus loin la nature du mariage. Il nous reste encore auparavant un point fort intéressant à développer, c'est l'évolution de la situation de la femme dans la famille, et la tendance de plus en plus marquée du droit de famille à évoluer vers l'individualisme. C'est à cette tendance qu'il convient d'attribuer la propension moderne vers l'union libre. C'est pourquoi nous devons l'analyser pour en suivre l'évolution, en constater l'état actuel et en marquer le terme convenable et rationnel.

CHAPITRE III

L'évolution du droit de famille.

Nous avons pu constater, au cours de notre histoire, que dans les sociétés primitives, chez la plupart des peuples, la femme avait un rang plus ou moins inférieur à celui de l'homme. Nous n'avons guère rencontré que chez les Egyptiens une société où la femme non seulement fût son égale, mais même en certains cas sa supérieure, ce qui pour l'antiquité était extraordinaire et plongea Hérodote dans la stupéfaction, habitué qu'il était au sort inférieur de la femme grecque, notamment de la femme athénienne.

M. Paul Lapie, dans son intéressant ouvrage « *La femme dans la famille* » (1), remarque que le sort de la femme n'est enviable ni chez les peuples chasseurs ni chez les pasteurs, bien que l'on ait découvert partout des traces de gynécocratie, mais des traces seulement. Le droit du mâle, chez ces peuples, est à

(1) Publié dans la *Bibliothèque biologique et sociologique de la femme*.

peu près absolu, d'une façon générale. Chez les premiers agriculteurs, au contraire, la situation de la femme est plus relevée, tandis qu'à un degré supérieur de science agricole, elle baisse de nouveau.

M. Lapie croit voir la raison de cette différence de traitement dans le plus ou moins de « considération dont jouit dans la société le travail féminin et le rang que la femme occupe dans la famille » : la chasse aux animaux chez les chasseurs, leur domestication chez les pasteurs, sont considérées comme des travaux plus honorables que les travaux domestiques ou la cueillette des plantes, qui incombent aux femmes ; mais lorsque de cette cueillette naquit l'agriculture, cette besogne devint moins méprisée, et par suite la condition de la femme s'améliora ; puis les hommes accaparèrent l'agriculture lorsqu'ils en comprirent l'importance, et reléguèrent de nouveau la femme dans des emplois serviles, d'où son éclipse d'influence.

Cette coïncidence constante, chez les primitifs, entre la considération dont jouit la femme et celle attribuée à son travail, s'observe également chez les civilisés, constate M. Lapie. Dans l'Égypte ancienne, les occupations des deux sexes étaient tenues pour équivalentes : les hommes occupaient les emplois industriels, les femmes les situations commerciales. Au contraire, les Grecques et les Romaines n'exer-

gaient aucune industrie, aucun commerce, elles demeureraient au foyer. De même aujourd'hui encore, en Chine, aux Indes et dans les pays musulmans, la femme, qui est fort inférieure à l'homme, ne fait aucun métier ou exerce des métiers considérés comme serviles ou ignobles — sauf dans les campagnes, toutefois, où elle travaille avec son mari, mais sous ses ordres.

Enfin ce ne sont pas seulement les tâches manuelles, dit M. Lapie, mais les tâches intellectuelles des deux sexes, qui, « inégales là où l'épouse est maltraitée, tendent à s'équivaloir là où l'épouse est souveraine. » Les femmes égyptiennes étaient associées à l'exercice du pouvoir. La femme romaine n'était pas exclue de la vie politique et religieuse des Romains. L'Athénienne n'était à aucun degré citoyenne, bien qu'elle fût, comme la Romaine, prêtresse du foyer ; « retirée dans la gynécée, elle ne paraît pas sur l'agora » (1). En Orient et en Extrême-Orient, de même que chez les Musulmans, la vie politique et religieuse des femmes est presque nulle.

Chez les Américains du Nord, au contraire, la femme moderne, dont les droits sont extrêmement étendus, a un rôle politique et religieux fort important, presque égal à celui de l'homme.

(1) Paul Lapie, *op. cit.*

S'il est vrai que l'on doive interpréter cette corrélation entre la situation domestique de la femme et sa situation extérieure comme un corollaire du « jugement de valeur qu'on porte sur son compte », remarque M. Lapie, il convient toutefois d'ajouter que d'autres causes relèvent exceptionnellement la condition de la femme ; le prestige de la richesse ou de la noblesse, la parenté de sang de l'épouse avec son mari, etc., contribuèrent, au moins dans le passé, également à ce résultat.

Il n'y a d'ailleurs rien d'absolu dans ces observations, et il arrive parfois que « tout en reconnaissant que la femme est son égale, ou presque son égale, l'homme n'hésite pas à la plier sous son autorité, s'il estime cette subordination nécessaire à la cohésion de la famille » (1). De même, enfin, l'opinion que se font les hommes de la dignité ou de la sensibilité du sexe féminin, leur conception du bonheur féminin peuvent influencer sur le degré de liberté et d'importance accordé aux femmes.

Quoi qu'il en soit des causes qui à des époques diverses modifièrent le rôle de la femme dans les différentes sociétés, un fait est patent : c'est l'évolution de son importance sociale, c'est la tendance de plus en plus marquée de la femme moderne à devenir l'é-

(1) Paul Lapie, *op. cit.*

gale de l'homme. Les progrès du machinisme, qui lui permettent d'accéder à des situations autrefois réservées à l'homme, le développement de son instruction qui lui ouvre des carrières autrefois fermées pour elle, toute la transformation économique moderne, en un mot, tendent à précipiter ce mouvement d'évolution.

Nous avons assisté, à l'intérieur de la société romaine (1), à une évolution d'un ordre restreint : la citoyenne, qui était d'abord soumise à la tutelle perpétuelle de ses agnats, s'en affranchit peu à peu, et à la fin de l'Empire elle jouissait d'une liberté civile presque absolue ; dans le mariage, elle fut d'abord soumise, corps et biens, à la « *manus* » despotique de son mari, et peu à peu elle en arriva à y soustraire et sa personne et ses biens, pour acquérir sa capacité civile presque complète. Mais jamais elle ne fut l'égale de l'homme, jamais on ne songea seulement à lui accorder un jour cette égalité, et bien moins encore l'égalité politique.

Nous assistons aujourd'hui à une évolution infiniment plus large, qui tend non pas seulement à accorder à la femme l'égalité civile, mais encore à lui octroyer l'égalité civile et politique avec l'homme. On peut fixer le début de cette tendance nouvelle au

(1) V. *infra*, livre I, chap. VII

XVIII^e siècle ; on le trouve dans les écrits des philosophes de cette époque. Et cette évolution eût sans doute éclos bien avant, si le christianisme, qui avait cependant relevé la condition de la femme chez les peuples barbares, n'avait maintenu celle-ci dans une situation subalterne et n'avait contribué, par l'idée du péché originel, à son abaissement moral, — il se trouva même de graves docteurs pour contester qu'elle eût une âme comme l'homme, — et à la stagnation de sa situation sociale.

Quelle que soit l'opinion que l'on ait de cette évolution, force est bien de la constater, et même de l'accepter, car il y a des courants que l'on ne remonte point : ils prennent leurs racines dans des causes profondes trop mystérieuses, que la sociologie, cette science encore en enfance, pénétrera peut-être un jour. Et le législateur de l'avenir devra se plier à cette inéluctabilité.

Il est d'ailleurs des causes de l'évolution de la condition de la femme que l'on peut apercevoir, et ces causes sont aussi celles qui tendent à détruire la cohésion de la famille, et qui, par suite, dirigent le droit de famille vers un individualisme croissant. « Les raisons qui (autrefois) rendaient nécessaires l'union intime des époux et la subordination de la femme s'affaiblissent de jour en jour, dit M. La-

pie (1). La famille était jadis un temple, et l'organisation du service religieux y maintenait l'unité et la hiérarchie. Mais des temples se sont construits en dehors de la famille et elle a perdu, avec son caractère de secte autonome, l'un des principes de sa discipline. La famille était jadis un Etat, un Etat centralisé et gouverné par un monarque. Mais le véritable Etat, grandissant en dehors d'elle, a fini par s'introduire dans le petit et par destituer son magistrat. La famille était parfois un atelier, mais la grande industrie est en train d'en disperser les membres. La famille est encore un « *hôtel* » ; mais elle perdra à son tour ce caractère, comme elle a déjà perdu celui qui lui donnait, parmi les institutions sociales, sa plus grande originalité, son caractère pédagogique : la famille n'est plus une école, à peine est-elle une « *nursery* ». Tous les besoins auxquels elle peut répondre trouvant satisfaction dans la société extérieure, chacun de ses membres doit la quitter. Loin d'être pressés les uns contre les autres et placés sous l'autorité d'un chef, ils sont dispersés et soustraits tout le jour à cette autorité par les conditions nouvelles de la vie religieuse, politique, économique et familiale. »

Sur la conclusion de M. Lapie, qui semble cepen-

(1) *Op. cit.*

dant dériver avec une parfaite logique des prémisses posées, il nous sera permis de faire certaines réserves. Que la famille, d'abord temple, Etat, atelier, école, ait cessé d'être tout cela, c'est un fait indiscutable. Que la famille aujourd'hui encore nursery, hôtel, doive cesser de l'être un jour, c'est un point fort douteux.

Et le critère de la justesse de l'affirmation de M. Lapie peut être trouvé dans cette prophétie de l'auteur, à savoir que dans l'avenir l'Etat se chargera de ces besognes : il veut établir des crèches dirigées par l'Etat, où les enfants seraient « placés entre les mains de fonctionnaires compétents et responsables », et affirme qu'il en sera forcément ainsi un jour, car « la société tend à enlever à la famille cette fonction comme toutes les autres » ; la cuisine serait également placée entre les mains de fonctionnaires, de « spécialistes qui devraient être des médecins ou enrôler des médecins dans leurs laboratoires ; surveillée au besoin par des docteurs officiels, l'industrie culinaire, s'affranchissant de la routine des officines privées, rendrait à l'hygiène publique les plus grands services » (1). Ainsi se manifeste, ici comme ailleurs, le caractère caporaliste, despotique et odieux du socialisme.

(1) Les théoriciens socialistes abondent dans le sens de l'alimentation collective.

Que les progrès de la science et ceux de l'industrie rendent plus propre, plus facile et plus intelligente la tâche de la mère de famille, cela n'est point douteux, et c'est souhaitable.

Mais que les hommes soient réduits à vivre comme des troupeaux, satisfaisant selon des règles officielles leurs besoins réglés officiellement, c'est un rêve néfaste et « *anti-humain*. » Et c'est, espérons-le, une prédiction fantaisiste.

Les millions de différences et de divergences entre les caractères, les tempéraments, les goûts, les points de vue et les besoins, tout s'oppose à ce régime, et si à la suite d'un quelconque coup de force il parvenait un jour à s'implanter, la vieille maxime « l'ennui naquit un jour de l'uniformité », ne tarderait pas à prouver sa vitalité éternelle.

Mais il y a plus : que la famille, d'abord temple, Etat, atelier, école, ait cessé de l'être, cela est normal et « *naturel* » : il n'est point en effet de la nature essentielle de la famille d'être en même temps tous ces organismes. Au contraire, il est absolument conforme à la nature que les parents élèvent leurs enfants, que la mère les nourrisse, autant que possible, au sein, que le père et la mère collaborent étroitement à la formation psychologique et au développement normal de l'enfant, comme ils ont collaboré à sa formation physiologique ; ce dernier point a déjà

été traité précédemment. L'encasernement universel de l'humanité n'est d'ailleurs qu'un rêve à forme scientifique, et restera sans doute encore longtemps à l'état de mirage.

Ce n'est point là qu'est la vérité scientifique, à notre sens, mais dans l'éducation rationnelle de l'individu, apte à mieux s'acquitter dans l'avenir des tâches qui lui resteront dévolues : et au nombre de celles-ci figurera la formation physique et morale de ses enfants, — ce qui n'empêchera nullement l'école de subsister avec son rôle de formation pédagogique; mais ce n'est pas lorsque d'excellents esprits pensent à supprimer l'internat, cette entrave au développement normal de la personne humaine, qu'il convient de généraliser ce système déprimant.

La vérité, elle est encore, avec la justice, dans la recherche des moyens propres à permettre à la mère obligée d'aller à l'usine ou à l'atelier gagner le pain qu'elle leur donnera, de rester à son foyer pour élever ses enfants (1).

(1) M. Sébastien-Charles Leconte, par application de cette idée, a conçu un projet de loi en vertu duquel tout travail autre que le travail domestique serait interdit à la femme en état de grossesse ou allaitant son enfant; en revanche, il lui serait alloué pendant un temps donné une indemnité égale à ses gains perdus. — Malheureusement, comme le fait observer fort justement M. Alfred Naquet, dans *Le Journal* du 26 juillet 1909, l'état de paix armée que subit actuellement l'Europe, par les sommes immenses qu'il nécessite, est un obstacle insurmontable à des réformes sociales d'une telle envergure.

La vérité, elle est encore, avec la vertu, dans le spectacle du mari rentrant du travail quotidien, des enfants revenant de l'école, et trouvant tous un foyer pourvu d'un minimum de confortable, où ils puiseront le réconfort, la tendresse, le sentiment de l'intimité et éprouveront la sensation d'une âme commune, — où le rôle de la femme aura été, autant que l'on voudra, facilité par les inventions de la science et les perfectionnements de l'industrie, mais où par sa seule présence active elle aura communiqué au logis une âme que l'on chercherait vainement dans la froide demeure où elle arriverait, comme les autres hôtes, — enfants en bas-âge, écoliers et mari, — à l'heure du dîner préparé dans les officines étatistes.

Quelles générations de neurasthéniques, d'amoraux et d'égoïstes farouches nous prépareraient les protagonistes de l'ordre nouveau.

S'il est vrai d'ailleurs que sept millions de femmes demeurent à leur foyer, sur les huit millions de ménages français, ainsi que l'affirme M. Lapie, on est encore loin d'un tel état de choses.

Mais si l'on fait abstraction des utopies plus ou moins socialistes, il n'en demeure pas moins vrai que l'ancienne cohésion familiale a subi de rudes atteintes. L'individualisme a pris une large place dont il convient de tenir compte.

Il ne peut plus être question de laisser à la femme

un rôle subalterne — légalement, car en fait elle a su s'affranchir à peu près totalement de l'autorité maritale. Les mœurs ont évolué, la jurisprudence les a suivies ; il ne reste plus qu'à mettre la loi en conformité avec les mœurs, en proclamant l'égalité complète de l'homme et de la femme dans le mariage. — Cette égalité, la femme l'a conquise intellectuellement et moralement.

Nous formulerons en leur temps les principes juridiques que nous estimons devoir consacrer cette égalité.

Il y a lieu d'insister encore, avant d'aborder ce point de notre étude, sur la force croissante des aspirations de liberté et d'égalité qui poussent l'homme vers un individualisme de plus en plus large. Le Code civil s'était efforcé de « concilier les vieilles tendances de jadis avec les aspirations de liberté et d'égalité qui procédaient de la Révolution, il s'était surtout préoccupé de mettre ses prescriptions en harmonie avec les mœurs ; aussi le droit de famille, par lui réglé, s'est-il longtemps maintenu, alors que la législation intermédiaire, trop radicalement réformiste, s'était rapidement effondrée sous les coups de l'opinion. Cependant ce droit portait en lui-même le germe de l'évolution qui l'attendait. Le législateur ayant admis, en principe, l'extension des prérogatives individuelles à l'encontre de la famille, son œuvre devait

comporter des retouches au fur et à mesure que les mœurs favoriseraient davantage les tendances individualistes. C'est ce qui s'est produit » (1).

Aussi assistons-nous aujourd'hui à l'épanouissement de ces tendances individualistes. Les campagnes en faveur du divorce élargi, de la liberté de se marier à 21 ans sans le consentement des parents, le féminisme, etc..., sont des manifestations de ces tendances. La campagne en faveur de l'union libre est l'exaspération de ces mêmes tendances.

Nous avons marqué la limite qui nous semblait leur devoir être assignée, — et cette limite ne sera ni brutale ni contraignante, car ni la brutalité ni la contrainte n'auraient d'effet durable sur des courants aussi puissants : cette limite est « naturelle », elle s'impose par la force des choses, par la nature même, et c'est pourquoi elle nous semble pouvoir être consacrée légalement (2).

(1) Marcel Rouquet, *Evolution du droit de famille vers l'individualisme*.

(2) « Le véritable individualisme n'est pas le détachement du milieu, l'isolement, qui est effectivement une source de faiblesse pour l'homme. Ce n'est pas, non plus, le particularisme anarchique, qui veut s'affranchir de toute loi, ni le droit de satisfaire librement toutes ses passions, ni même l'égoïsme, contraire à l'épanouissement de la personnalité. Le véritable individualisme ne pousse pas à abdiquer aveuglément les vieilles formules, à renoncer sans raison aux conceptions sur lesquelles ont vécu nos ancêtres (Etat, famille), mais à les adapter au genre de vie actuel. En les accommodant aux nécessités présentes, il en fait de

Mais nous avons signalé aussi l'inutilité manifeste de chercher à arrêter ces tendances nouvelles, qui sous un effort patient de l'opinion, sous l'influence des conditions nouvelles de la vie moderne dont nous avons déjà touché mot, sont douées d'une force irrésistible, jusqu'au point toutefois où elles commencent à ne plus être conformes à la nature des choses et aux nécessités sociales intangibles.

Il nous reste à exposer le système juridique qui nous paraît le mieux concilier ces deux termes de la question. Ce sera l'objet du chapitre suivant.

puissants moyens d'action, grâce auxquels l'humanité poursuit sa route vers le progrès social et indéfini...» (Marcel Rouquet, *op. cit.*)

CHAPITRE IV

De la nature du mariage et des conséquences qui en découlent.

LE MARIAGE FUTUR.

§ I. — Nous avons, au début de cet ouvrage, signalé les définitions les plus célèbres du mariage. Toutes sont ou bien incomplètes, ou trop complètes en ce sens qu'elles disent plus qu'il n'est nécessaire.

M. Planiol en propose une, claire et simple : « Le mariage est un contrat par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré », et plus loin, il l'éclaire de cette observation : « Au fond le mariage n'est pas autre chose que l'union sexuelle de l'homme et de la femme, élevée à la dignité de *contrat* par la loi... »

Que le mariage soit un contrat, c'est un fait patent. On l'a nié cependant, les uns (Fonsegrive (1), etc...),

(1) M. Fonsegrive raisonne ainsi : « Si le mariage n'est qu'un

dans un but religieux, afin d'en faire un pur sacrement, les autres pour le soustraire au pouvoir réglementaire du législateur.

Parmi ces derniers se trouve M. Emile Acollas, qui, dans son « *Manuel de droit civil* » (1), s'est efforcé de réfuter la thèse du mariage-contrat, telle du moins qu'elle a été présentée par Kant.

M. Acollas, partant de la distinction des obligations qui résultent des contrats en obligations de « *dare* », transférer la propriété ; de « *præstare* », fournir quelque chose sans en transférer la propriété et même fournir sa diligence personnelle ; de « *facere* », obligation de faire ou même de s'abstenir de faire, —

contrat, c'est un contrat tel que la loi civile n'a le droit de rien édicter ni pour le recommander, ni pour le sanctionner, ni même pour le maintenir, en sorte que si le mariage n'est qu'un contrat civil, il en résulte cette conséquence où éclate la contradiction : il ne ressortit à la loi civile que pour réclamer vis-à-vis de cette loi même une indépendance absolue ; il ne lui ressortit donc qu'à la condition de lui échapper ». Nous nous permettrons de déclarer ce raisonnement totalement faux. En effet, où M. Fonsgrive a-t-il vu qu'un contrat soit absolument indépendant de la loi ? Tout contrat, bien au contraire, reçoit du code certaines règles particulières, auxquelles il est même généralement interdit de déroger en vertu de l'art. 6. Le contrat de société est à ce point de vue au premier rang. Mais la donation, et même la simple vente sont dans ce cas. Pourquoi n'en serait-il pas de même, à plus forte raison, du mariage ? Nous démontrerons toutes les raisons qui militent en faveur de l'intervention de la loi en notre matière.

(1) T. I, p. 120, note 3. — Cette discussion est reproduite dans *Le Mariage, son passé, son présent, son avenir*, du même auteur.

examine si le mariage engendre une de ces catégories d'obligations. Il constate d'abord que l'obligation n'est pas celle de se donner soi-même en propriété (la personne humaine est inaliénable) ; est-ce donc une des deux autres ? Kant a choisi l'obligation de *prester*.

En quoi consistera la prestation ? Elle ne peut consister qu'en la « *copula carnalis* », et Kant explique ainsi, en une proposition où le logicien apparaît plus que le juriste, sa conception :

« Dans cet acte, l'homme fait de lui-même une chose, ce qui est contraire au droit de l'humanité qui réside dans sa propre personne. Cela n'est possible qu'à une condition, c'est qu'en même temps que l'une des deux personnes est acquise par l'autre, elle l'acquiert aussi réciproquement, car de cette façon elle rentre en possession d'elle-même et rétablit sa propre personnalité » (1).

M. Acollas observe que Kant se réfute suffisamment lui-même en déclarant que, dans l'acte qui est à ses yeux l'objet de l'obligation née du mariage, l'homme devient une chose et viole son propre droit. « Le raisonnement par lequel il restitue à chacun des deux époux sa personnalité n'est que l'extrême recours de la logique aux abois » (2).

(1) Kant, *Doctrine du droit, Droit conjugal*.

(2) Acollas, *op. cit.*

Si l'on choisit au contraire l'obligation de faire, M. Acolas oppose ces deux arguments :

1° L'obligation de faire n'est valable, de l'aveu de tous les juristes, qu'à la condition qu'elle n'implique pas l'aliénation de la liberté ;

2° Toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts, lorsque le débiteur ne fait pas... »

— D'autres adversaires de la théorie du mariage-contrat commencent par établir comme un axiome qu'un contrat est un acte essentiellement arbitraire dans toutes ses parties. Ils en concluent que le mariage n'est pas un contrat, parce que les époux ne peuvent en déterminer à leur gré les conséquences ni le rompre d'un commun accord (Beaussire, « *Principes de droit* »). « Ce raisonnement, dit M. Planiol (1), repose sur une méconnaissance absolue des idées juridiques. Il est faux qu'un contrat soit nécessairement arbitraire en toutes ses parties. Quelle que soit l'opération qui fait l'objet du contrat, il y a nécessairement des points que les contractants ne sont pas libres de modifier : il y a toujours des conditions, des éléments, des effets qui sont de l'« *essence* » du contrat et sans lesquels l'acte ne se conçoit même pas. Il en est de même pour le mariage. Sans doute pour lui la liberté des parties est moindre, parce que l'Etat

(1) *Traité élém. de droit civil*, t. III, p. 3, 1^{re} édit.

est directement intéressé à la constitution intérieure des familles. Il a donc réglé lui-même la convention matrimoniale, et il en impose aux particuliers le cadre tout fait. Mais il n'en faut pas conclure que la liberté des parties soit nulle : les divers *régimes matrimoniaux* entre lesquels les époux ont à choisir sont là pour prouver le contraire. Les droits du mari et la situation de la femme varieront, suivant le régime qu'ils adopteront. D'ailleurs, quand même cette liberté serait nulle, le mariage n'en serait pas moins un contrat parce que la véritable définition du contrat est celle-ci : « un accord de volontés productif d'obligations » (1).

Il n'y a en effet aucune objection raisonnable à faire à ce syllogisme : un contrat est un accord de volontés productif d'obligations ; or le mariage est un accord de volontés productif d'obligations ; donc le mariage est un contrat.

(1) Une confusion, fait encore observer M. Planiol (*ibidem*), est quelquefois commise par ceux qui nient que le mariage soit un contrat. « Ils entendent par mariage *l'état matrimonial*, la condition sociale des époux. Il faut bien prendre garde que le mot « mariage » a deux sens : on s'en sert pour désigner tantôt la convention ou volonté de vivre ensemble, tantôt le genre de vie qui en résulte. Pris dans le second sens, le mariage n'est pas un contrat, c'est un *état* : on dit qu'il dure, qu'il finit ; qu'il est heureux ou malheureux, etc. ; mais quand on le prend dans le premier sens, on dit qu'il se conclut, qu'il se brise, qu'il est valable ou nul, toutes choses qui ne sont intelligibles que pour les contrats. C'est donc jouer sur les mots que de dire : le mariage n'est pas un contrat, parce que c'est un *état de vie* ».

Mais la difficulté commence lorsqu'il s'agit de le classer parmi les diverses catégories de contrats. Comme il semble ne se rapprocher d'aucun contrat connu, on en fait communément un contrat « *sui generis* », ce qui a au moins le mérite de la simplicité.

Mais on peut parfaitement classer le mariage dans une catégorie déterminée : celle des CONTRATS DE SOCIÉTÉ.

Ce qui empêche sans doute de le faire hardiment, c'est la crainte de devoir adopter toutes les conséquences logiques dérivant de la nature du contrat de société. Nous démontrerons que cette crainte est vaine.

M. Glasson (« *Eléments de Droit Français* », nouvelle édition, t. I, p. 119), a d'ailleurs déjà dit : « Le mariage est une véritable société : les langues, les mœurs, les législations de tous les pays en font foi... »

Essayons de démontrer la justesse de notre affirmation.

— Tout d'abord, le mariage, comme tous les contrats, est soumis à certaines conditions générales de validité :

La capacité des parties ;

Le consentement des parties, qui doit être absolu-

ment libre à peine de nullité (1) ; dans le mariage, ce consentement doit être constaté en des formes requises, c'est un contrat solennel ; nous justifierons ultérieurement la nécessité de ce caractère formaliste.

A côté de celles-ci, se placent toutes les conditions particulières au mariage, établies par l'Etat en vertu du pouvoir réglementaire, que nous lui reconnaitrons plus loin, dans notre matière ; ce sont : l'inexistence d'un premier mariage non encore dissous ; l'absence de parenté au degré prohibé (2) ; pour la femme seu-

(1) Nous avons eu l'occasion de constater qu'un des caractères à peu près constants chez la plupart des peuples non encore parvenus à un certain stade de la civilisation, est le peu de cas que l'on fait de l'opinion personnelle de la fille que l'on va marier. Il en est ainsi tant que la puissance paternelle est considérée comme un droit sur l'enfant, ne comporte que des droits et pas de devoirs. Mais à mesure que se transforme ce caractère de la puissance paternelle, — dont les droits se restreignent progressivement alors que les devoirs se précisent et s'imposent, et qui cesse d'être un simple droit dans l'intérêt du père de famille pour devenir uniquement un devoir de protection dans l'intérêt de l'enfant, — se développe en même temps le respect de la volonté de la femme, qui n'apparaît qu'à un certain degré de civilisation et prend une importance croissante jusqu'à devenir l'élément essentiel du mariage. Aujourd'hui le consentement des époux est l'élément capital indispensable à la formation du mariage : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » (art. 146, C. C.).

(2) Voir dans Westermarck, *op. cit.*, les causes psychologiques qui ont conduit l'homme à réprouver l'inceste ; les raisons que l'on donne aujourd'hui pour l'interdire sont une raison physiologique (les enfants issus d'unions entre parents sont débiles, parfois infirmes), et une raison morale. Le code civil interdit le mariage entre parents en ligne directe à l'infini, ainsi qu'entre

lement l'écoulement d'un délai de dix mois depuis la dissolution d'un précédent mariage (le point de départ de ce délai, en cas de divorce, est le premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond, rendu dans la cause, depuis la loi du 13 juillet 1907, et non plus la transcription du jugement ou de l'arrêt définitif), afin d'éviter la confusion de part (autrement dit de paternité des enfants, que l'on ne saurait pas si l'on doit attribuer au premier ou au second mari), etc... ; enfin le consentement des parents en cas de minorité des époux ; nous étudierons particulièrement ce dernier point dans la suite.

— Ces conditions spéciales étant réunies, examinons le mariage envisagé en tant que contrat de société.

Tout contrat de société a pour but de réunir deux ou plusieurs personnes dans la vue de rechercher un bénéfice.

En l'espèce, il s'agit de réunir deux personnes seulement, de sexe différent, dans la vue de rechercher tout un ensemble déterminé d'avantages tant matériels que moraux.

alliés en ligne directe ; entre frères et sœurs, entre beaux-frères et belles-sœurs, entre oncle et nièce, tante et neveu ; mais entre beaux-frères et belles-sœurs, et oncle ou tante et nièce ou neveu, la prohibition peut être levée par le chef de l'Etat. — Le Comité de réforme du mariage de M^e Henri Coulon supprime ces trois dernières prohibitions dans son projet de loi.

Mais ce contrat de société a un caractère tout particulier : il part d'un fait naturel, les relations sexuelles, qui s'accompagnent de circonstances hétérogènes : vie en commun, naissance d'enfants, etc... ; ce sont ces circonstances qu'il s'agit de réglementer, d' « organiser », afin de leur enlever leur caractère accidentel pour leur conférer un caractère d'une certaine durée, afin de les dépouiller de leur caractère incertain pour leur attribuer un caractère certain ; afin en définitive de convertir en obligations civiles les obligations naturelles qui en dérivent, et de les sanctionner.

C'est ce caractère tout particulier de ce contrat de société qui motive l'application de règles exceptionnelles, légitimées par la nature même des choses.

La première règle qui s'impose est la prépondérance de l' « *intuitus personæ* » : il est manifeste que si dans une société ordinaire cette considération peut avoir une importance variable, dans la société du mariage, elle est prépondérante.

Aussi l'erreur sur la personne est-elle une cause de nullité du mariage, cause de nullité simplement *relative* d'ailleurs, en ce sens que l'action n'appartient absolument qu'à l'époux trompé, à l'exclusion des tiers quelconques et même de l'autre époux.

L'erreur sur les qualités de la personne, en revanche, n'empêche pas le mariage d'être valable, « car

il n'est pas de l'essence du mariage que la femme que j'épouse ait les qualités que je crois qu'elle a : il suffit que ce soit elle que j'aie voulu épouser » (1).

La jurisprudence de la Cour de Cassation (Chambres réunies, arrêt du 24 avril 1862, D., 62, 1, 153 ; S., 62, 1, 342, cit. par Planiol) a décidé que l'annulation ne pourrait être obtenue qu'en cas d'erreur sur l'« *identité* » physique ou civile de la personne et non pour erreur sur les qualités ; il s'agissait, dans l'espèce de l'arrêt cité, d'une femme ayant épousé un forçat libéré sans avoir connu cette situation ; le mari avait été condamné dans sa jeunesse à quinze ans de travaux forcés pour complicité d'assassinat ; la Cour jugea que ce genre d'erreur ne constituait pas l'erreur dans la personne prévue par l'article 180 du code civil.

Il nous sera permis d'estimer abusive l'interprétation de la Cour de Cassation, au point de vue de l'équité tout au moins, car au point de vue strictement juridique sa décision est conforme à l'esprit de la loi.

Assurément le mariage pourra probablement être rompu par le divorce pour injure grave, dans les cas d'erreurs aussi importantes, — mais on aperçoit la différence fondamentale entre l'annulation et le divorce : les conséquences de l'une et de l'autre ne sont pas identiques.

(1) Pothier, *Traité sur le mariage*, cité par Planiol, *op. cit.*

Dans notre théorie, au contraire, l'erreur sur les qualités de la personne devra être une cause de nullité, — relative tout au moins ; l'exercice de l'action sera réservé au seul époux trompé.

De même, le dol, cause de nullité des contrats en général, mais non pas du mariage dans l'état actuel de notre législation, deviendra une cause de nullité, également relative.

Le code civil, en effet, ne mentionne pas le dol au nombre des causes de nullité du mariage, alors que « de droit commun le dol est un vice du consentement aussi énergique que la violence ou l'erreur » (1), aux termes des articles 1109 et 1116 :

ART. 1109. — Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

ART. 1116. — Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et doit être prouvé.

Pourquoi la loi ne compte-t-elle pas le dol au nombre des causes de nullité du mariage ? C'est en vertu du vieil adage, formulé par Loysel dans ses « *Institutes coutumières* » : « En mariage il trompe qui peut ». C'est par une regrettable survivance de cette maxime immorale que l'on n'a pas classé le dol au

(1) Planiol, *op. cit.*

nombre des causes de nullité. « Pour arriver plus sûrement à la conclusion du mariage qui leur plaît, — explique M. Planiol (*op. cit.*), — les parties se jettent réciproquement « *la poudre aux yeux*, » comme dans la comédie d'Emile Augier. Chacun se fait valoir, même en trompant l'autre pour vaincre ses résistances et ses hésitations..... » La loi a craint, en autorisant l'annulation des mariages en de tels cas, d'ébranler l'institution même du mariage, en raison du nombre des demandes qui se produiraient

Mais il est permis de se demander si elle n'a pas atteint ce résultat bien plus sûrement, en se faisant la complice des fourberies en la matière. Il n'est pas digne de la loi d'assumer un pareil rôle, — et cela n'est guère moral non plus. Au surplus, l'absence d'action en faveur de l'époux lésé encourage les fraudes, qui se feraient beaucoup plus rares si l'annulation était autorisée en cas de dol.

Dans notre système, au contraire, le dol sera une cause de nullité dans la matière du mariage comme dans tout autre contrat (1). La loyauté et la morale y gagneront — et aussi la paix des ménages, dans

(1) La principale objection contre l'annulation généralisée : — les conséquences qui en résultent au regard des enfants, — peut facilement être détruite au moyen d'une disposition législative accordant à ceux-ci tous les avantages de la légitimité ; car on ne saurait leur faire supporter le poids des fautes qu'ils n'ont point commises et dont ils sont les premières victimes.

lesquels une tromperie antérieure devient vite une source de reproches et de rancœurs et par suite conduit vers le divorce, ayant introduit dès le début un germe de mésentente funeste à la bonne harmonie et à l'affection conjugales.

L'époux trompé aura d'ailleurs toujours la ressource de pardonner, puisqu'il s'agira d'une nullité purement relative, que lui seul pourra poursuivre.

Les raisons apportées en faveur de l'admission du dol comme cause de nullité dans la société du mariage, militent également en faveur de l'admission de l'erreur sur les qualités de la personne au nombre de ces causes, que nous avons réclamée antérieurement.

Il reste d'ailleurs admis que les nullités relatives sont temporaires, et que le délai pour leur exercice est réduit à *six mois* si les époux ont continué à cohabiter ensemble (article 181, C. C.) ; le point de départ de ce délai est la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur — ou du dol dans notre système.

— Quel est l'objet de la société de mariage ?

D'après la jurisprudence et la doctrine actuelles, la société ordinaire aurait nécessairement pour but la réalisation et le partage des bénéfices, et on se représente ceux-ci sous la forme de bénéfices en argent (1).

(1) V. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*.

« Ce n'est pas ce que dit le code, — dit M. Planiol (*op. cit.*), — ni ce que nous enseigne la tradition. Pour Pothier, la société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun, soit leurs biens, soit leur industrie, pour en retirer le *profit* en commun (*Coutume d'Orléans*, introd. au titre XI, n° 1). Or le profit qu'on peut retirer de certains biens communs n'est pas nécessairement un bénéfice en argent, un enrichissement annuel, analogue à celui des commerçants; ce peut être aussi le « simple usage de choses », consistant à retirer en commun, et en nature, l'utilité qu'elles peuvent donner. Les communautés de biens, comme les anciennes sociétés taisibles *ou comme la communauté conjugale*, sont des *sociétés*; on n'en saurait douter. Toute la tradition juridique nous en est garante ».

Ceci établi, il est bien certain que l'objet de la « *Société de mariage* » sera éminemment complexe.

Non seulement ce sera la mise en commun de certains biens, de « *l'industrie* » — dans le vieux sens du mot — de deux personnes, mais ce sera encore la mise en commun de deux vies, dans le but d'en retirer tous les avantages moraux et sociaux, comme la mise en commun de leurs biens et de leur industrie est d'en retirer tous les avantages matériels possibles (1).

(1) « ... Comme dans toute société, il y a un but et des moyens communs; le but, nous l'avons dit, c'est le bonheur

Il est évident que ce contrat de société est un contrat tout particulier. On pourrait concevoir un tel contrat entre deux hommes ou entre deux femmes, s'il était stipulé entre eux une société universelle de tous biens, et s'il était convenu qu'ils mettraient au service de leur société toute leur activité, sans exception ni réserve ; les communautés taisibles du moyen âge étaient des sociétés de ce genre.

Mais dans la société du mariage, un autre élément entre en jeu : la différence des sexes. Les deux associés mettent en commun, pour ainsi dire, jusqu'à leur propre personne.

Et c'est ici qu'interviennent les gardiens des principes, principes qui, en l'occurrence, ne sont que de grands mots : la personne humaine est inaliénable.

Mais il ne s'agit en aucune façon d'aliéner la personne humaine.

Lorsqu'une personne loue ses services à temps, lorsqu'elle contracte un engagement militaire, lorsqu'elle apporte en société une part plus ou moins grande de son industrie personnelle, et en général quand elle passe un contrat quelconque, elle aliène une partie de sa liberté, infime dans certains cas, dans certains autres sa liberté totale (louage de do-

mutuel et la procréation des enfants ; les moyens, ce sont toutes les facultés des époux, leur vie entière qu'ils consacrent l'un à l'autre » (Glasson, *op. cit.*).

mestiques (art. 1780 du C. civ.), engagement militaire, etc...), au moins pendant un temps donné.

La principale différence consistera donc en ce que dans le mariage, l'aliénation de la liberté sera théoriquement indéfinie, au lieu d'être à temps, conformément à l'article 1780 du code civil.

C'est ce dernier article qui semble être la pierre d'achoppement de notre système, bien qu'il se rapporte au contrat de louage, alors que nous nous référons au contrat de société. Il ne fait d'ailleurs qu'appliquer à un cas particulier le principe général de la liberté et de l'inaliénabilité de l'individu, inscrit dans la Déclaration des Droits de l'Homme (1), et la jurisprudence l'applique d'une manière extensive à tout engagement de services, même à un autre titre que le louage (Paris, 19 décembre 1866, D., 68, 2, 156)(2).

Or il est manifeste que le législateur de l'époque n'a eu en vue que d'empêcher la renaissance des droits féodaux, de l'esclavage et autres atteintes véritables et odieuses à la liberté de l'individu, qu'avait supprimées la Révolution.

Le mariage n'était pas et ne pouvait pas être visé, puisque ce même législateur restreignait en même

(1) « Tout homme peut engager ses services, son temps, mais il ne peut se vendre ni être vendu ; sa personne n'est pas une propriété aliénable » (Décl. des Droits de l'Homme du 24 juin 1793, art. 18).

(2) Cité par Planiol, *op. cit.*

temps la faculté de divorcer que la Révolution avait rendue absolument libre.

Et le caractère relatif de l'article 1780 est tellement vrai qu'il s'est trouvé un arrêt de jurisprudence (Lyon, 4 mai 1865, D., 66, 2, 165) (1) pour valider l'engagement pris par une personne de consacrer sa vie à soigner une autre personne malade. La doctrine propose de valider pareil engagement, lorsque la deuxième personne est assez âgée, ou assez malade pour que l'on puisse croire son décès relativement prochain ; l'engagement des services cesse alors d'être perpétuel. — On aperçoit facilement qu'il serait possible d'appliquer au mariage un raisonnement analogue, chaque époux s'engageant à rester avec l'autre époux tant que vivrait cet autre.

Invocera-t-on encore l'article 352 de la Constitution de l'an III (« La loi ne reconnaît ni vœux religieux, ni aucun engagement contraire aux droits naturels de l'homme ») ?

Nous répondrons que l'homme, en contractant la société de mariage, ne stipule aucun engagement contraire à ses droits naturels. Il n'aliène pas sa liberté entre les mains d'une autre personne, il ne s'engage pas à des prestations antinaturelles (2) ; il conserve

(1) Cité par Planiol, *op. cit.*

(2) Nous ne faisons pas allusion ici à la *Copula carnalis* dont nous parlerons à son heure.

la maîtrise de ses actes (1), il garde la faculté de rompre le contrat dans certaines circonstances déterminées, en s'adressant au tribunal ; — mais il agit tous les jours ainsi : tous les jours il engage son patrimoine en passant des contrats, tous les jours il engage sa propre personne en contractant des obligations de faire ou de ne pas faire.

Si les obligations qu'il contracte en se mariant sont plus complexes et plus hétéroclites, c'est que le mariage est plus compréhensif que tous les autres contrats ; c'est une société qui, nous nous permettons de le répéter une fois encore, part d'un fait naturel, les relations sexuelles ; qui s'accompagne de circonstances diverses : vie en commun, naissance d'enfants, etc... ; et n'est par suite aucunement soumise à un principe qui n'a pas été fait pour elle.

Et en effet, il dérive de ce fait naturel des conséquences tout à fait particulières : lorsqu'il y a eu un commencement d'exécution de notre contrat de société, il s'ensuit des conséquences *ineffaçables* et *irréparables* : par exemple la création d'un être nouveau, pour prendre la plus grave, la plus irréparable des conséquences. On pourrait citer encore la transfor-

(1) La femme, dans l'état actuel, la conserve à un moindre degré que l'homme : mais dans notre système, qui reconnaît l'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage, cette anomalie disparaît.

mation physiologique de la femme, s'il s'agissait d'une vierge ; le bouleversement de la vie de toute personne qui se marie, etc...

§ II. — A.— Il n'est pas surprenant que des conséquences aussi graves entraînent l'établissement de règles spéciales à notre contrat, de règles qui dérivent de sa nature et de ses effets particuliers :

Ces règles, ce seront :

I. — L'intervention de l'autorité publique dans la réglementation du contrat et dans sa conclusion ;

II. — Son indissolubilité théorique ;

III. — Sa dissolubilité dans certains cas seulement et sous certaines conditions, — sous le contrôle de la justice.

I. — Nous croyons avoir suffisamment justifié la nécessité de l'intervention de l'Etat, à la fin de notre chapitre II du livre II, réfutant la thèse de l'union libre.

Remarquons cependant ici que si l'Etat a cru devoir, avec la plus grande raison, réglementer les conditions de formation, de fonctionnement et de dissolution des différentes sortes de sociétés, et plus spécialement de la société anonyme (la plus étroitement réglementée), et cela dans un but d'utilité publique, il n'est pas surprenant qu'il réglemente également la société du mariage, ses conditions de formation, de

fonctionnement et de dissolution, qui intéressent, à un degré au moins égal, l'ordre public (1). Remarquons au surplus que si les devoirs qui incombent aux parents n'étaient pas remplis par eux, ce serait l'Etat lui-même qui serait tenu d'élever les enfants, et par conséquent il y a là un titre de plus pour l'Etat à son droit de sanctionner les obligations naturelles qui dérivent de l'union sexuelle.

S'il y a un intérêt majeur à ce que l'Etat réglemente le mariage, il y en a un non moins grand à ce qu'il fasse de ce contrat de société un « *contrat solennel* ».

J.-C. Spence, dans l'« *Aurore de la civilisation* », Paul Abram, dans l'« *Evolution du mariage* », et d'autres encore (2), réclament la transformation du

(1) « Tant que les individus pourront accumuler des épargnes personnelles, ils auront à les défendre contre les ruses ou les violences éventuelles de leurs compagnons ; ils devront donc demander à un contrat légal de fixer la part de chacun dans les biens collectifs. Dans une société où règne l'inégalité économique, l'union libre permettrait au plus fort ou au plus habile d'user et d'abuser des biens de l'autre : exploitation qui, même si elle était acceptée de bon cœur, ne peut passer pour le dernier mot du progrès. » (Paul Lapie, *loc. cit.*).

(2) M. Georges Renard, dans *Le socialisme à l'œuvre*, renonçant à réclamer l'union libre comme le font la plupart des socialistes, préconise le mariage libre conclu sous la forme d'un contrat privé. — Enfin M. le Dr Toulouse propose une théorie originale (V. *Les leçons de la vie*, au chap. *Le contrat d'union*). « Entre l'union légale, étroite et oppressive, — écrit-il, — et l'union libre, trop lâche et sans garantie, il y a place pour une convention plus simple et plus juste, dont les clauses puissent varier au gré des parties... Dans le *contrat d'union* tel que je le conçois... la femme

mariage en simple contrat privé, en « *mariage libre* ».

« Mariage, parce qu'à la base de l'institution nous conserverons un acte civil, qui pourra témoigner de son accomplissement, et produire des effets de droit, mais mariage rendu libre par la suppression, aussi bien pour sa conclusion que pour sa dissolution, des formes solennelles actuelles impliquant l'immixtion de l'Etat. Seule, la volonté des conjoints sera prépondérante, — dit M. Abram. — Le mariage cesserait donc d'être un acte public, pour devenir un simple

ne se donnerait, — quand elle se donnerait, — qu'en possession d'une convention régulière lui reconnaissant un dédit, en cas de résiliation, et une aide suffisante pour élever ses enfants. Chacun y mentionnerait, comme dans les autres associations, les stipulations en rapport avec sa valeur, ses désirs et ses besoins... Autant d'unions, autant de contrats possibles. Il y aurait lieu d'étudier l'utilité de quelques règles d'un intérêt général, en rapport avec le véritable caractère de ce contrat d'union ». — Remarquons ici que la nécessité d'une réglementation minima s'impose à un tel point, qu'aussitôt après avoir proclamé la liberté absolue, on s'empresse de reconnaître qu'il serait désirable de fixer « quelques règles d'un intérêt général... » Combien davantage s'apercevrait-on de cette nécessité si l'on faisait un essai des théories de la liberté complète ! Bref, le docteur Toulouse propose de baser son contrat d'union sur l'article premier de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations, ainsi conçu : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices », et sur l'article 4 de la même loi, qui dispose que « tout membre d'une association qui n'est pas formée pour un temps déterminé peut s'en retirer en tout temps... *nonobstant toute clause contraire* ». Etc... Nous croyons suffisamment réfuter cette théorie par l'ensemble des arguments exposés au texte.

acte privé. Supposons le problème résolu, ou, plus exactement, la réforme accomplie. L'Etat n'intervient plus que comme à l'époque romaine : la loi ne s'occupe du mariage qu'avant et après sa formation : avant, elle en définit les conditions, en fixe les empêchements ; après, elle en détermine les effets, en régit les obligations ». — Et dans le système de M. Abram, le mariage, comme le divorce, s'opère légalement par une simple déclaration faite au guichet d'un bureau de l'état civil ou dans l'étude d'un officier ministériel (1).

A priori, il pourrait peut-être sembler qu'il n'y a pas un grave inconvénient à adopter l'idée de M. Abram. Nous réclamerons nous-même, dans la suite, la simplification extrême des formalités nécessaires pour se marier. Mais plusieurs considérations se dressent contre une suppression radicale des formalités requises et contre une simple déclaration à un guichet d'état civil.

(1) Comparer l'art. 9 du projet du Comité de réforme du mariage : « Le mariage est un engagement qui est formé par tout acte d'où résultent l'identité des contractants et leur volonté de s'unir », — et l'art. 6 du projet élaboré par M. le président Séré de Rivières, aujourd'hui conseiller à la Cour de Paris : « Il (le mariage) est formé par tout acte d'où résultent l'identité des contractants et leur intention de s'unir pour la vie. Ces actes peuvent être passés sur papier libre et doivent être enregistrés gratuitement. Le mariage est formé *sans publications* et sans consentement des parents, quand les futurs sont âgés de plus de vingt-et-un ans », — art. 12 : « Les formes anciennes du mariage restent facultatives ».

Chaque personne qui désire entretenir des relations sexuelles avec une autre et qui tient à faire sanctionner par la loi les obligations naturelles qui peuvent naître de ces relations, par le moyen du mariage, a intérêt à ce qu'en contractant ce mariage elle ne soit pas trompée ; elle doit être certaine : que la personne qu'elle va épouser est bien en réalité celle qu'elle croit épouser ; qu'elle ne va pas se marier avec un ou une bigame, etc... (1). S'il est donc désirable de réduire au strict minimum les formalités requises, de supprimer les paperasseries tracassières qui semblent se dresser comme un monticule escarpé à l'entrée du mariage (2), il n'en est pas moins désirable

(1) « Sous le régime de l'union libre, rien de plus facile, pour le premier venu, que de se parer des qualités les plus mirifiques afin de tromper une pauvrete sur sa personne. Si bien que, croyant se donner à un homme d'honneur ou de mérite, elle se réveillera la femme d'un escroc, d'un fainéant ou d'un bigame. Etrange liberté que la sienne !... En cas de tromperie sur l'état civil du fiancé, l'erreur de la jeune fille serait dissipée trop tard, si les époux se bornaient à aviser la société de leur union, sans comparaître en personne devant un magistrat, sans faire publier d'avance leur projet dans les pays où ils résident, sans faire vérifier leur identité par des témoins autorisés ou par des pièces authentiques » (Paul Lapie, *op. cit.*). Ces justes observations s'appliquent au « *mariage libre* ».

(2) Dans certains cas, il peut falloir jusqu'à 19 pièces diverses pour se marier, et si l'un des époux est né à l'étranger ou qu'un de ses parents soit mort au loin, les difficultés peuvent devenir presque insurmontables — au moins pour les petites bourses. La loi de 1907, en supprimant la nécessité du consentement des parents après 21 ans, a eu pour effet de multiplier le nombre

de conserver la production obligatoire de pièces indispensables, telles que :

1° Acte de naissance de chaque époux, contenant la mention qu'aucun mariage antérieur encore existant n'a été inscrit en marge de cet acte (1) ;

2° Autorisation des parents, en cas de minorité d'un des époux ou de tous les deux (Voir § C

des mariages dans de fortes proportions. Depuis cette loi, en effet, on a constaté, en 1908, 315.928 mariages, chiffre le plus élevé que l'on ait enregistré depuis 1873, soit une augmentation de un cinquième. — En Belgique, une loi du 30 avril 1896, en permettant aux hommes de plus de 21 ans de se marier « sans avoir à démontrer le consentement de leurs parents », a fait augmenter également le nombre des mariages et diminuer celui des naissances illégitimes, dont le nombre est tombé de 19 avant 1896 à 14 pour mille femmes non mariées depuis 1896 (Dr Jacques Bertillon, *Le Matin*, du 27 août 1907). — Notre loi de 1907 n'est point suffisante encore, il faut réduire au strict minimum indispensable les formalités requises, de façon à éviter et les frais et les démarches aux gens désireux de se marier, et s'inspirer de la loi belge précitée, qui a considérablement diminué le nombre des paperasses ; dans aucun pays il n'en faut autant qu'en France.

(1) Remarquons ici que la transcription d'un mariage contracté à l'étranger n'est pas obligatoire pour le Français marié à l'étranger. Il y a là une grave lacune, car un individu peut ainsi contracter un second mariage en France, sans que son acte de naissance porte trace du premier. Les consuls de France devraient faire parvenir d'office au Ministère des Affaires Étrangères copie des actes de mariages contractés par des Français à l'étranger. — On a proposé la création de casiers civils, analogues aux casiers judiciaires, et relatant pour chaque individu les modifications survenues dans son état civil aux différentes époques de son existence. Ce serait là une excellente réforme ; il serait facile de lui donner une forme pratique.

la discussion de cette question du consentement des parents).

Afin de donner toute son efficacité à ces moyens de contrôle, il faut au moins cinq jours entre la production des pièces et la célébration du mariage, et en outre la publication pendant ce même laps de temps de l'annonce dudit mariage. Il ne peut y avoir que dans deux cas, en effet, un intérêt sérieux à ce qu'il n'y ait pas de publicité donnée à un mariage :

1° Au cas où l'un des époux ne veut pas faire connaître au public sa qualité d'enfant naturel ;

2° Au cas où deux concubins, passant pour mariés, désirent faire régulariser leur union secrètement.

La loi de 1907 a déjà permis aux procureurs de la République d'autoriser, en cas de motif sérieux, la suppression de la publicité. Il faut que dans les cas signalés, cette suppression constitue un droit et non une faveur.

Dans les autres cas, la clandestinité ne servirait guère qu'à voiler des faits inavouables et par suite peut être écartée (1).

(1) Un maire-adjoint d'un arrondissement de Paris, cependant, le Dr Th. Maréchal, proposait, dans *Le Journal* du 8 avril 1909, de supprimer radicalement les publications de mariage. Sa situation lui a, paraît-il, permis de se rendre compte qu'elles ne sont jamais utiles et sont parfois nuisibles. Les exceptions réclamées au texte nous semblent diminuer la valeur de ses arguments. Il fait observer toutefois à juste titre que dans 282 communes seu-

En résumé, alors que l'on admet bien que quand on va traiter certaines affaires pécuniaires avec une personne, on peut exiger un état hypothécaire de ses propriétés, il serait étrange que l'on ait moins de garanties lorsqu'il s'agit de faire un acte aussi grave que le mariage. C'est pourquoi nous repoussons l'idée d'imiter le mariage américain, dépourvu à l'excès de tout impedimentum. Il peut convenir dans des régions peu peuplées, où tous les citoyens se connaissent entre eux, mais non dans les régions à population dense ni dans les villes. Là, il ne peut servir qu'à discréditer le mariage. Il nous semble d'ailleurs qu'un délai de cinq jours n'a rien d'excessif ; il suffira fréquemment à empêcher des tromperies graves.

Mais dans certains cas, objectera-t-on peut-être, il est à craindre que les délais ne servent qu'à empêcher le mariage, si la jeune fille se livre imprudemment et que le jeune homme ensuite ne la délaisse. Cet argument porte, dans l'état actuel, où les délais peuvent être fort longs dans certains cas. Mais avec un délai de cinq jours, il n'est pas sérieux. En effet, si au bout de si peu de temps l'homme est fatigué de la femme, le mariage n'aurait pas empêché le même accident, — et il n'y a guère d'utilité à régulariser

lement, ayant plus de 10.000 habitants, les mairies ne connaissent pas leurs administrés, et que le temps perdu en démarches et en copies est considérable.

une union ainsi viciée dès le début. La jeune fille séduite aura la ressource de réclamer des dommages-intérêts au séducteur, et en cas de naissance d'enfant, d'exercer la recherche de la paternité.

Mais il sera plus prudent pour elle de résister à son fiancé pendant les cinq jours réglementaires... Cela ne sera jamais qu'une courte prolongation de délai, car nous aimons à croire qu'elle n'épousera pas un étranger pour elle.

Voilà donc justifiée, croyons-nous, la nécessité de la production de certaines pièces. Mais, dira-t-on encore, ces pièces peuvent parfaitement être produites à un guichet d'état civil. Point n'est besoin d'un maire ou d'un adjoint ceint d'une écharpe. — C'est là une erreur, et nous estimons nécessaire la présence d'un officier de l'état civil, afin d'éviter que l'on n'exerce une contrainte quelconque sur la volonté de l'un des époux. Le rôle de l'officier de l'état-civil pourra consister simplement à s'assurer de la liberté du consentement de chacun d'eux, en leur posant une question formelle à laquelle il devra être répondu non pas par un simple monosyllabe comme aujourd'hui, mais par une phrase intelligible. Cela fait, on pourra facilement se dispenser de lire les articles du code. Un greffier enregistrera et le contrat sera conclu.

Nous pensons ainsi concilier les nécessités mo-

dernes avec celles non moins importantes de la sécurité des parties et de la protection des enfants à naître. Simplifier davantage, ce serait tomber dans les errements que nous nous sommes efforcé de combattre et de réduire logiquement à néant.

II. — Si nous envisageons maintenant l'indissolubilité au moins théorique de notre contrat de société, nous nous heurtons à la question capitale du sujet.

C'est en effet parce qu'en admettant que le mariage est un contrat, les adversaires confessionnels du divorce pensent devoir accepter par là-même la dissolubilité du mariage, qu'ils refusent de lui reconnaître ce caractère ; et d'autre part, beaucoup parmi ceux qui admettent la théorie du mariage-contrat raisonnent en pure logique et veulent imposer toutes les conséquences de ce caractère de contrat, notamment qu'en cas d'inexécution par une des parties, l'autre partie ne peut qu'exiger des dommages-intérêts, mais non obliger la première à exécuter ses obligations, et en outre que tout contrat pouvant être résolu par le consentement mutuel des parties, il doit en être de même du mariage.

Nous répondrons à ces objections, qui semblent capitales, qu'une théorie juridique n'est plus aujourd'hui un dogme qu'il faut accepter en totalité, ou bien rejeter. Elle ne se suffit plus à elle-même comme

elle le faisait en droit romain avant les réformes du préteur, quand elle constituait un système rigide auquel il n'était pas permis de toucher pour le modifier.

Une théorie juridique est faite aujourd'hui pour expliquer, pour éclairer les lois écrites ; elle doit être prête à en relever les iniquités lorsque ces lois écrites s'écartent du droit naturel ; mais elle doit aussi, lorsqu'elle a constaté l'équité d'une disposition législative et sa nécessité, y adapter son raisonnement, l'expliquer et la justifier.

Il ne s'agit donc pas de dire : si le mariage est un contrat, il doit, comme tout contrat, être résoluble en cas de consentement mutuel, etc... Mais au contraire : étant donné qu'il y a une raison d'équité et un motif d'utilité publique à décréter l'indissolubilité théorique d'un contrat donné, en l'espèce le mariage, quelle construction juridique devra être adaptée à ce contrat ?

Nous croyons avoir suffisamment démontré la nécessité de l'indissolubilité théorique du mariage, en réfutant la thèse de l'union libre. Cette nécessité une fois admise, il ne reste plus qu'à y subordonner la théorie du mariage, ou tout au moins à ranger cette indissolubilité au nombre des conditions qui sont de l'essence particulière de notre contrat.

III. — Mais l'indissolubilité du mariage étant proclamée comme principe, les tempéraments que comporte tout principe doivent intervenir pour en pallier la sévérité.

Toutes les fois que le mariage ne répondra manifestement plus au but en vue duquel il a été contracté, toutes les fois que l'intérêt social n'exigera plus le sacrifice de l'intérêt individuel, le divorce pourra être prononcé par le tribunal, dont le rôle sera précisément d'apprécier ces contingences.

Et il en sera ainsi, par exemple, quand l'un des deux époux sera une victime entre les mains de l'autre époux et réclamera la rupture d'un lien qui l'étrangle ; ou quand les deux époux, ayant élevé les enfants issus de leur union jusqu'à un âge convenable, et ayant préparé loyalement l'avenir de ces enfants, étant d'autre part obsédés par la vie commune qui n'a plus désormais aucun but, aucun intérêt, veulent s'en affranchir et s'efforcer de vivre heureux à leur tour (1). Les tribunaux apprécieront, dans un large esprit d'humanité, — mais d'une humanité qui considérera tous les intéressés suivant le degré d'intérêt qu'ils méritent, — et se prononceront en toute im-

(1) Remarquons ici que dissoudre le mariage à n'importe quel moment équivaldrait à la dissolution d'une société ordinaire « à contre-temps », ou « de mauvaise foi », ce qui est prohibé par l'article 1869 du C. C.

partialité ; — ceux qui ont l'habitude du prétoire savent combien les magistrats ont à cœur de trancher toutes ces questions de famille au mieux des intérêts de tous les membres de la famille.

Mais il n'en sera pas ainsi lorsque, par exemple, un des époux, sans rime ni raison, voudra abandonner son conjoint et ses enfants, ou même son conjoint seulement, après l'avoir ruiné peut-être ; — et dans tous les cas où il ne s'agira pour l'un d'eux que de s'affranchir facilement de devoirs qui lui pèsent, parfois même de dettes envers l'autre.

Dans tous ces cas, nous ne pouvons permettre le divorce, parce que nous sommes logique avec nous même, et puisque nous estimons indispensable la conservation du mariage, nous ne pouvons admettre ce qui en serait la négation — et le divorce « *ad nutum* » ne serait pas autre chose : à quoi bon, en effet, sanctionner des obligations dont on pourra s'affranchir à volonté ? Car, ne l'oublions pas, quelles que soient les mesures prises pour en assurer l'accomplissement, il y aura toujours moyen de s'y soustraire dans une mesure quelconque : les esprits malhonnêtes sont fertiles en expédients pour échapper à la loi. Il y a donc, entre les prémisses et la conclusion, une contradiction flagrante que nous ne pouvons accepter.

C'est pourquoi nous nous refusons à admettre le

divorce par la volonté d'un seul, et c'est pourquoi nous n'admettrions le divorce par consentement mutuel que s'il était loisible au tribunal de ne l'autoriser qu'à bon escient, de l' « entériner » facultativement, si l'on peut s'exprimer ainsi (1).

— Reste la question fameuse du *debitum conjugale*, du devoir conjugal. Peut-on forcer quelqu'un à accomplir ce devoir « immonde » lorsqu'il est imposé, selon l'expression de M. Acollas ? La liberté individuelle, la délicatesse la plus intime ne s'opposent-elles pas à une pareille obligation ?

Nous estimons, personnellement, que l'on a beau-

(1) Une des raisons invoquées en faveur de l'établissement du divorce par consentement mutuel, par M^e Henri Coulon, est que les parents seraient amenés ainsi à régler eux-mêmes les détails de leur séparation, de l'entretien et de l'éducation de leurs enfants, etc.. Mais rien n'empêche de décider que les parents devront soumettre un projet réglant ces points, au tribunal, qui serait appelé à l'entériner ou à le modifier, et dont l'intervention même serait une garantie. — Les partisans du divorce par consentement mutuel (comité Coulon, P. et V. Margueritte, *op. cit.*) veulent établir un « *temps d'épreuve* », un délai de quelques mois, destiné à établir que la volonté mutuelle est persistante, n'est pas un caprice momentané. Mais ces délais ne tarderaient pas eux-mêmes à paraître des vestiges gênants et à être supprimés. Au surplus, ils ne détruisent pas nos objections. — Les objections apportées par M. Naquet (*Vers l'Union libre*) à toutes les dispositions restrictives insérées dans la proposition de loi actuellement déposée sur le bureau de la Chambre, et rétablissant le divorce par consentement mutuel, prouvent au contraire que nos craintes sont pleinement justifiées : il détruit une à une les mesures de précaution, et en effet, une fois le principe admis, on doit logiquement supprimer les entraves.

coup dramatisé cette question, et qu'on l'a présentée sous un aspect erroné.

En effet, quelle est la sanction de cette obligation, nulle part écrite dans la loi mais partout sous-entendue ? Il n'y en a aucune, — si ce n'est une indirecte, le divorce pour injure grave en cas d'inexécution.

Mais à quelque moment du mariage que l'on se place, même au premier jour des noces, on ne peut davantage contraindre l'époux rebelle à accomplir la fonction qui est en somme la base du mariage.

Il y a donc là une obligation purement morale, que certains confondent avec les autres obligations dérivant du mariage. Cette confusion est la source des difficultés :

Voici, à notre sens, la seule façon logique de raisonner. A la base du mariage se trouve une obligation purement morale, la « *copula carnalis* », ne comportant aucune sanction directe.

Si elle n'a jamais été exécutée, il n'y a pas de mariage, ou plutôt le mariage contracté a manqué son effet, et par suite la dissolution s'impose au tribunal, car il n'a plus de raison d'être, — ceci sous la réserve que les choses soient encore entières (« *rebus adhuc integris* ») en matière pécuniaire ou autre, car si elles ne l'étaient plus le tribunal serait tenu de valider le mariage dans la mesure nécessaire à l'équité.

Si au contraire l'obligation conjugale a été exécu-

tée, le mariage est vraiment consommé, conformément à la doctrine de l'Eglise, — et par suite les obligations subséquentes naîtront.

Mais il suffit qu'elle ait été exécutée une seule fois pour que ces obligations naissent, et par suite peu importe qu'elle ne soit plus exécutée dans la suite. Toutes les raisons qui militent en faveur de l'indissolubilité théorique du mariage n'en subsistent pas moins, malgré que cette obligation ne soit plus exécutée.

Lorsque le divorce est refusé, la situation est exactement la même. Le mariage est maintenu, parce que les obligations qui dérivent de sa conclusion doivent être sanctionnées — et l'obligation conjugale ne sera pas plus exécutoire par la force dans un cas que dans l'autre. Ce n'est pas l'exécution de celle-ci que le mariage maintiendra, mais l'exécution de toutes les autres obligations qui dérivent de la conclusion du contrat et plus spécialement de la consommation physique du mariage.

Qu'il soit fâcheux d'imposer la vie commune à deux êtres qui, ne trouvant plus aucun goût aux relations sexuelles ensemble, se trouveront dans l'alternative ou de les continuer malgré tout, ou de s'en priver ; qu'il soit fâcheux de provoquer ainsi dans beaucoup de cas l'adultère, la création de faux ménages, etc..., nous n'en disconvenons pas. Mais faut-il, pour

supprimer ces graves inconvénients, tomber de Charibde en Scylla, et décider que pour les éviter les couples feront des chassés-croisés *ad libitum*, se mariant à leur gré, divorçant à leur gré, selon l'impulsion du moment et l'état sentimental du jour ? Faut-il décréter qu'en raison de la très grande difficulté qu'il y a à faire exécuter certaines obligations, on ne les sanctionnera plus du tout ? Nous ne le pensons pas. Ce sont là, si l'on nous permet cette comparaison familière, raisonnements de Gribouille, qui se jette à l'eau quand il pleut, de peur qu'il ne se mouille.

En résumé, pas plus à un moment qu'à l'autre, l'« *odieux debitum conjugale* » de M. Acollas ne sera exécuté contre le gré de quelqu'un. Les époux qui resteront mariés en ressentiront les effets au point de vue de leur liberté, en ce sens qu'ils ne pourront contracter un autre mariage — et quelle utilité y-a-t-il à permettre de se marier à des gens qui ne se sont pas encore acquittés des obligations leur incombant à la suite d'un premier mariage ? — Mais à aucun moment on ne les obligera à accomplir un acte qui leur fait horreur (1). Au cas où le plus fort serait

(1) L'argument capital que tirent du « *debitum conjugale* » les adversaires du mariage se trouve ainsi réduit à néant. Il serait en effet monstrueux de forcer un des époux à accomplir cet acte contre son gré, et dans notre système, où les sexes sont égaux, on n'y pourra contraindre aucun d'eux. Mais de ce que cet acte

tenté d'obtenir, par le moyen de mauvais traitements exercés sur son conjoint, le divorce qui lui est refusé, le tribunal pourra accorder à l'autre époux (les deux sexes étant égaux en droits et en devoirs), le droit de résider en dehors du domicile conjugal, sans préjudice de poursuites correctionnelles exercées contre l'époux coupable.

Ici encore on criera aux inconvénients identiques à ceux de la séparation de corps. Peu importe ! A force d'enlever toute vigueur à la sanction des obligations civiles, on finira par encourager à ne les pas exécuter, comme on a multiplié les délits criminels à force d'énervier la répression. Il importe de se dresser résolument en face de pareilles tendances, qui sortent du libéralisme pour verser dans l'anarchie.

N'oublions pas d'ailleurs que le divorce étant, dans notre système, prononcé par le tribunal chaque fois qu'il y aura de véritables motifs, les seules personnes qui seront réduites à l'état regrettable signalé plus haut, seront les gens de mauvaise foi, contre lesquels leur conjoint n'aura pas voulu demander le divorce précisément pour ne pas les délier de leurs obligations, et par conséquent ne méritant aucune sympathie — à moins que l'on ne réserve toute sa

ne s'accomplira plus, il n'en résulte aucunement que l'on doive, par une série de raisonnements spécieux, délivrer les époux de toutes leurs obligations antérieurement contractées.

pitii pour les malhonnêtes gens, à l'exclusion des autres...

D'autre part, cette regrettable situation ne sera que momentanée, car dès que les obligations auront été exécutées, dès que des gages suffisants auront été fournis pour l'avenir, le tribunal n'hésitera pas à rompre un mariage qui ne pourra plus être qu'une vaine façade.

**

B. — Nous avons mentionné les règles exceptionnelles qui doivent s'appliquer à notre contrat de société, en raison de sa nature particulière.

Il nous reste à tirer de son caractère même de *contrat de société* les conséquences logiques qui en dérivent à ce titre. Ce sont :

- I. — L'égalité complète des deux associés ;
- II. — La liberté de fixer les clauses du contrat de société dans les limites de la loi ;
- III. — La nécessité d'un gérant pour la gestion du patrimoine commun.

I. — Nous avons constaté l'évolution, qui se poursuit encore aujourd'hui et n'est point même terminée, et qui tend à accorder aux deux sexes l'égalité complète. Il y a bien des réserves à faire à ce sujet, au moins au point de vue politique (1).

(1) Le *Temps*, dans son numéro du 15 août 1909, exposait les

Mais en ce qui concerne le point de vue qui nous occupe ici, il est incontestable que le moment est venu de reconnaître aux deux époux des droits et des devoirs égaux. En fait, le mari conservera une suprématie que lui confèreront sans doute longtemps encore l'opinion et les mœurs, et qu'il tient d'ailleurs de sa force physique et morale généralement supérieure à celle de la femme. Mais en droit, il n'y a aucune raison pour subordonner la femme au mari, et pour augmenter ainsi par des dispositions légales cette force qui crée déjà une inégalité de fait.

En conséquence, dans notre système, nous proclamons l'égalité absolue des deux associés, c'est-à-dire des deux époux.

Nous citerons à ce sujet les articles élaborés par le Comité de réforme du mariage, qui a conçu un projet de loi dont nous aurons l'occasion de reparler ; ce projet est reproduit en appendice dans « *Le Mariage et le Divorce de Demain* », par Henri Cou-

résultats obtenus en Nouvelle-Zélande par le vote des femmes, d'après une étude du *Times* de Londres. Les femmes ont grandement contribué à faire voter dans ce pays les lois de tempérance, et c'est grâce à elles que l'attorney-général compte faire accepter d'autres réformes politiques et sociales. En revanche, elles témoignent une aversion croissante pour les travaux domestiques et la vie à la maison ; le foyer y perd grandement, et les hommes souffrent de cet état de choses. D'après les statistiques, la majorité est d'ores et déjà acquise aux femmes dans les dix-sept circonscriptions électorales.

lon et René de Chavagnes. Voici les articles en question :

ART. 18. — Les deux époux ont des droits et des devoirs égaux.

ART. 19. — Ils se doivent mutuellement fidélité, aide et assistance (1).

ART. 30. — La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile.

Ainsi se trouvent fixés de façon concise, nous semble-t-il, les principes qui devront présider dans l'avenir aux relations entre époux, et dont la proclamation est inéluctable d'ici à peu de temps. La capacité civile de la femme mariée demeurera alors entière, et aucune entrave ne l'embarrassera plus.

Et ainsi se trouvera atteint le terme de l'évolution

(1) M. Paul Hervieu, membre de la commission de réforme du code civil instituée par le Ministère de la justice, a proposé à cette commission d'inscrire, au nombre des obligations imposées aux époux, le devoir d' « amour » à côté de ceux de fidélité, de secours et d'assistance. — Nous n'apercevons guère l'utilité d'ajouter un devoir purement moral à ceux déjà existants ; alors que l'on n'est pas capable de faire exécuter ceux de fidélité, de cohabitation, etc., comment fera-t-on exécuter celui d'amour ? Et quel sera le criterium de l'existence de l'amour ? On a déjà objecté à ce projet que le code doit viser des actes et non des idées ou des sentiments : « Cela doit être ainsi parce que ces faits psychiques échappent à une détermination précise et équitable, — ce qu'on a dit, et surtout parce que leur seule recherche viole la liberté de l'individu dans son activité la plus personnelle — ce qu'on a moins vu... Le sentiment doit échapper à toute sanction du code. Il tient dans le domaine de la vie émotionnelle la même place que la conscience dans le domaine de la raison » (D^r Toulouse, *Les leçons de la vie. — L'obligation de l'amour conjugal*).

que nous avons signalée, et que l'éminent sociologue Westermarck définissait ainsi dès 1891 : « La tendance dominante de ce processus en ses phases récentes a été l'extension des droits de la femme. La femme n'est plus la propriété de l'homme, et selon les idées modernes le mariage est, ou devrait être, un contrat sur le pied d'une égalité parfaite entre les sexes. L'histoire du mariage est l'histoire d'une relation dans laquelle les femmes ont, graduellement, triomphé des passions, des préjugés et des intérêts égoïstes des hommes » (1).

II. — La seconde conséquence découlant du caractère de contrat de société que nous attribuons au mariage, sera la liberté de fixer les clauses de ce contrat, comme de tout autre contrat de société.

Mais il importe de distinguer ici entre les rapports sociaux des époux entre eux, et leurs rapports pécuniaires.

En ce qui concerne les premiers, on a proposé (2) de permettre aux fiancés de fixer comme ils l'enten-

(1) *Op. cit.* — Il est remarquable que maints pays étrangers aient déjà atteint ce degré de civilisation : nous verrons plus loin la liste des pays qui ont consacré la pleine capacité civile de la femme mariée. — En Belgique, Laurent, dans son projet de révision du code civil, allait plus loin encore : il proposait de supprimer la puissance maritale et de proclamer l'égalité des époux et l'indépendance de la femme.

(2) Paul Lapie, *op. cit.*

dent, et selon leurs convenances, selon la situation sociale et intellectuelle de chacun d'eux (la femme dans certains cas est non seulement égale, mais encore supérieure à son mari) (1) : les conditions de domicile, de nom ; les besognes incombant au mari et celles incombant à la femme ; le gouvernement domestique, dévolu au mari ou à la femme selon les cas, etc... De telle sorte que le domicile du ménage pourrait être celui de la femme au lieu de celui du mari, le nom du ménage celui de la femme au lieu du nom du mari ; le mari au lieu de la femme pourrait être chargé des besognes du foyer (par exemple si un cuisinier épouse une demoiselle du téléphone) ; la femme pourrait avoir le gouvernement domestique à la place du mari, etc...

Nous n'apercevons pas très bien l'utilité d'édicter de semblables dispositions, car en fait chaque mé-

(1) Les anciens Scythes, selon *Ælien*, appliquèrent ce principe, tout au moins dans l'ordre de leur conception de la supériorité : les fiancés se battaient ensemble, et celui qui était le plus fort était le maître du ménage — c'était parfois la femme... (*Encyclopédie* de 1765, v^o *Mari*). — Mais voici plus curieux : les auteurs de l'*Encyclopédie* de 1765 proposaient déjà de laisser aux époux pleine liberté de fixer, comme ils l'entendraient, la question de la suprématie dans le ménage, parce que, disent-ils, « le mariage est de sa nature un contrat ; et par conséquent dans tout ce qui n'est point défendu par la loi naturelle, les engagements contractés entre le mari et la femme en déterminent les droits réciproques... » (*Ibidem*, v^o *Femme*, article de M. le chevalier de Jaucourt).

nage arrange tous ces points au mieux de ses intérêts pratiques.

En fait, le domicile sera fixé où il sera nécessaire, au besoin chez la femme ; peu importe alors que l'on dise que c'est le mari qui fixe le domicile par sa présence, le résultat pratique étant identique ; — de même il arrive fréquemment que le ménage porte le nom de la femme ajouté à celui du mari par un trait d'union (1) ; c'est même une coutume constante dans les pays du nord de la France et en Belgique ; il y a là une véritable « *raison sociale* », une « *firme* » ; rien n'empêche de vulgariser cette coutume ; mais les enfants devront toujours, pour des raisons d'utilité publique, porter le nom de leur père et non celui de leur mère. En ce qui concerne les besognes du ménage, il y a encore là une question d'arrangements pratiques.

Mais pour ce qui touche le gouvernement domestique, les époux devant être égaux entre eux, on ne pourra modifier le principe, sauf à régler certains points particuliers selon les convenances des époux.

En fait, ce sera l'entente mutuelle qui décidera des résolutions de tous genres à prendre, et en cas de mésentente, il se passera ce qui arrive en réalité ac-

(1) Remarquons d'ailleurs que l'habitude de donner à la femme le nom du mari est un simple usage et ne résulte pas d'une disposition légale expresse (V. Planiol, *op. cit.*).

tuellement : ou l'un des deux se rendra aux bonnes ou mauvaises raisons de l'autre, ou il maintiendra sa manière de voir ; et dans ce dernier cas il y a la révélation d'une désharmonie qui risque de se traduire tôt ou tard par une demande en divorce.

Cependant, il peut y avoir des points particuliers qu'il serait fort désirable de voir régler dans le contrat, afin d'éviter toute contestation ultérieure ; ces points peuvent varier à l'infini selon les espèces, mais on peut citer à titre d'exemple les questions religieuses (1), les questions d'éducation des enfants (2), certaines conditions posées par l'un des époux en contractant le mariage (il est bien entendu qu'il ne s'agit pas ici de conditions suspensives ou résolutoires, et que le mot est employé dans son sens extra-juridique), etc... Dans tous ces cas, on peut admettre la liberté pour les époux de fixer à leur gré les clauses de leur contrat (3), à la condition de ne pas contre-

(1) Voir Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 50, n° 170, 1^{re} édition.

(2) « Après tout, deux fiancés qui ne s'entendraient pas sur ces questions importantes feraient mieux de ne pas s'épouser. Il est donc utile qu'ils s'entretiennent, fixent d'une manière définie les termes de leur entente et en fassent l'une des clauses essentielles de leur engagement » (Paul Lapie, *op. cit.*).

(3) Les Etats-Unis nous auraient précédés dans cette voie, dans la pratique tout au moins, sinon dans les textes législatifs. *Le Matin* du 12 juin 1909 raconte en effet cette anecdote, dont nous lui laissons l'entière responsabilité... Une demoiselle Mabel Jones, de New-York, avant d'épouser un M. George Smith, exigea la petite formalité qui va suivre : « Sur son invitation, — ra-

venir à l'article 6 du Code civil, qui interdit de déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Il est indiscutable, en effet, que de même que la loi intervient pour réglementer les conditions des contrats de société ordinaire, par exemple en prohibant la clause léonine, ou en réglant le fonctionnement des sociétés anonymes, de même elle peut apporter certaines restrictions à la liberté des contractants en notre matière, pour des motifs d'ordre public. Ces restrictions se justifient par ce fait que non seulement les conventions entre les époux peu-

conte *Le Matin*, — un homme de loi a rédigé dans les formes idoines le contrat suivant :

§ 1^{er}. — M. George Smith s'engage, aussitôt son salaire touché, à rentrer directement chez lui, sans parler à personne, et à remettre intégralement le dit salaire entre les mains de sa femme.

§ 2. — M. George Smith s'engage à être rentré chez lui tous les soirs à neuf heures, exception faite du cas où il serait en compagnie de sa femme.

§ 3. — M. George Smith s'engage à s'abstenir de boissons alcooliques et de tabac, sous une forme généralement quelconque. »

Et cela continue ainsi jusqu'au paragraphe 37, dans lequel M. George Smith s'engage enfin : à se montrer toujours affable à l'égard de tous les parents de sa femme, et plus particulièrement à l'égard de M^{me} Jones, sa mère. — Mais nous n'apercevons pas la sanction que comporterait l'inobservation de ces clauses. Si l'on pourrait admettre le divorce pour le manquement à des clauses graves, il est difficile d'admettre la même sanction pour celles-ci, par exemple si M. Smith a fumé, est rentré après neuf heures ou a parlé à quelqu'un dans la rue... Les Américains n'ont pas le sens du ridicule !

vent atteindre les tiers, mais encore que la loi a pour devoir de sauvegarder les intérêts des enfants à naître.

— En ce qui concerne les rapports pécuniaires des époux entre eux, il convient de remarquer que dès maintenant les contractants jouissent d'une certaine liberté, ayant le choix entre les divers régimes matrimoniaux réglés par le Code. Ces régimes se sont pénétrés réciproquement, et les notaires sont parvenus, par une habile rédaction des clauses, à donner satisfaction aux desiderata des parties.

Cependant il peut y avoir des surprises, en raison de termes juridiques mal compris, et de la rigidité des moules légaux qui entraîne parfois des conséquences insoupçonnées des parties. Aussi convient-il de décréter leur liberté sans entrave et de leur permettre de régler selon leurs désirs, aussi bien l'administration que la propriété ou la simple possession de leurs biens respectifs.

Dans notre système, il découlera logiquement de la capacité civile complète de chaque époux, le droit pour chacun d'eux d'administrer et d'aliéner librement ses biens propres (1). La femme ne sera plus

(1) D'après l'article 217 du C. C. actuel, la femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans l'autorisation de son mari. Sous le régime dotal, elle ne peut aliéner ses paraphernaux ni paraître en jugement à raison desdits biens sans

soumise à son mari en ces matières, et si elle lui donne mandat d'administrer ses propres, elle sera toujours libre de révoquer le mandat ainsi donné, car le contrat de mariage ne pourra valablement priver la femme de sa capacité civile.

Mais à côté des biens propres à chaque époux, il y aura des biens communs : ce seront ceux que les époux auront décidé par leur contrat de mettre en commun, et ce seront ceux qui proviendront des gains des époux dans leurs professions respectives, à moins qu'il n'ait été expressément stipulé que ces gains resteraient des propres.

Le Comité de réforme du mariage, dans son projet, fait de la séparation de biens le *régime légal obligatoire* du mariage.

Nous ne saurions admettre pareille solution.

Rendre la séparation de biens *obligatoire*, faire contribuer chacun des époux aux charges du mariage suivant les conventions intervenues en leur contrat, sans instituer aucuns biens communs, pas même ceux provenant de l'industrie des époux, ce serait enlever au mariage un ciment indispensable : l'intérêt commun.

Ce serait en outre entraver gravement la liberté des contractants.

l'autorisation du mari, ou, à son refus, sans la permission de la justice (art. 1576), etc...

Le code a établi comme régime légal, en cas d'absence de contrat, un régime inique, la communauté. A vrai dire, ce n'est que sous l'influence de conditions économiques fort différentes de ce qu'elles étaient lors de la confection du code, et à mesure que les biens mobiliers ont pris une importance croissante dans la composition des fortunes, que cette injustice est apparue.

Mais entre la communauté et la séparation de biens, il y a le régime équitable de la communauté réduite aux acquêts, dont l'adoption s'imposera comme régime légal tout au moins, en l'absence de contrat, les parties restant libres d'adopter un des deux autres régimes, ou même d'apporter à la communauté réduite aux acquêts telles modifications qu'il conviendra..

Ce dernier régime nous semble le meilleur, parce que tout en maintenant à chacun des époux la propriété de ses biens personnels, il constitue entre eux une communauté réelle d'intérêts, en rendant communs les revenus de chacun d'eux et les gains provenant de l'industrie de chacun, à l'acquisition desquels l'autre ne sera certainement pas étranger, au moins moralement (1).

(1) Il est bien entendu qu'il ne peut être question de revenir sur la loi du 13 juillet 1907, accordant à la femme mariée la libre disposition de son salaire. Il y a là une disposition d'utilité géné-

Dans le régime préconisé par le comité Coulon, au contraire, aucune communauté d'intérêts, l'égoïsme et la méfiance, le sentiment de la propriété personnelle encouragé et développé (1), alors que dans la communauté réduite aux acquêts la propriété personnelle est pour ainsi dire en léthargie, et ne produira ses effets que lorsque ce sera utile, c'est-à-dire à la dissolution du mariage.

Et puis, dans le premier système, que de calculs néfastes à la bonne harmonie, et aussi que de difficultés. Un meuble acheté avec les fonds personnels à l'un des époux demeurera sans doute sa propriété particulière ? Nulle intimité vraie dans un pareil régime (2).

rale et de protection de la femme, qui restera en dehors de la faculté pour les époux de régler librement leurs conventions matrimoniales, — conformément à l'article 1^{er} de ladite loi.

(1) « La séparation de biens, à moins de raisons exceptionnelles, n'est pas *naturelle dans le mariage* : il est contradictoire, comme le dit M. Glasson, que deux personnes qui partagent le même foyer domestique aient pour leurs biens des intérêts entièrement distincts » (Planiol, *op. cit.*, t. III, 1^{re} édition, p. 280).

(2) D'autres inconvénients encore sont attachés au régime de la séparation de biens. Il est défavorable aux femmes pauvres, observe M. Saleilles (article de la *Réforme sociale* du 16 novembre 1901), car à la dissolution du mariage elle n'a droit à rien, même si le mari a gagné quelque chose pendant le mariage, sans doute avec sa collaboration. Pour pallier à ce grave inconvénient, des féministes n'ont rien trouvé de mieux que de faire accorder à la femme un salaire pour la part qu'elle a prise aux travaux du ménage et à l'éducation des enfants. Il est plus digne, nous semble-t-il, « et plus conforme à la nature de la société conjugale de

Nous adopterons donc la communauté réduite aux acquêts, comme régime légal, à défaut de contrat (1).

corriger par une communauté d'acquêts les inconvénients de la séparation de biens. Mais sous le nom de séparation de biens, n'est-ce pas une demi-communauté qu'on propose ? Voici, par exemple, un projet préconisé par le Conseil national des femmes françaises : « Le régime de droit commun des époux mariés sans contrat est la séparation de biens », nous dit-on. Et l'on stipule, en effet, que « chacun des époux conservera la propriété des biens meubles et immeubles qui lui appartiendront au moment de la célébration du mariage et de ceux qui, pendant la durée de l'association conjugale, lui adviendront par succession, donation, legs ou autrement ». Mais on nous dit, d'autre part, que « les revenus des biens des époux, quelles qu'en soient la nature et l'origine, seront appliqués, jusqu'à due concurrence, à l'acquit des charges du ménage » : première espèce de communauté. Et l'on ajoute que « l'excédent de ces revenus », ainsi que « les bénéfices et économies réalisés pendant le mariage, formeront les éléments d'une société dite communauté d'acquêts qui, à la dissolution du mariage, se partagera par moitié entre les époux, ou entre l'époux survivant et les héritiers de l'autre » : seconde espèce de communauté (a). Tandis que le régime de communauté mobilière évolue vers le régime de séparation de biens, celui-ci se soude au régime de la communauté d'acquêts. Cette double tendance n'indique-t-elle pas que le régime légal doit s'efforcer de combiner les avantages des deux systèmes (b) ? » (Paul Lapie, *La femme dans la famille*.)

a) Note de M. Lapie : — De même, M. Bridel (*Le droit des femmes et le mariage*, concl. § 7), esquissant un régime de séparation, proposait de donner à chacun des conjoints un fort droit de succession sur les biens de l'autre : n'est-ce pas se rapprocher d'un régime de communauté ?

b) Note de M. Lapie : — Les féministes intransigeants réclament le régime de la séparation de biens « sans communauté d'acquêts » (V. *Congrès de la condition et des droits des femmes*, p. 249 et s.). Ils craignent que les acquêts de la femme ne soient absorbés par le mari ; ils craignent que la femme ne soit obligée de payer les dettes du mari. Mais ces dangers seraient évités si l'administration des biens communs était entre les mains des deux époux.

(1). « La forme qui convient le mieux aux habitudes françaises

Mais, conformément à notre principe, nous laisserons aux époux l'entière liberté de leurs conventions matrimoniales, dans les limites de la loi.

En outre, nous accorderons à chaque époux le *droit* d'obtenir du tribunal la séparation de biens complète, en cas de prodigalité de l'autre époux prouvée par tous moyens, et non seulement en cas de déconfiture, comme actuellement (1).

est la communauté réduite aux acquêts, car c'est elle qu'on adopte presque toujours quand on fait un contrat de mariage » (Planiol, *op. cit.*). La communauté convient plus spécialement aux races commerçantes, aussi est-elle fort répandue en Belgique et en Hollande.

(1) Le nouveau Code civil allemand, qui a réglé soigneusement la situation et les attributions de la femme mariée, a fixé comme régime légal un système mixte : les biens de la femme sont divisés en biens *apportés* et biens *réservés* ; le mari a l'administration et la jouissance des premiers ; la femme administre les seconds, qui comprennent notamment le mobilier, le linge, les gains et salaires de la femme, ses instruments de travail, etc..; elle peut s'obliger sur ces biens et en disposer. Quant aux biens apportés, ils sont destinés à subvenir aux besoins du ménage, mais le mari ne peut en disposer, il n'en a que la jouissance ; la femme elle-même n'en peut disposer sans l'autorisation du mari, mais elle peut s'obliger sans cette autorisation.

En Suisse, les cantons de Neuchâtel, du Valais, de Schaffouse et des Grisons ont institué la communauté réduite aux acquêts comme régime légal ; le projet de Code civil suisse consacre la capacité civile de la femme mariée ; mais il institue comme régime légal l'union des biens, qui est exclusive de communauté (les deux fortunes restent séparées, mais le mari en a l'administration ; il ne peut faire aucun acte de disposition). — En Suède, la femme mariée a sa pleine capacité civile ; le régime légal est la communauté, le mari en a l'administration, mais ses pouvoirs sont limités ; la femme a la libre disposition de ses gains. — En Norvège

III. — Dans presque tous les régimes, et notamment dans celui que nous préconisons comme régime légal, il y aura des biens communs.

A qui appartiendra l'administration de ceux-ci ?

également, la femme mariée conserve sa pleine capacité ; le régime des biens est analogue à celui de la Suède ; chaque époux a l'administration de ses propres. — En Russie, la jeune mariée a sa capacité civile ; la séparation de biens est le régime légal. — En Autriche, c'est le régime dotal qui est le régime légal, mais il est fort différent du système français : l'usufruit de la dot y appartient au mari, sauf pour les choses fongibles ou consommables par le premier usage. Chaque époux reste propriétaire de ses biens, et n'a aucun droit sur ce que l'autre acquiert durant le mariage, à quelque titre que ce soit. Le mari administre les propres de la femme, sauf clause contraire. — En Angleterre aussi la femme mariée a sa pleine capacité civile ; le régime légal est la séparation de biens. — La séparation de biens est enfin le régime légal dans plusieurs Etats de l'Amérique du Nord, au Canada, etc., et en Italie, mais dans ce dernier pays la femme n'a pas sa capacité civile absolue. — Enfin, dans quatre Etats de l'Amérique du Nord, en Australie (sauf dans un Etat), en Finlande et en Norvège, elles ont certains droits politiques ; en Angleterre et en Suède, elles ont le droit de vote dans les élections municipales.

V. Valensi, *l'Application de la loi du divorce en France*, p. 296 et suiv., pour le droit comparé et pour l'intéressante discussion à l'issue de laquelle M. Valensi préconise l'adoption des quatre propositions suivantes qui ont été émises comme vœux par le deuxième Congrès International des Oeuvres et Institutions féminines et dont il a légèrement modifié les 2^e et 3^e propositions :

1^o Liberté de régler les conventions matrimoniales pécuniaires, dans tout ce qui n'est pas contraire à la morale ou à l'ordre public ;

2^o Abolition de l'incapacité légale de la femme mariée, en principe ;

3^o Adoption de la séparation de biens comme régime légal de droit commun (c'est-à-dire au cas où il n'a pas été fait de contrat de mariage). La femme ainsi mariée aurait la même capa-

Certains écrivains ont proposé de laisser cette administration aux deux époux conjointement. M. Lapie propose de laisser aux époux la faculté de fixer comme ils l'entendent, par leur contrat, ce point important : « Tantôt ils s'engageraient à administrer en commun, sauf à remettre à l'un d'eux, en cas de dissentiment, le pouvoir de décision ; tantôt ils prévoiraient, en pareil cas, le recours à un arbitre déterminé, parent ou magistrat ; tantôt, si le mari ne se sent pas d'aptitudes administratives, il remettrait à l'épouse la direction économique de la famille... » (*op. cit.*).

Remarquons que c'est à peu de chose près à cette solution que nous conduit logiquement notre système : dans la société matrimoniale, comme dans toute société, l'acte constitutif désignerait un gérant chargé d'administrer le patrimoine social, ou accorderait aux deux associés des pouvoirs égaux. Observons cependant que pour l'unité de direction dans les affai-

cité civile et sur ses biens les mêmes pouvoirs, que si elle ne l'était pas, sous la réserve de la défense qui lui serait faite d'aliéner librement son patrimoine ;

4^o Quel que soit le régime matrimonial adopté, la femme aurait la libre disposition de son travail ; sous le régime de la communauté, le produit de son travail et de ses économies ne tomberait pas en communauté.

M. Acolas (*op. cit.*) et M. Abram (*op. cit.*) préconisent aussi la séparation de biens comme régime légal. Enfin M. Séré de Rivières l'adopte également dans son projet de loi (art. 9).

res, il sera préférable de désigner un gérant : ce gérant pourra être le mari ou la femme indistinctement, cette dernière étant pourvue de la capacité civile complète nécessaire. Certaines femmes sont douées d'une habileté d'administration bien supérieure à celle de certains hommes : une commerçante expérimentée peut épouser un homme de tempérament artiste, par exemple ; il est illogique dans ce cas de laisser à celui-ci l'administration du patrimoine commun (1).

Au cas où besoin serait, le tribunal pourrait changer le gérant, sur la demande de l'autre époux.

En cas d'absence de contrat, le mari pourrait être considéré comme ayant une délégation tacite, qui serait toujours révocable. Enfin chaque époux conserverait l'administration de ses biens propres, mais pourrait donner mandat à son conjoint de les administrer ; ce mandat serait naturellement révocable.

En ce qui concerne les actes de disposition, qu'ils soient à titre gratuit ou onéreux, il faudrait néces-

(1) « A mesure que se multiplient les écoles de filles et que l'instruction y est donnée suivant les règles d'une pédagogie plus libérale, à mesure augmente le nombre des jeunes femmes capables d'initiative et fières de leurs responsabilités. A mesure que les femmes pénètrent davantage dans la vie publique, à mesure grandit le nombre de celles dont l'indépendance et la capacité égalent ou surpassent l'indépendance et la capacité de leur mari » (Paul Lapie, *op. cit.*).

sairement le consentement des deux époux lorsqu'il s'agirait des biens communs.

Pour les biens personnels à chacun d'eux, nous avons émis le principe de la liberté pour l'époux propriétaire de les aliéner à son gré. Cependant il y a une réserve à formuler : chaque époux est intéressé au premier chef à la conservation des biens propres de l'autre, d'abord parce que dans la plupart des régimes les revenus en provenant tombent dans la communauté, ensuite parce que chacun d'eux a le droit de défendre les intérêts des enfants communs, qui peuvent être lésés par une aliénation maladroite ou inopportune (1). Il serait donc désirable d'accorder à *chaque époux* le droit de s'opposer, dans certains cas et sous certaines réserves, à l'aliénation des propres de son conjoint ; le tribunal pourrait d'ailleurs lever la défense faite par l'époux non propriétaire, toutes les fois qu'il s'agirait d'une opposition injustifiée ou vexatoire.

M. Valensi défend à la femme seulement d'aliéner librement son patrimoine ; nous ferons remarquer

(1) Cambacérès avait proposé à la Convention de décider que « tout acte emportant vente, engagement, obligation ou hypothèque sur les biens de l'un ou de l'autre, n'est valable, s'il n'est consenti par l'un et l'autre des époux. » Le Code portugais contient une disposition de ce genre (Lapie, *op. cit.*, et Turgeon, *Le féminisme français*). — Aux Etats-Unis, le *Homestead*, ou bien de famille insaisissable, ne peut être aliéné par le mari sans le consentement de sa femme.

qu'il y a là un manque de symétrie en contradiction avec le principe de l'égalité des deux sexes, et qu'il y a les mêmes raisons d'accorder à la femme le droit de s'opposer à l'aliénation inconsidérée des biens du mari.

★★

Une fois le contrat passé, une fois le mariage célébré, conserverons-nous le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales établi par le code civil ?

Ce principe a deux motifs :

1° L'intérêt des époux : « c'est principalement la femme que la loi veut protéger : on craint que le mari n'abuse de son influence sur elle pour obtenir des modifications à son avantage. La rédaction du contrat doit donc avoir lieu avant le mariage, à un moment où chacun des deux époux est encore libre et a toute indépendance pour discuter ses intérêts » (1).

2° L'intérêt des tiers : la stabilité du régime matrimonial est nécessaire pour que ceux qui traiteront avec les époux soient définitivement fixés sur sa nature, dont dépendent la capacité de la femme et les droits du mari, et ne puissent être surpris par des modifications imprévues.

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 814, 1^{re} édit.

Or un point est certain, c'est qu'il peut devenir nécessaire, sous l'influence de circonstances fort diverses, de faits nouveaux imprévisibles, de modifier le contrat primitif : la loi elle-même a dû apporter au principe le tempérament de la séparation de biens judiciaire — et Dieu sait si les gens mariés en profitent et combien de séparations de biens prononce chaque année le seul tribunal de la Seine !

Le nouveau Code allemand de 1900 a tenu compte des contingences pratiques et admis la possibilité de modifier les conventions matrimoniales, après le mariage, d'un commun accord entre les époux.

Nous ne serons pas aussi hardi, mais au moins réclamerons-nous la faculté pour le tribunal de pouvoir, à la demande de l'un des époux, modifier une clause du contrat de mariage, — à la condition toutefois qu'il ne s'agisse pas d'une des clauses déterminantes du mariage, pour lesquelles serait stipulée l'immutabilité ; une publicité convenable notifierait aux tiers les modifications survenues.

Il en serait exactement de même pour ce qui concerne les conventions réglant les rapports sociaux des époux, avec la publicité en moins.

Ainsi nous semblent devoir être sauvegardés les intérêts des tiers et ceux des époux, ces derniers même d'une façon plus utilitaire qu'avec le système actuel.



C. — Nous avons été amené, par le développement logique de notre système, à envisager les divers points qui précèdent dans un ordre qui n'est point celui généralement adopté en ces matières. Mais afin de n'en pas charger l'exposition de trop de détails accessoires, nous avons dû réserver trois questions importantes ; nous allons les présenter brièvement. Ce sont :

- I. — Les conditions requises pour se marier ;
- II. — Les devoirs des parents envers leurs enfants ;
- III. — Les droits des parents sur ces derniers.

I. — En ce qui concerne les conditions requises pour se marier, nous n'aurons à examiner que les deux points suivants :

- a) Age matrimonial ;
- b) Consentement des parents.

a) L'âge légal est pour les hommes de 18 ans, pour les femmes de 15. Certains écrivains ont jugé cet âge prématuré. Le jurisconsulte belge Laurent écrivait, en 1882 : « Le mariage ne doit plus être une union purement physique dont le but est la procréation des enfants, mais une union morale et une union d'égaux » ; et il inscrivait dans son avant-projet de revision du code civil cette disposition : « Les futurs époux doivent être majeurs ».

S'il est vrai, comme l'affirme M. Lapie (*loc. cit.*), que des jeunes gens de 15 à 20 ans n'ont « ni l'expérience ni la maturité suffisantes pour prendre en connaissance de cause une aussi grave décision », nous ne saurions cependant souscrire à la proposition de Laurent (1).

La principale raison qui a motivé l'adoption de l'âge de 15 et 18 ans, est l'observation de l'époque de la maturité sexuelle chez la moyenne des individus. Il y a là un argument qui a sa valeur.

D'autre part, il serait à craindre qu'en ne permettant pas le mariage avant la majorité, on n'augmente le nombre des unions irrégulières : les jeunes couples désireux de s'unir ne se soucieraient pas toujours des dispositions légales.

Il est vrai que les enfants des couples trop jeunes sont débiles. L'observation précitée de M. Lapie ne manque pas non plus de justesse.

Mais n'oublions pas le grand correctif de l'obligation de rapporter le consentement des parents jusqu'à la majorité. Ainsi que le dit M. Planiol (*loc.cit.*):

(1) Ce nous est toutefois un devoir d'ajouter que l'éminent professeur de droit civil à la faculté de droit de Paris, M. Planiol, apporte à l'opinion de Laurent l'appui de sa haute autorité. Comme pourtant il admet l'usage des dispenses d'âge chaque fois que ce serait désirable (*op. cit.*, t. III, p. 8-9), on aboutit en pratique au même résultat. Mais nous préférons l'usage d'un droit à l'obtention d'une faveur. — Le nouveau code civil allemand fixe pour l'homme l'âge de 21 ans, pour la femme l'âge de 16 ans.

« L'approbation des parents n'est pas seulement une garantie contre un coup de tête ; s'ils ne doivent pas laisser leur enfant s'engager à la légère dans un mauvais mariage, ils doivent aussi, quand se présente un bon parti, penser au lendemain : des époux trop jeunes n'ont pas la raison et l'expérience nécessaires pour diriger une maison et élever des enfants. C'est une mesure de prudence sociale que d'exiger pour le mariage cette maturité d'esprit que l'âge seul peut donner. La loi n'impose pas d'une manière absolue la condition de majorité ; elle en fait juges les parents et leur délègue le pouvoir d'apprécier en fait si le mariage peut raisonnablement avoir lieu ».

Nous nous en tiendrons donc à ce système qui nous semble concilier les diverses considérations en présence. Cependant nous voudrions voir porter à 18 ans, pour les filles comme pour les garçons, l'âge de la puberté légale. C'est en effet plus spécialement les enfants des femmes trop jeunes qui sont débiles : en 1904, on comptait 115 mort-nés sur 321 enfants dont la mère avait moins de 15 ans, soit une proportion de 35 %, alors que la proportion générale des mort-nés par rapport au nombre total des naissances n'atteint que 4 % ; enfin le nombre des criminels et des aliénés, d'après Marro, est plus grand parmi les individus nés avant la majorité de leur mère que parmi ceux nés après (sur 100 délinquants, 18 sont

nés d'une mère mineure de 21 ans, et sur 100 aliénés, 20 ; tandis que sur 100 individus normaux, 13 à peine sont dans le même cas) (1).

Nous pensons ainsi tenir compte en même temps des nécessités de fait et des contingences physiologiques d'une part, et d'autre part des considérations morales et sociales des contempteurs du système actuel (2).

b) Mais une fois les enfants parvenus à la majorité civile, l'autorisation parentale sera-t-elle nécessaire ?

Dans le système du Code civil, l'homme, jusqu'à l'âge de 25 ans accomplis, devait obtenir cette autorisation. La femme, au contraire, n'en avait plus besoin passé 21 ans. Pourquoi cette différence ? « On

(1) Statistiques citées par Lapie, *op. cit.*

(2) Le Comité de réforme du mariage de M^e Henri Coulon, dans son projet, fixe à 21 ans la majorité matrimoniale des garçons, mais à 18 ans seulement celle des filles, en spécifiant qu'en cas de grossesse de celle-ci, le consentement des parents serait inutile même avant 18 ans. — Mais il n'y a aucune raison de permettre aux femmes de se marier sans le consentement de leurs parents, 3 ans avant les garçons : une jeune fille de 18 ans n'a pas plus de maturité d'esprit qu'un jeune homme du même âge, et alors qu'on fixe la majorité civile à 21 ans, il est bizarre de permettre à une jeune fille de 18 ans de faire l'acte le plus important de toute sa vie, de se marier, tandis qu'il lui est interdit de vendre ou d'hypothéquer ses biens, et qu'elle n'en a même pas l'administration. A la vérité on semble obéir ici à une impulsion sentimentale, mais le sentimentalisme n'a que trop de tendances déjà à prendre une place importante dans ces questions, au détriment de la saine raison.

en a donné plusieurs raisons sans valeur, — dit M. Planiol (*op cit.*). — La seule qui puisse justifier la décision du Code est qu'il n'y a pas grand inconvénient, surtout dans nos mœurs où l'on se marie de plus en plus tard, à retarder jusqu'à 25 ans le mariage d'un jeune homme, tandis que les jeunes filles se marient d'ordinaire plus tôt : passé 25 ans, elles trouveraient peut-être difficilement un parti convenable, si l'opposition de leurs parents les empêchait de s'établir auparavant. »

Il est probable aussi que l'on a voulu maintenir une certaine symétrie dans le rapport entre la puberté légale du garçon et de la fille et leur majorité matrimoniale.

Quoi qu'il en soit, cette différence de traitement a été, à la longue, jugée contraire à l'équité. D'autre part, il est manifesté que l'individu majeur, maître de ses droits et de ses biens, doit avoir le droit de disposer de sa personne (1). Il peut, certes, y avoir

(1) Le droit canonique, dès le moyen âge, permettait aux enfants de se marier sans le consentement du père de famille; le Concile de Trente, dans sa session XXIV^e, frappa d'anathème les partisans de la nullité du mariage dans le cas où ce consentement n'avait pas été obtenu. « Le droit canonique, — dit M. Esmein (*op. cit.*), — par un élan naturel et par un parti-pris puissant, favorise la conclusion des mariages. Il pousse au mariage tous ceux qui ne se sentent pas capables de porter l'état supérieur de virginité ou de continence et qui n'y sont pas astreints par des vœux solennels... Pour faciliter la conclusion des mariages, à l'âge où les passions ont le plus de force, il a affaibli la

des abus regrettables, mais le principe est indiscutable et pour ainsi dire indiscuté. Aussi la loi du 21 juin 1907 est-elle venue donner également à l'homme âgé de 21 ans le droit de contracter mariage sans le consentement de ses parents. Toutefois, jusqu'à l'âge de trente ans, une notification de l'union projetée doit leur être faite par un notaire, et le mariage ne peut être célébré que 30 jours après.

— En cas de dissentiment entre les parents, le consentement du père suffit, même avant 21 ans. Cette disposition est critiquable ; dans notre système, nous accorderons à la mère comme au père le droit de veto, mais nous laisserons au tribunal la faculté d'accorder l'autorisation nécessaire, au cas où l'un des deux parents donnera son consentement et l'autre non ; car on peut alors soupçonner chez l'un d'eux un sentiment étranger au véritable intérêt de l'enfant ; et le père aussi bien que la mère peut obéir à une impulsion mauvaise (1). Si les parents sont divorcés, la

puissance paternelle et l'autorité familiale ; il a déclaré capables de se marier, de leur seule autorité, toutes les personnes pubères» (Cit. par Planiol, *op. cit.*). — Les textes rapportés par M. Esmein, donnent les motifs de cette tendance du droit canonique : désir d'éviter la fornication, d'une part ; — de faciliter l'accès d'un sacrement, d'autre part (Planiol, *ibid.*).

(1) Les féministes voudraient que le consentement d'un seul des deux parents suffise pour autoriser le mariage (V. Bridel, *Le droit des femmes et le mariage*). Quelques Etats de l'Amérique du Nord ont une législation conforme à cette idée. En vertu de considérations analogues à celles que nous avons émises au texte,

solution sera exactement la même sans aucun inconvénient (1).

Après 21 ans, une simple notification faite au parent opposant suffit naturellement, comme elle suffit au cas où les deux refusent leur consentement (2-3).

nous repoussons cette théorie : le parent qui consent peut être une tête légère, complice des égarements de l'enfant ; il serait vraiment déraisonnable que sa volonté irréfléchie eût la priorité sur la volonté pondérée de son conjoint (dans notre sens, Lapie, *op. cit.*). N'oublions pas que nous accordons le dernier mot au tribunal afin d'éviter un veto abusif ou vexatoire.

(4) Le Comité de réforme du mariage propose de n'exiger dans ce cas que le consentement du parent qui a obtenu la garde de l'enfant. Mais l'autre parent n'est pas déchu de la puissance parentale. D'autre part, la solution proposée est au moins singulière de la part de ceux qui confient la garde des enfants, de façon générale et en principe, à la mère (art. 81 du projet) ; dans ces conditions, le père divorcé, dans la majorité des cas, n'aurait pas voix au chapitre en ce qui concerne le mariage de ses enfants, — et malgré qu'il doive contribuer à leur entretien. Voilà une doctrine bien extraordinaire !

(2) Au cas où les parents sont morts avant la majorité des enfants, le consentement des aïeuls est requis ; s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement ; s'il y a dissentiment dans une même ligne, le consentement de l'aïeul suffit. Nous ne voyons pas d'inconvénient à maintenir ces dispositions.

(3) Trois décrets du 16 juin, du 3 et du 28 août 1808, ont défendu aux militaires, marins et gendarmes, de se marier sans l'autorisation de leurs supérieurs (V. Planiol, *op. cit.*). Le maintien de cette disposition est un anachronisme : elle pouvait se justifier dans une certaine mesure au temps des armées de métier, mais à une époque de service personnel et obligatoire, elle constitue un flagrant abus de pouvoir. On invoque les nécessités de la discipline ; cet argument n'a aucune valeur, car s'il en avait une réelle, il légitimerait aussi l'interdiction de se marier

— La matière des oppositions à mariage est convenablement réglée par le Code, depuis qu'il ne peut plus être fait opposition à un jugement ou arrêt par défaut rejetant l'opposition au mariage. Toutefois, il serait nécessaire de décider que, après la majorité des jeunes gens, il ne peut plus être fait opposition au mariage que pour des causes étroitement déterminées, telles que, par exemple, la démence, comme le propose le Comité de réforme du mariage.

II. — En ce qui concerne les devoirs des parents envers leurs enfants, le Code civil, dans son article 203, dispose que : « les époux contractent ensemble,

avant l'accomplissement du service militaire, ce qu'il ne viendrait à l'esprit de personne d'admettre. Deux décrets de 1900 et de 1901 ont supprimé la nécessité de l'autorisation pour les officiers (le premier décret pour ceux de l'armée de terre, le second pour ceux de l'armée de mer). Il reste à réaliser la même réforme pour les soldats. Ceux-ci savent, en se mariant, quelles entraves le service apportera à leur liberté, ils agiront en connaissance de cause, conformément à leur conscience et aux nécessités de leur vie. Les chefs militaires n'ont aucun droit à s'immiscer dans de pareilles questions ; leur intervention est un vestige de l'époque où ils exerçaient un pouvoir autocratique sur leurs hommes ; mais ce temps est passé, on a compris que « le commandement ne doit plus être considéré comme une puissance révélée, indiscutée et indiscutable ; mais seulement comme une action sociale qui se justifie par la science pratique et les vertus morales, et qui, supprimant toute servitude imposée, organise la discipline consentie » (A. Gervais, sénateur)... ajoutons : consentie par la majorité du pays parce qu'indispensable à sa sécurité, car il serait oiseux de parler de discipline individuellement consentie, aux révolutionnaires.

par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. »

Nous voudrions voir sanctionner plus efficacement qu'il n'est fait jusqu'à présent, ces obligations parentales. Combien ne voit-on pas aujourd'hui de maris abandonnant femme et enfants, sans que la malheureuse ait d'autre ressource que de faire condamner le fugitif à lui servir une pension alimentaire illusoire, puisqu'il vendra ses effets mobiliers, habitera en garni, changera sans cesse de lieu de travail ou disparaîtra même complètement et vivra dans un lieu ignoré. Le seul remède, à notre sens, est celui déjà indiqué antérieurement : le rétablissement de la contrainte par corps en matière de dettes de cette nature. Il y a en effet des cas où le sentimentalisme en vogue s'exerce en faveur des uns au détriment d'autres qui ne sont pas moins intéressants ; il en est ainsi dans notre espèce (1).

Chacun des époux, bien entendu, devra contribuer aux charges de l'éducation des enfants en proportion de ses facultés.

— Le Code civil dispose, dans son article 204,

(1) Un professeur à la faculté de droit de Montpellier, M. Charmont, a proposé d'ériger en délit l'abandon de la famille (V. Valensi, *op. cit.*). Certains pays étrangers sont déjà entrés dans cette voie : V. la loi de l'Etat de Massachusetts, la loi norvégienne, le Code pénal de Neuchâtel, etc... (détails dans Valensi). Il serait désirable que la France prenne des mesures analogues.

que « l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement ».

Il convient, à notre sens, de faire des réserves sur ce point. En pratique, si les mœurs corrigent cette disposition légale, on n'en assiste pas moins parfois à des faits scandaleux, commis par certains parents intéressés et égoïstes. Et cependant c'est un devoir pour les parents que d'établir leurs enfants, dans la mesure de leurs moyens et en rapport avec leur situation sociale.

Nous ne nous dissimulons certes pas avec quelle délicatesse il faudrait procéder, si l'on se résolvait à légiférer sur cette matière, car des abus aussi regrettables, mais en sens contraire, pourraient résulter de dispositions légales maladroites.

Cependant, de telles dispositions ne seraient pas nouvelles. Elles existèrent, en effet, à Rome. Dans le vieux droit romain, et à l'époque classique, le devoir des parents de doter leurs enfants n'était pas sanctionné par le droit, il ne faisait pas naître d'action, c'était une question purement morale. Mais, sous l'Empire, la « *loi Julia de maritandis ordinibus* » obligea le père à doter sa fille « soit explicitement, soit peut-être seulement implicitement en lui défendant d'empêcher son mariage sans motifs, mais de laquelle (loi) en tout cas un rescrit de Sévère et de Caracalla déduisit explicitement notre obligation

(Marcien, *Digeste*, 23, 2, de R. N., 19). Cette obligation, imposée d'abord seulement au père de la fille en puissance, paraît avoir été ensuite étendue au père de la fille émancipée et elle a même été imposée à titre exceptionnel à la mère » (1). L'action n'était d'ailleurs pas exercée suivant la procédure ordinaire ou procédure formulaire, mais suivant la procédure administrative extraordinaire (2), considérée comme plus respectueuse et moins vexatoire envers la personne assignée.

L'évolution par laquelle on est arrivé à une pareille disposition serait sans doute intéressante à retracer. Elle procède vraisemblablement de l'évolution plus large de la puissance paternelle, devenue, d'un droit absolu sur l'enfant dans l'unique intérêt du paterfamilias, un devoir de protection dans l'unique intérêt de l'enfant.

Quoi qu'il en soit, conformément au système que nous avons proposé comme base au mariage, considéré comme un contrat de société, nous pourrions regarder les enfants comme de nouveaux associés sur-

(1) P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 631 (3^e édit.). Nos pays de droit écrit, avant la Révolution, suivaient la règle romaine (V. Roussilhe, *De la dot* et Despeisses, *De la dot*). Le Code suivit le droit coutumier en supprimant l'obligation de doter.

(2) « Cf. A. Pernice, *Archivio*, 36, 1886, p. 131-132, qui considère avec vraisemblance les consuls comme ayant été à Rome l'autorité compétente en cette matière. » (Note de M. Girard, *loc. cit.*).

gissant dans la société matrimoniale, avec des droits et des devoirs propres. Au surplus, cette qualité leur est implicitement reconnue par la loi lorsqu'elle leur accorde le droit à des aliments et leur impose le devoir corrélatif d'en fournir réciproquement plus tard à leurs parents indigents, et lorsqu'elle leur attribue un droit de succession éventuel sur les biens de leurs parents décédés.

Il semble qu'il pourrait leur être accordé en outre, de plein droit, à titre d'avancement d'hoirie, une part modeste, proportionnelle à la fortune des parents, et que l'on pourrait fixer, par exemple, au vingt-cinquième de la fortune *totale* des deux époux (chacun d'eux y contribuant proportionnellement au montant de sa fortune personnelle).

Cette quotité modérée n'empêcherait pas les attributions plus larges des parents plus généreux, mais constituerait au moins une faculté pour tout couple nouvellement marié de s'établir convenablement, et un capital minimum pour la nouvelle société formée par le jeune ménage.

Sous réserve des modalités d'application et de toutes les restrictions désirables, il y aurait là, nous semble-t-il, une question digne de retenir l'attention des rédacteurs du code matrimonial nouveau (1).

(1) En 1788, un esprit libéral, d'Antraigues, écrivait : « Pour donner aux citoyens la plénitude de leur liberté, pour rendre

Toutefois, afin de ne pas désarmer les bons parents contre les enfants doués de mauvais sentiments, qui ne manqueraient pas de se prévaloir d'une telle disposition pour contracter des mariages de fantaisie dans le but de recevoir leur dot, nous désirerions voir autoriser le tribunal, sur la demande des parents, à différer le paiement de la dot d'une période de trois années, par exemple, renouvelable si le tribunal l'estimait nécessaire.

III. — En ce qui touche les droits des parents sur les enfants, le Code civil décerne au père des droits supérieurs à ceux de la mère.

Les articles 371 et 372 décident bien que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère », qu' « il reste sous *leur* autorité jusqu'à sa ma-

cette liberté utile, il faut que les enfants puissent se marier à vingt ans ou à vingt-deux ans, sans la permission de leurs pères et sans que ceux-ci puissent les priver de leur légitime et d'une pension alimentaire... » Cit. par Henri Coulon et René de Chavagnes, *op. cit.* — On a proposé (Depinay, *Le Divorce*) d'obliger les parents divorcés à doter leurs enfants en compensation du tort que leur cause le divorce. M. Valensi (*op. cit.*) fait observer qu'inscrire un tel principe dans la loi serait créer un privilège parfois abusif en faveur des enfants de divorcés, mais il ne répugne pas à permettre aux tribunaux de prendre une telle mesure en cas de besoin. Dans notre système, les parents divorcés, comme les autres, devraient doter leurs enfants dans la proportion indiquée au texte. Il serait d'ailleurs prudent d'autoriser les tribunaux, en raison de circonstances exceptionnelles ou du nombre élevé des enfants, à modifier le quantum de la dot, suivant les nécessités pratiques.

autorité ou son émancipation », mais immédiatement après, l'article 373 dit que « le père seul exerce cette autorité durant le mariage » et l'article 324, que « l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission *de son père* ... » ; enfin les articles suivants permettent au père de faire détenir son enfant, en cas de mauvaise conduite, pendant un mois au maximum, jusqu'à l'âge de 15 ans révolus ; la mère a bien le même droit, mais elle ne peut l'exercer qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition, — et le président du tribunal peut refuser d'y accéder, — alors que sur la demande du père le président *devra* délivrer l'ordre d'arrestation (après l'âge de 16 ans commencés, le père, comme la mère dans le premier cas, devra requérir la détention et le président pourra la refuser ; de même si le père est remarié, même si l'enfant n'a pas 16 ans, ou si l'enfant a des biens personnels). Enfin le père, à l'exclusion de la mère, administre les biens personnels de ses enfants mineurs ; le père seul peut désigner par testament ou par une déclaration spéciale un conseil de tutelle, sans l'avis duquel la mère survivante ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle ; elle, au contraire, ne peut le faire, même si elle craint une mauvaise administration ou même la dilapidation des biens de ses enfants après sa mort ; — nous avons mentionné déjà la suprématie

de la volonté du père sur celle de la mère dans la matière du consentement des parents au mariage de leurs enfants.

Le père a donc une autorité très supérieure à celle de la mère. Et dans un ménage uni, quand le père est sérieux, cela n'a aucun inconvénient. Mais dès que la désunion se manifeste, ou lorsque le père est débauché, imprévoyant, etc..., il y a de graves inconvénients à maintenir de telles dispositions. Au surplus elles sont en désaccord avec les principes que nous avons souhaité voir proclamer.

Aussi maints esprits libéraux réclament-ils en cette matière encore l'égalité du père et de la mère. Nous avons justifié le principe de cette égalité en discutant les points précédents.

Laurent, dans son projet de réforme, inscrivait d'ailleurs déjà cette formule transactionnelle : « Le père exerce l'autorité, durant le mariage, de commun accord avec la mère », ajoutant que cet article « ne fait que consacrer ce qui existe dans nos mœurs » (1).

Certains Codes américains ont remplacé les mots « *pouvoir paternel* » par ceux de « *pouvoir parental* », afin de marquer les droits de la mère; le Code des provinces baltiques, la loi anglaise de 1886, le

(1) Cit. par Paul Lapie, *op. cit.* — Cf. Bridel, *Le droit des femmes et le mariage*.

Code allemand de 1900 autorisent la mère à se plaindre devant les tribunaux des abus de l'autorité paternelle ; le Code allemand, notamment, considère comme un abus, de la part du père, la prétention d'éliminer la femme de l'éducation (1).

Mais ce ne sont là que des demi-mesures. Nous voulons la proclamation du principe : l'égalité des droits des parents sur leurs enfants, ce qui sera justice. Et nous nous sommes gardé d'invoquer à l'appui de cette thèse des questions de sentiment, mais celles-ci ne peuvent que militer en sa faveur : toutes les mères nous comprendront, sans qu'il soit besoin d'insister davantage.

En cas de dissentiment entre les parents, comme précédemment nous laissons le soin de départager les avis au tribunal, qu'il sera désirable de former pour toutes ces missions en conseil arbitral, statuant *gratuitement*, à huis clos, afin de sauvegarder les secrets des familles, mais avec appel devant la Cour, au contraire de ce qui existe actuellement en matière de juridiction gracieuse.

Nous prévoyons ici un argument auquel nous avons à cœur de répondre. On ne manquera pas de nous reprocher de faire des tribunaux les arbitres de toutes les divisions familiales, alors qu'ils sont composés

(1) Paul Lapie, *op. cit.*

d'hommes, sujets à l'erreur comme tous les hommes, et qu'il pourra peut-être s'en trouver parmi eux qui soient dominés par les passions politiques, etc...

Notre réponse sera facile : s'il y a encore lieu de s'étonner de quelque chose aujourd'hui, c'est bien de l'indépendance qu'a gardée jusqu'à présent la magistrature, au milieu des intrigues et des lâchetés ambiantes, indépendance qui n'est que rarement entamée par des défaillances individuelles. Mais cela n'est pas suffisant : il faut assurer cette indépendance contre tout risque, et rendre inexcusable tout manquement au devoir. Pour cela, il est nécessaire, non seulement de rendre intangible l'inamovibilité de la magistrature, en l'inscrivant dans une sorte de substratum immuable de la Constitution, mais encore d'enlever radicalement au pouvoir exécutif la nomination et l'avancement des magistrats. Il suffirait pour cela d'établir un avancement mathématique à l'ancienneté, et un avancement au choix dont le règlement appartiendrait à un corps judiciaire : par exemple aux Cours d'appel pour les juges de paix et les tribunaux de première instance, et à la Cour de Cassation pour les Cours d'appel et pour son propre recrutement ; au Conseil d'Etat pour les tribunaux administratifs. Dans une démocratie, le pouvoir judiciaire, conformément d'ailleurs au principe de la séparation des pouvoirs, doit être au-dessus des vicissitudes de tous

genres, il doit planer au-dessus des passions et des partis, et ne connaître d'autre politique que la loi et d'autre religion que la justice. Ce n'est ni en faisant élire les juges par le peuple, comme l'avait fait la Révolution, ni en confiant leur nomination au pouvoir exécutif, que l'on peut réaliser cet idéal.

Nous nous excusons de cette digression, mais il était nécessaire, à notre sens, de préciser comment il serait possible de confier aux tribunaux l'arbitrage des différends familiaux, sans encourir de reproches fondés : c'est en assurant la gratuité de la justice et l'indépendance absolue de la magistrature ; il y a beau jour qu'une République devrait avoir réalisé l'une et l'autre !



Nous nous sommes efforcé de tracer les règles qui nous paraissent devoir gouverner le mariage de l'avenir. Notre système nous semble donner satisfaction en même temps aux nécessités sociales permanentes et aux justes aspirations vers un idéal de justice et de liberté, en libérant la femme de toute infériorité contraire à l'équité. Il nous semble devoir assainir le mariage, tout en le maintenant solide, d'autant plus solide même qu'il l'assainit davantage. Et parce qu'il tient compte, dans une mesure que nous voulons croire exacte, des faits naturels, des nécessi-

tés sociales et de l'individualisme à dose raisonnable dans une société organisée ; — parce qu'il fait un juste départ entre les exagérations des opinions extrêmes, il nous paraît devoir, tôt ou tard, dominer les règles qui s'appliqueront au mariage futur.

CHAPITRE V

Le Mariage au point de vue moral.

Mais lorsqu'on aura établi un mariage conçu selon l'équité et respectueux de l'individualité propre de chacun des membres de la famille, on n'aura pas encore tout fait. On aura bien un cadre, aussi parfait que peut l'être une œuvre humaine, mais à quoi bon, si les êtres destinés à s'y adapter conservent les mêmes travers et les mêmes tares ?

Les institutions valent surtout selon ceux qui les emploient.

« Qu'on remanie comme on voudra les chapitres du code matrimonial, — a écrit justement M. Rouquet (1), — on ne pourra rien contre le mal que l'homme et la femme se font l'un à l'autre et que leurs dissensions font à leurs enfants. Sans cesse, il y aura autour de leurs amours les mêmes mensonges, les mêmes trahisons, les mêmes souffrances : parce

(1) *Op. cit.*

que l'homme n'est pas un animal qui sache aimer dans la tranquillité... »

Les partisans de l'union libre ont imaginé, pour remédier aux maux dont nous souffrons, d'abolir les contraintes, de briser les barrières, de proclamer la liberté intégrale. C'est un remède analogue à celui qui consisterait, sous prétexte qu'une maison abrite mal contre la pluie, à la jeter bas et à rester ensuite exposé en entier à la bourrasque.

Nous, nous voulons reconstruire la maison, la rendre habitable, et nous inspirer de ces prudentes paroles : « ... Il est sage d'utiliser l'expérience des siècles, d'en accepter les leçons, d'en reviser les lois avec une extrême prudence, puisqu'elles ont fait leurs preuves, et de respecter surtout celles qui règlent tant bien que mal l'éternel conflit des sexes, sources de tant de souffrances... » (1).

Mais que servira d'avoir une maison confortable, si ses habitants, par leur faute, l'entretiennent mal, y vivent sans règles de conduite, y entrent au petit bonheur, sans souci de l'avenir ?

Nous avons mentionné, au cours de cet ouvrage, les attaques dont le mariage a été l'objet, depuis George Sand, le qualifiant d' « une des plus barbares

(1) M. Rouquet, *op. cit.*

institutions que la société ait ébauchées », et Balzac, jusqu'à notre époque la plus récente.

Mais nous ne nous sommes pas appesanti sur les critiques formulées; il convient cependant, après avoir élaboré un code matrimonial nouveau, d'en faire le bref examen, et de tracer l'esquisse du mariage moral après avoir fait celle du mariage légal. Ce sera l'objet de ce chapitre.

Un des plus violents réquisitoires qui aient été écrits contre le mariage est sans contredit celui de Max Nordau : « *Le mensonge matrimonial* », dans « *Les mensonges conventionnels de notre civilisation* ».

Il résume toutes les critiques, il synthétise tous les arguments. Aussi nous suffira-t-il de l'analyser pour donner des unes et des autres une idée suffisamment complète.

« Le mariage, — dit Max Nordau, — est devenu un arrangement matériel où il reste aussi peu de place pour l'amour que dans le contrat de deux capitalistes entreprenant ensemble une affaire. Le mariage continue à avoir pour prétexte la conservation de l'espèce ; il suppose théoriquement l'attraction réciproque de deux individus de sexe différent ; mais dans le fait, le mariage n'est pas conclu en vue de la généra-

tion future, il l'est seulement en vue de l'intérêt personnel des individus qui contractent l'union. Le mariage moderne, particulièrement dans les classes dites supérieures, manque de toute consécration morale et, par suite, de toute raison d'être anthropologique... On se marie pour se créer une nouvelle situation de fortune, pour s'assurer un chez-soi plus appréciable, pour pouvoir prendre et soutenir un rang social, pour satisfaire une vanité, pour jouir des privilèges et des libertés que la société refuse aux femmes célibataires et accorde à celles qui sont mariées. En se mariant on songe à tout : au salon et à la cuisine, à la promenade et aux bains de mer, à la salle de bal et à la salle à manger ; il n'y a qu'une chose à laquelle on ne songe pas, la seule essentielle : la chambre à coucher, ce sanctuaire d'où doit sortir l'avenir de la famille, du peuple, de l'humanité. La décadence et la ruine ne doivent-elles pas être le lot des peuples dans les mariages desquels triomphe l'égoïsme des époux et où l'enfant est un hasard non désiré, au meilleur cas indifférent, une conséquence difficile à éviter, mais complètement accessoire ?... »

Et Max Nordau répète un mot de Goëthe, que celui-ci a emprunté à la terminologie des sciences physiques et naturelles, pour définir l'essence de l'amour ; ce mot est : « *affinité élective* ».

« La chimie, — dit-il, — nomme affinité élective la

tendance de deux corps à se combiner en un nouveau produit, qui dans presque toutes ses propriétés : couleur, état d'agrégation, densité, action sur d'autres matières, etc..., est complètement différent des deux corps primitifs. Deux corps qui ne sont pas l'un à l'égard de l'autre en rapport d'affinité élective peuvent se trouver éternellement dans le plus étroit contact, — ce ne sera qu'une juxtaposition sans vie, qui ne conduira à aucune nouvelle formation, à aucun effet dynamique, à aucun résultat vivant. Quand deux corps ont une affinité élective, on n'a qu'à les rapprocher l'un de l'autre pour provoquer immédiatement de beaux et féconds phénomènes d'activité... L'organisme humain est le théâtre de faits absolument semblables. Deux individus exercent ou non l'un sur l'autre une action réciproque... Dans les unions modernes, qui donc s'inquiète de l'affinité élective ? »

Et plus loin : « ... Où est la différence entre un homme entretenu par sa maîtresse, et un homme qui fait la cour à l'héritière ou à la fille d'un homme influent pour laquelle il n'éprouve pas le moindre amour, uniquement afin d'obtenir, avec sa main, la richesse ou une position ? Où est la différence entre la drôlesse qui se vend à un inconnu pour un peu d'argent, et la chaste fiancée qui va à l'autel avec un individu qu'elle n'aime pas, mais qui, en échange de ses étreintes, lui offre un rang social ou des toilettes,

des parures, des domestiques, ou simplement le misérable pain quotidien ? Les mobiles sont, dans les deux cas, les mêmes, le procédé est le même, la désignation aussi doit être la même d'après la vérité et la justice... Toute alliance entre homme et femme contractée en vue d'une situation matérielle ou d'autres avantages égoïstes est de la prostitution ; peu importe que cette alliance soit conclue avec le concours d'un officier de l'état civil, d'un prêtre, ou seulement d'une ouvreuse de loges au théâtre. C'est là pourtant le caractère de presque tous les mariages... »

Mais tout serait à citer dans cette virulente satire. Nordau dépeint la chasse à la dot, tant du côté de la fille pauvre que du côté du jeune homme ruiné.

« Quel est le sort des hommes et des femmes qui ont conclu de telles alliances ? » se demande-t-il. — La dégénérescence de la descendance. Et il fait un portrait véritablement poussé au noir de cette dernière. Puis il ajoute : « La suppression de l'amour et le développement de l'égoïsme, qui sont les tendances régnantes dans les couches supérieures de la société, conduiraient, s'ils étaient généralisés, à la disparition rapide de l'espèce... La disparition générale et rapide des maisons aristocratiques n'a guère d'autre cause. »

Dans les simples mariages de raison, dit Nordau, le mal n'est guère moindre. Car si les époux ren-

contrent plus tard un être pour lequel ils ont une véritable affinité élective, ils succombent généralement à la tentation ; s'ils ne le rencontrent pas, « ils ont la conscience toujours présente de ce qui leur manque », et ce sont des malheureux.

Max Nordau voudrait que l'on criât aux premiers, à ceux qui rencontrent enfin leur idéal : « Vous vous aimez, réunissez-vous ! »

Enfin, conclut-il, « le mariage conventionnel, — c'est-à-dire les neuf dixièmes des mariages contractés au sein des peuples civilisés de l'Europe, — constitue donc une situation profondément immorale et fatale pour l'avenir de la société. Il met tôt ou tard ceux qui le concluent dans un conflit entre les devoirs jurés et l'inextirpable amour, il leur laisse seulement le choix entre l'abaissement et la ruine. Au lieu d'être pour l'espèce une source de rajeunissement, il est pour elle un moyen de lent suicide. »

Plus loin, il s'apitoie à juste titre sur le sort de la vieille fille, « condamnée à rester mélancoliquement emprisonnée dans une existence manquée », car la société exige d'elle la vertu, « sans lui offrir la récompense naturelle : un époux ». Sa situation matérielle, si elle est pauvre, est désolante.

— Max Nordau impute la faute de cette situation à l'organisation économique des peuples civilisés, comme cause principale ; comme cause secondaire, il

indique la morale sexuelle régnante, conséquence du christianisme, qui considère l'acte de la génération comme un crime abominable ; et à ce sujet il oppose à notre civilisation les civilisations hindoue et grecque : celles-ci « voyaient dans la réunion d'individus de sexe différent uniquement le but sacré de la propagation, qui en fait un acte nécessaire, noble, particulièrement élevé, et ne pouvant faire naître dans un esprit sain et mûr d'indignes associations d'idées... La jeunesse sans préjugés était plus morale et plus exempte d'appétits prématurés que la nôtre ».

Enfin, il attaque le mariage en lui-même, niant que la monogamie soit un état naturel de l'homme, et affirmant que notre institution matrimoniale est destinée à disparaître en même temps que l'organisation économique que nous subissons. Il nie que l'amour, même s'il existe au début, puisse durer toute la vie ; pour lui, l'homme est doué d'un instinct polygamique (1).

Dans sa conclusion, Nordau nous trace les grandes lignes de la société qu'il rêve, dans laquelle le rôle de l'homme sera de gagner le pain nécessaire, de conserver et de défendre la génération vivante ; le rôle de la femme « de conserver l'espèce, de protéger les générations futures, d'améliorer l'espèce par la sé-

(1) V. *infra*, chap. II du livre II, la réfutation de cette théorie.

lection » ; elle sera à la charge de l'Etat, de même que les enfants. « Dans une telle société, la femme ne se mariera plus que par inclination », il n'y aura plus guère de vieilles filles sans mari ni de vieux garçons libertins ; la prostitution ne se recrutera plus que parmi les dégénérées aux instincts déréglés. « Si des considérations matérielles ne doivent plus entrer en jeu dans le mariage, si la femme peut choisir librement et ne doit plus se vendre, si l'homme est forcé de briguer la faveur de la femme par sa personne et non par sa position et sa fortune, alors l'institution du mariage peut, de mensongère qu'elle est, devenir une vérité ; alors à chaque étreinte présidera l'esprit sublime de la nature, chaque enfant viendra au monde entouré, comme d'une auréole, de l'amour de ses parents, et recevra à son berceau l'inappréciable cadeau de la force et de l'aptitude à la vie, cadeau que chaque couple s'étant rencontré dans une affinité élective transmet à ses rejetons. »

— M. Acollas (1) présente les mêmes critiques que Max Nordau. Il constate que les jeunes gens ne se marient aujourd'hui que « *pour faire une fin* », après une jeunesse plus ou moins débauchée.

La jeune fille est ignorante de tout, de la vie, des hommes, d'elle-même. Car « la femme est élevée en

(1) *Op. cit.*

vue d'être le joujou et la ménagère de l'homme, par conséquent en vue de plaire à l'homme, de trouver un époux, de faire, elle aussi, une fin ». Il n'y a entre ces deux êtres aucune affinité. La conséquence plus ou moins immédiate sera ou l'adultère ou le divorce. Et M. Acollas assigne pour but au mariage le développement moral et intellectuel des deux époux l'un pour l'autre.

— M. Léon Blum (1), rééditant toutes ses critiques, prétend en outre que l'adultère est l'accompagnement constant du mariage ; nous avons d'ailleurs suffisamment développé ses idées en exposant son système.

— Pour M. Naquet, le mariage est « attentatoire à la liberté », c'est « une cause de dégénérescence de l'espèce... une institution de misère et de mort » (2). Dans tous ses ouvrages, il l'attaque avec la même violence, reprend les critiques de ses prédécesseurs, les présente avec son talent précis et vigoureux. Il l'accuse enfin d'être la cause de la prostitution, qui est « la soupape de sûreté du mariage ».

— M. Valensi (3) nous offre les mêmes critiques, en insistant sur ce fait que la femme est méconnue dans le mariage, et comme épouse, et comme mère, et comme propriétaire. — Nous avons mentionné les

(1) *Op. cit.*

(2) *Religion, propriété, famille*, p. 244 et ss.

(3) *Op. cit.*

vices du système du Code, en même temps que nous préconisons des remèdes appropriés. Et cet auteur ne manque pas, bien entendu, de blâmer les mariages d'affaires trop fréquents aujourd'hui.

— M^{me} Ellen Key constate que « les hommes apportent (en se mariant) des habitudes et des partis pris qui anéantissent parfois et pour toujours les chances de bonheur de leur union, sauf quand l'immoralité est perpétuée dans le mariage, où l'on rencontre sans doute plus de femmes « *tombées* » et de femmes « *séduites* » qu'ailleurs » (1).

Des savants apportent leur contribution à la critique générale : « On se soucie fort peu de ces choses, faire des unions bien assorties, marier des tempéraments faits l'un pour l'autre, cela n'entre pas en considération ; on allie des sacs d'écus », a dit le professeur Raymond, dans une leçon à la Salpêtrière (1).

Bref, des littérateurs, des hommes de science, des juristes se sont lancés à l'assaut du mariage, l'ont discrédité, diffamé, en ont fait un bouc émissaire des vices, l'ont accusé d'entraver le développement des vertus.

Qu'y a-t-il de fondé dans ce concert de critiques ?



Certes, le mariage, tel du moins qu'il est compris

(1) Cit. par Abram, *op. cit.*

aujourd'hui, est loin d'être le rêve, le modèle des institutions (1).

Mais est-il vraiment la chose monstrueuse que l'on dit ?

Nous avons déjà montré combien on pouvait l'améliorer par une réforme nécessaire, et nous attendons beaucoup de bien de celle que nous avons antérieurement préconisée.

Mais même encore, ses détracteurs auront beau jeu. Voyons dans quelle mesure.

Une remarque, tout d'abord, s'impose, c'est l'exagération apportée à certaines critiques. Pour M. Blum, par exemple, point de ménage où ne fleurit pas l'adultère ; pour bien d'autres, pas de mariage qui ne soit conclu dans un but intéressé : tous exagèrent !

« Nous souffrons, — a écrit à ce sujet Jules Claretie (2), — d'un mal très particulier, très douloureux et très dangereux : le mal de calomnie. Quand nous ne calomnions pas les autres, nous nous calomnions nous-mêmes. La famille française n'est point telle en-

(1) « ... Le mot de mariage n'est plus compris. Ce n'est plus l'engagement solennel, l'engagement imprescriptible pour un objet défini : c'est la satisfaction d'une fantaisie ou la tentative d'une affaire. On se marie bien plus légèrement qu'on ne signe un billet à ordre. Et l'on se sent moins engagé que par le billet à ordre. » Marcel Prévost (*Le Journal* du 22 mars 1908).

(2) *Le Temps* du 25 décembre 1908.

core qu'on la montre à l'étranger et qu'on nous la montre à nous, et il ne faut pas croire la société du vingtième siècle aussi « *quattorzième siècle* » que nous le disent quotidiennement les journaux. A lire le tableau de la vie parisienne tracé par les polémistes, on croirait prendre connaissance d'un compte-rendu d'« *Angelo* » ou de « *Lucrèce Borgia* ». Comme le podestat de Padoue, les reporters « entendent des pas dans tous les murs ». Vraiment, j'aime autant lire les « *Chroniques italiennes* » de Stendhal. C'est aussi dramatique, c'est moins incroyable et c'est plus simple... »

Nous avons préféré emprunter les paroles véridiques qu'a mises ce Parisien averti dans la bouche d'un personnage imaginaire, que de parler nous-même : on ne nous aurait pas cru !

Cette observation préalable étant faite, nous ne ferons aucune difficulté de reconnaître le bien-fondé d'une grande partie des critiques présentées.

Mais quelques minutes de réflexion convaincront facilement que le mariage n'est pas le fauteur de tous les vices qu'on lui impute.

Nous le demandons, en bonne foi, à tout le monde : le jour où l'on aura supprimé le mariage, proclamé l'union libre, que ses partisans nous présentent comme la panacée universelle, ce jour-là, aura-t-on par le fait même transformé l'humanité, aura-t-on détruit

la lubricité, la cupidité, l'insincérité ? Croit-on qu'il n'y aura pas d'unions libres d'intérêt, comme il y a des mariages d'intérêt ? (1) Aura-t-on établi la pérennité de l'amour par cela seul qu'on l'aura « mis en liberté » ? Et alors ? Alors on aura supprimé toutes les garanties des femmes et des enfants, on aura enlevé les barrières qui arrêtent la débauche et la ruée des passions, on aura brisé le régulateur de la société... A quoi bon ?

Mais, disent les socialistes, y compris Max Nordau, l'intérêt n'aura plus de raison d'être le jour où sera opérée la transformation économique de la société. Ici encore, nous répondrons facilement.

Les socialistes ont compris qu'il était temps de finir de bâtir dans les nuages un système social idéal, sans indiquer ni les moyens pratiques de le réaliser, ni ceux de l'organiser. Et alors ils ont élaboré ces moyens. Ils semblent arriver aujourd'hui à la phase d'organisation pratique — exposée théoriquement bien entendu, — si nous nous en rapportons à une petite brochure de M. A. Bachelet, intitulée « *La Doctrine collectiviste et ses moyens d'application : L'expropriation, la production, la répartition* ».

(1) « ... Certes, l'amour ne découle pas du mariage ; mais y a-t-il beaucoup plus d'amour vrai (c'est-à-dire de choix impérieux, irrésistible) dans la plupart des unions libres ? Elles sont le plus souvent l'effet du hasard, de la veulerie, de la paresse à chercher... » (M. Prévost, *loc. cit.*).

A la lecture de cet intéressant opuscule, on est dès l'abord surpris de la façon dont certains socialistes ont édulcoré leurs théories.

Après avoir exposé les principes de la doctrine, puisés dans Karl Marx, Benoît Malon, Vandervelde, etc..., M. Bachelet, socialiste broussiste, « expose la conception personnelle qu'il se fait de la société collectiviste et des moyens à employer pour y parvenir en partant de l'état de choses actuel ».

Nous nous contenterons de citer les conclusions de M. Bachelet. En ce qui concerne l'expropriation, il répudie la méthode violente, veut suivre l'évolution économique, préconise l'expropriation *avec indemnité*, — non pas, remarquons-le, par sentimentalisme, mais parce qu' « on ne crée pas du jour au lendemain tous les rouages d'une société. Il y aurait des à-coups, des erreurs qui pourraient entraîner des désastres économiques, » si l'on adoptait la méthode violente. « Je ne crois pas, pour mon compte, à la possibilité de cette transformation totale et brusque », ajoute l'auteur, qui admet le principe de l'indemnité également pour des raisons d'utilité pratique, et conseille le procédé des rachats partiels et successifs.

Puis, à certaines objections des adversaires du socialisme, il répond : « L'Etat collectiviste, pour obtenir l'exécution des tâches, disposera des mêmes moyens que l'Etat capitaliste. Aujourd'hui aussi l'ou-

vrier est libre de ne pas travailler, seulement, s'il ne travaille pas, il meurt de faim... » Les plus capables et les plus instruits obtiendront les emplois réputés les meilleurs... Et comme l'auteur proclame le principe : « A chacun selon son travail », comme il laisse à tous la libre disposition du salaire, qu'il admet des artistes vendant leurs œuvres, des médecins se faisant payer leurs soins, etc..., et tout cela pour des motifs d'utilité pratique impossibles à méconnaître même pour des socialistes, comme enfin il admet la propriété privée de la maison qu'on habitera et des objets mobiliers, il ne supprime pas la propriété (1). Et par suite rien n'empêchera celui-ci d'économiser, celui-là de tout dépenser... Et rien n'empêchera, en conséquence, les unions libres d'intérêt.

A la vérité, quel que soit le régime économique et quelle que soit la forme d'union des sexes, les mêmes abus subsisteront, parce que les mêmes sentiments animeront toujours certains esprits.

Toutefois, cette affirmation ne doit pas être considérée comme un principe d'inaction. Bien au contraire. La difficulté de la tâche doit provoquer une ardeur plus grande à l'accomplir. Et avant même

(1) Il est curieux de remarquer que dès que les collectivistes ont le souci de créer un système pratique et non plus seulement théorique, leur doctrine laisse clairement apercevoir la foule des impossibilités qui se dressent contre elle et les contradictions qu'elle renferme.

d'avoir adopté le régime matrimonial que nous avons souhaité voir appliquer, et qui, à notre sens, remédierait à bien des maux, il y a une œuvre formidable à entreprendre, puis à continuer après les réformes, et à poursuivre ensuite inlassablement, parce qu'un arrêt quelconque anéantirait les résultats déjà acquis : nous entendons parler de la transformation de l'éducation morale des deux sexes.

Il faut bien reconnaître que cette éducation morale est aujourd'hui fort insuffisante, et que dans la mesure où elle existe elle est inepte, elle est fausse.

Elle est insuffisante, parce qu'à la morale religieuse on n'a rien substitué. Il était fort bien de s'attacher à en démontrer les défauts et les immoralités même ; mais en détruisant, il fallait se hâter de reconstruire. Tous les hommes n'ont pas une mentalité assez élevée pour faire le bien parce que c'est le bien, ni pour être honnêtes pour la satisfaction de leur conscience. « Il faut marcher seul avec sa conscience pour bâton », a dit Balzac (*« Lettres à l'Etrangère »*). Combien d'hommes sont capables de s'inspirer de ce principe sublime ?

Elle est inepte, parce qu'elle s'attache à des niaiseries, à des futilités, à des « mensonges conventionnels », au lieu de n'envisager que les points graves et vraiment sérieux.

Elle est fausse enfin, et radicalement fausse. Où

voit-on enseigner que ce soit un crime d'abandonner une femme à qui l'on a fait un enfant ? Où voit-on donner aux jeunes gens des deux sexes conscience des responsabilités qui leur incomberont ? On leur dira qu'il est contraire à la morale d'entretenir des relations en dehors du mariage... mais tout ce qu'ils verront et entendront leur fera comprendre que c'est surtout immoral parce que le garçon peut s'embarasser d'une femme et d'un enfant, parce que la fille peut ne plus trouver de mari ou être fécondée...

Il n'y a ni logique, ni franchise, ni courage, dans la morale actuelle.

Et le mariage se ressent de cette situation déplorable. Si l'on veut lui rendre la santé, si l'on veut assainir les rapports des sexes, aussi bien en dehors du mariage que dans le mariage, ce n'est pas en proclamant l'union libre que l'on y parviendra.

C'est en instruisant les enfants, dès l'âge de la puberté, — et les filles aussi bien que les garçons, — des responsabilités qui les attendent et des dangers qui les menacent. Ce n'est pas en entourant d'un voile hypocrite tout ce qui a rapport aux questions sexuelles, ce qui, comme l'a dit Max Nordau, n'a d'autre effet que d'éveiller les curiosités malsaines et les appétits prématurés. Mais c'est en enseignant — avec la prudence et le tact indispensables — aux jeunes esprits des deux sexes, le mystère de la génération, —

qu'ils apprennent à connaître par des voies détournées quand on ne le fait pas loyalement. — C'est en donnant conscience aux mâles de leurs devoirs envers la femme, et en faisant pénétrer dans leur esprit qu'ils n'ont pas le droit de féconder une femme sans être prêts à assumer les conséquences de leur acte ; c'est en avertissant les filles des périls qui les menacent et c'est en instruisant enfin les uns et les autres des dangers de contracter des maladies — qui ne sont pas plus honteuses que les autres, mais qui exigent plus de soins, plus de prudence et plus de temps pour les guérir. Le jour où une pareille révolution sera accomplie, il n'y aura plus de femmes séduites : chacune adoptera la voie qu'elle entend suivre, dans toute la plénitude de sa liberté ; ou bien elle choisira le mariage qui lui offrira la sécurité et la tranquillité, ou bien elle préférera l'union libre avec son instabilité et ses incertitudes !

Même alors, celle qui aura préféré cette seconde voie ne sera pas laissée sans protection. Car la loi sur la recherche de la paternité sera, espérons-le, enfin votée par les Chambres (1). Lorsque ce sera fait,

(1) M. Pouzol, dans son ouvrage : *De la recherche de la paternité* (Paris 1903), «relève les données d'une longue et minutieuse statistique, poursuivie par lui dans un grand nombre de pays. Telle qu'elle est établie, elle prouve que la natalité illégitime est très sensiblement supérieure sous le régime de l'interdiction, que la mortalité des enfants illégitimes est plus considérable, que

on ne verra plus ce scandale d'une législation qui, en ignorant l'union libre, fait au père naturel, contre

la désertion du mariage est plus accentuée, la pratique démoralisante de l'union libre plus fréquente, que la criminalité : infanticide, avortement, suppression ou abandon, est supérieure, enfin que les enfants abandonnés apportent à la mendicité, au vagabondage et au vol un incontestable contingent » (Discours de M. le procureur général Raymond Janssens à la Cour de Cassation de Belgique, le 1^{er} octobre 1903). — Toutes ces raisons, — sans parler même du principe supérieur de justice qui est aujourd'hui incontesté, — n'ont pu décider encore le Parlement à voter une loi dont le projet dort depuis des années dans les bureaux. L'Empire d'Allemagne, cependant, a déjà réalisé cette réforme depuis nombre d'années (code de 1900), et n'a qu'à s'en féliciter : la natalité illégitime a diminué, les scandales et les chantages sont extrêmement rares, etc... (Voir l'intéressant ouvrage *La Recherche de la paternité et la condition des enfants naturels en Allemagne*, par Michel Halewyck, Bruxelles, 1906, veuve Larcier, éditeur). Un projet de loi sur le même sujet est actuellement en instance devant le Parlement belge. — Il y a certes de grandes précautions à prendre pour éviter les abus, mais le problème est loin d'être insoluble, puisqu'il a déjà été résolu à l'étranger. M. le président Séré de Rivières a élaboré un très intéressant projet de loi sur la recherche de la paternité et la condition des enfants naturels (reproduit dans *Le mariage et le divorce de demain*, de MM. Coulon et de Chavagnes). — Le Comité Coulon a également conçu un projet de loi sur le même sujet — et un autre sur la séduction, qui mérite d'être pris en grande considération. D'après ce dernier projet, « celui qui, par tromperies graves, promesses ou autres manœuvres fallacieuses, détermine une fille ou une femme à consentir à des rapports sexuels hors mariage, est tenu de réparer le dommage causé dans les termes de l'article 1382 du code civil » (art 1^{er}). Art. 2 : « Lorsqu'une fille ou une femme a cohabité avec un homme, si elle n'a commis aucune faute grave de nature à provoquer la rupture de la cohabitation, elle peut exiger, en cas de rupture, un dédommagement en argent pour le dommage causé à sa personne ou à ses biens, » etc... — Dans la Rome papale, celui qui abusait de la crédulité d'une

toute équité, une situation privilégiée, comme l'observe justement M. Jean Cruet (1).

Et quand les jeunes gens seront pénétrés de ces vérités, il restera encore quelque chose à faire, quelque chose que l'on néglige trop aujourd'hui, c'est leur « *éducation matrimoniale* ».

Il importera que les parents, que les éducateurs de la jeunesse leur enseignent ce qu'est le mariage, ce qu'on doit y chercher, et leur disent que le bonheur qu'ils y trouveront dépendra le plus souvent d'eux-mêmes.

Aux garçons, on devra apprendre leurs devoirs vis-à-vis de leur femme. Aux filles, on devra enseigner la conduite à tenir vis-à-vis de leur mari ; on devra notamment les faire renoncer à la vie factice qu'elles mènent actuellement ; il y a un juste milieu entre

jeune fille était condamné à l'épouser ou à passer cinq ans aux galères (Malte-Brun, *op. cit.*). — En Angleterre, des lois fort sévères protègent la femme contre la séduction ; des dommages-intérêts considérables sont alloués à celle qui a été délaissée après qu'on lui a promis mensongèrement le mariage.... il y a même fréquemment des abus dans ces matières.

(1) *La vie du droit*. — M. J. Bertillon, en présence de la fréquence des unions libres, « avait conclu à l'organisation d'un type simplifié et élargi de mariage, afin de donner à ces familles naturelles un statut légal. Rome, notre inspiratrice juridique, n'avait-elle pas ainsi plusieurs sortes d'unions sexuelles, suivant la condition sociale des conjoints ? » (*Ibidem*). Le Président Magnaud a fait une proposition analogue (Voir Dr Toulouse, *op. cit.*, p. 297).

l'existence d'une cendrillon et celle de certaines mondaines d'aujourd'hui...

Aux uns et aux autres on devra apprendre quelles conditions sont généralement nécessaires pour faire un ménage heureux : parité approximative d'éducation, de sentiments et d'âges, autant que possible parité de situation sociale (1).

Il faudra les persuader qu'une trop grande inégalité de fortune est plutôt nuisible, si elle n'est pas compensée par des vertus ou des talents particuliers. Il faudra les instruire enfin de mille choses, tant au point de vue pratique que psychologique et sentimental, et notamment les pénétrer de cette idée que l'absence d'amour est nuisible, que l'absence d'amitié est nuisible, qu'il faut un mélange raisonnable du premier et de la seconde pour faire une heureuse union (2).

(1) « Sa femme sera-t-elle la bonne associée, la compagne instruite et éclairée, le réconfort des heures difficiles?... Il ne vérifiera pas davantage s'il y a eu entre eux ces affinités d'éducation, ces parités de milieu indispensables à l'entente, à la compréhension mutuelle. Il ne se souciera pas des antécédents de famille; il acceptera, les yeux fermés, tout ce qui pourra plus tard devenir entre eux une cause de froideur, d'éloignement. Qu'importe tout cela ? puisqu'elle est riche ! la dot lui bouche les yeux... » (Paul Margueritte, « *Le Journal* », 20 mars 1909).

(2) Tolstoï proscrit l'amour du mariage ; tel n'est point notre avis : son absence serait nuisible et mènerait aux débordements ; il doit exister dans une mesure suffisante pour durer au moins un certain nombre d'années, après lesquelles il pourrait dé-

Il faudra enfin laisser les jeunes gens des deux sexes ainsi éduqués, librement en présence les uns des autres, à la mode anglaise, afin qu'ils puissent se connaître, s'étudier, et se marier enfin en connaissance de cause (1-2).

D'autres pays ont compris cette nécessité avant nous (n'oublions pas cependant que Balzac et Stendhal l'avaient fort bien aperçue) — on a pu le constater par la lettre de Danemarck que nous avons reproduite antérieurement, — il est temps que les

croître peu à peu, alors que l'affection et la tendre amitié prendraient tout doucement sa place en croissant progressivement en profondeur et en intensité. — Ajoutons enfin que l'estime réciproque est indispensable au bonheur conjugal.

(1) « Il n'y a qu'un moyen d'obtenir plus de fidélité des femmes dans le mariage, a dit Stendhal (*De l'Amour*, 1822), c'est de donner la liberté aux jeunes filles et le divorce aux gens mariés..... En Europe, le désir est enflammé par la contrainte, en Amérique il s'émousse par la liberté..... A seize ans, une jeune fille doit songer à se trouver un mari et recevoir de sa mère des idées justes sur l'amour, le mariage et le peu de probité des hommes ». — Platon demandait déjà que l'on permit aux jeunes gens des deux sexes de se rencontrer, afin qu'il y eût moins d'antagonisme et d'indifférence dans la vie conjugale (Westermarck).

(2) « Il convient de dire à ce propos que le cercle des relations françaises est trop restreint. Tout le monde s'en plaint. Nos mœurs sont ridicules, en cela. Elles isolent, elles parquent les jeunes filles..... Au lieu de les isoler de la vie, d'en faire des ignorantes de toute réalité, des vases clos où fermentent les mauvais levains mystiques et romanesques, une religiosité de façade, des préjugés convenus, les parents donneront à leurs filles une éducation scientifique, des idées justes et précises sur l'existence et ce qu'elles doivent en espérer » (Paul Margueritte, *loc. cit.*).

mœurs françaises y arrivent à leur tour... mais que l'on nous comprenne bien, c'est un contact franc et exempt d'arrière-pensées que nous réclamons, et non un flirt fade ou bien vicieux, ce qui serait un néfaste remède ; nous voulons des jeunes filles alertes et vives devant les hommes, sans être pour cela immodestes ou effrontées. Mais tout cela, c'est affaire d'éducation : il sera nécessaire de transformer la mentalité des peuples latins.

Les jeunes gens devront savoir, en résumé, *qui* ils épousent, non seulement au point de vue physique et pécuniaire, mais encore au point de vue moral, au point de vue intellectuel, au point de vue sentimental — et non pas superficiellement comme aujourd'hui, sur des apparences où l'hypocrisie a beau jeu, mais à fond (1).

« Plus l'homme évolue, a dit Max Nordau, et plus il se différencie. Plus il est différencié et plus son choix sexuel devient difficile, plus il est heureux de trouver son « *âme sœur* » et moins il est disposé à l'échanger contre une autre, une fois qu'il l'a trouvée » (2).

(1) En résumé, pour faire un mariage destiné au bonheur, il faut, selon l'heureuse formule de M. Edmond Benoit (*op. cit.*) « tâcher de bien se connaître avant de s'épouser et ne jamais s'épouser sans s'aimer ».

(2) Enquête sur le mariage en France. Réponse de Max Nordau (*La Plume*, 1^{er} juin 1901), cit. par Valensi, *op. cit.*

Ces lumineuses paroles fixent bien, nous semble-t-il, la vérité psychologique, — et par suite on doit s'essayer à y conformer sa conduite. Or pour y atteindre, il n'est point d'autre moyen qu'un contact perpétuel et libre, au lieu de brèves heures de tête-à-tête surveillé ridiculement par des parents méfiants.

Et lorsque ces idées auront triomphé, lorsque les réformes que nous avons préconisées (1) — après bien d'autres, — seront accomplies, quand des esprits sains entreront en connaissance de cause dans une institution assainie, un grand progrès sera réalisé.

Assurément l'on verra encore de mauvais ménages; mais là pas plus qu'ailleurs on n'atteindra la perfection. Assurément, il y aura encore des adultères, mais supprimera-t-on jamais le vol et les autres délits? Assurément enfin, dans les grandes villes, les conditions particulières de la vie qu'on y mène ne seront jamais tout à fait favorables à la vertu conjugale.

(1) Il nous est particulièrement agréable de constater que la plupart des conclusions défendues au cours de cet ouvrage concordent parfaitement avec celles du traité de morale du docteur Harald Høffding, professeur à l'université de Copenhague, intitulé *Essai sur les principes et leur application aux circonstances particulières de la vie* (contenant une fort intéressante bibliographie); — cet éminent penseur a édifié un travail tout à fait dénué des préjugés qui encombrant trop souvent les travaux de ce genre, et a abouti à des résultats extrêmement intéressants; il justifie au regard de la morale pure les théories que nous avons émises en nous plaçant à un point de vue plus général.

Mais on a le droit d'espérer que les jeunes hommes se marieront plus tôt (tout homme devrait le faire avant trente ans, d'une manière générale, c'est-à-dire dans la pleine vigueur de l'âge adulte); on a le droit d'espérer qu'il y aura moins de mariages d'affaires, — d'abord en raison de l'éducation différente qui sera donnée, et ensuite parce que chaque époux aura la possibilité de mettre sa fortune à l'abri ou même de sortir d'un mauvais mariage ; on a le droit d'espérer enfin que, conformément au vœu de Max Nordau, le mariage deviendra davantage une union morale et comportera une dose suffisante d'amour, — et que, par suite, il y aura moins de ménages désunis, moins d'adultères et moins de divorces...

Quant à espérer la Justice absolue, la Vertu totale et la Loyauté universelle, quel rêveur l'oserait ?

Mais le rôle de l'Humanité n'est-il pas de tendre perpétuellement vers un idéal de Bonté et de Beauté qu'elle n'atteindra jamais ?

Vu :
Le Doyen,
LYON-CAEN.

Vu :
Le Président,
PLANIOL.

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

BIBLIOGRAPHIE

- ABRAM (Paul). — L'évolution du mariage, Sansot, éditeur, Paris, 1908.
- ACOLLAS (Emile). — Le mariage, son passé, son présent, son avenir, Paris, 1880.
- ALBERT (Charles). — L'amour libre.
- ALETHEUS. — Polygamia triumphatrix, 1683.
- AMIAUD. — Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe, de l'Amérique, etc., Paris, 1908.
- ANET (Claude). — Notes sur l'amour.
- D'ARBOIS DE JUBAINVILLE. — La famille celtique.
— Études sur le droit celtique.
- AVESNES. — En face du Soleil-Levant.
- BACHELET. — La doctrine collectiviste et ses moyens d'application, etc., brochure.
- BARCLAY (Thomas). — La femme anglaise, mariage, divorce, etc., Paris, Pedone, éditeur, 1896, in-8°.
- BAYLE. — Nouvelles de la République des Lettres, 1685.
- BEAUCHET. — Histoire du droit privé de la république athénienne, le droit de famille, I.
- BENOIT (Edmond). — Psychologie de l'amour, Paris, Daragon, éditeur.
- BERTILLON PÈRE. — Article *Mariage* dans le *Dictionnaire Encyclopédique des sciences médicales*, 2^e série.
- BIGEON. — De la légitimation par acte du souverain, Paris, 1897.
- BLIN (Prosper). — La condition des enfants trouvés et abandonnés dans le droit français ancien et actuel, Paris, 1909.
- BLUM (Léon). — Du mariage, Paris, 1908.

- BORDIER (Dr). — Le divorce et la séparation de corps au point de vue démographique et ethnologique (*Bulletin de la Société Dauphinoise d'ethnologie et d'anthropologie*, t. VI, 1899).
- BOUDINHON (abbé). — Le mariage et les fiançailles, nouvelle législation canonique, Lethielleux, éditeur, 1908.
- BOYER (André). — Conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre, Nîmes, 1908.
- BRIDEL. — Le droit des femmes et le mariage.
- BRUSMANUS. — Monogamia triumphatrix (XVII^e siècle).
- CAUVET. — Origines de la famille.
- CAUVIÈRE (Jules). — Le lien conjugal et le divorce.
- COMTE (Auguste). — Cours de philosophie positive.
- COULON (Henri) et DE CHAVAGNES (René). — Le mariage et le divorce de demain, Paris, 1909.
- CRUET (Jean). — La vie du droit, Paris, 1908.
- CUQ. — Institutions.
- DARGUN. — Mutterrecht und Vaterrecht, 1892.
- DARMESTETER. — Les prophètes d'Israël.
- DARWIN. — Descendance de l'homme, traduction Carl Vogt, Reinwald, Paris, 1872.
- DÉPINAY. — Le divorce.
- DESFORGES. — Etude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français.
- DESPEISSES. — De la dot.
- DEZOBRY et BACHELET. — Dictionnaire de géographie et d'histoire.
- DOUMIC (René). — Conférences sur George Sand (réunies en un volume).
- DURKEIM. — Le suicide.
- Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, Neufchastel, XVIII^e siècle, 35 volumes.
- ESMEIN. — Le mariage en droit canonique.
- FONSEGRIVE. — Mariage et union libre, Paris, 1909.
- FUSTEL DE COULANGES. — La cité antique.
- GHAUGHY (René). — L'immoralité du mariage, Namur, 1902.
- GIBELIN. — Etudes sur le droit civil des Hindous, recherches de législation comparée sur les lois de l'Inde, d'Athènes et de

- Rome et les coutumes des Germains. Pondichéry, 1846-1847, 2 volumes in-8°.
- GIDE. — Condition privée de la femme, 1885.
- GIRARD (Paul-Frédéric). — Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1901.
- GIRAUD-TEULON. — Les origines du mariage et de la famille, Paris, 1884.
- GLASSON. — Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, Paris, 1880.
- GRAVE (Jead). — La société future.
- GROTE. — L'hétaïre, traduction Sadous.
- HALEWYCK. — La recherche de la paternité et la condition des enfants naturels en Allemagne, Bruxelles, veuve Larcier, éditeur, 1906.
- Hammourabi (Code d'). — Voir les Mémoires publiés sous la direction de M. de Morgan, t. IV, textes élamites-sémitiques, 2^e série, par le Père Scheil.
- HÖFFDING (Harald). — Essai sur les principes théoriques et leur application aux circonstances particulières de la vie, Copenhague.
- DE HAXTHAUSEN. — Etudes sur la situation intérieure, la vie nationale et les institutions rurales de la Russie.
- DE IHERING. — Les Indo-Européens avant l'histoire.
- JOLY (H.). — La crise du mariage (*Correspondant* du 10 janvier 1902).
- KANT. — Doctrine du droit.
- KEY (M^{me} Ellen). — De l'amour et du mariage.
— Force de femme mal employée.
- KOWALEWSKY. — Tableau des origines et de l'évolution de la famille, Stockholm, 1890.
- Coutume contemporaine et loi primitive, traduction française, 1893.
- LABOULAYE. — Recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours, 1843.
- LAPIE (Paul). — La femme dans la famille, Paris, 1908.
- LE BON (Dr). — L'homme et les sociétés, Paris, Rothschild, 1881.

- LEHR (Ernest). — Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés, Paris, 1899, in-8°.
- LE PLET. — Histoire de la famille.
- LE ROUX (Hugues). — Le bilan du divorce.
- LETOURNEAU (D^r Charles). — La sociologie d'après l'ethnographie, Paris, Reinwald, 1880.
- L'évolution du mariage, Paris, 1888.
- LYALL (Alfred). — Asiatic Studies.
- Etudes sur les mœurs religieuses et sociales de l'Extrême-Orient, Thorin, éditeur, Paris.
- MAC-LENNAN. — Studies in ancient history, primitive marriage, Londres, 1876.
- MARGUERITTE (P. et V.). — L'élargissement du divorce.
- MARTIN (Olivier). — La crise du mariage pendant la Révolution.
- MASON (Otis Tuftun). — Woman's share in primitive culture, 1895.
- MASPERO. — Histoire ancienne des peuples de l'Orient classique, Paris 1895-1899.
- MATZIEJOWSKI. — Histoire du droit chez les Slaves.
- MICHELET. — Origines du droit français.
- MÖLLER (F.). — Morale sexuelle et bonheur de la vie, Copenhague.
- Mon système, Copenhague.
- MONNOT et BONDE. — Eléments d'histoire du droit français, Paris, 1898.
- MORACHE (D^r). — Le mariage, étude de socio-biologie et de médecine légale, 1902.
- MORGAN (Louis). — Ancient Society or Researches in the line of human progress from savagery, through barbarism, to civilisation, New-York et Londres, Macmillan, 1877.
- NAQUET (Alfred). — Religion, propriété, famille, 1868.
- Le divorce, 1881.
- La loi du divorce.
- Vers l'union libre, 1909.
- NAUDEAU (Ludovic). — Le Japon moderne, Paris, 1909.
- NORDAU (Max). — Les mensonges conventionnels de la civilisation, le mensonge matrimonial, traduction Dietrich, Alcan, éditeur, 1906.

- NOVIGOW. — L'affranchissement de la femme.
- PATURET. — La condition juridique de la femme dans l'ancienne Egypte, Paris, Leroux, 1886.
- PETIT (Eugène). — Traité élémentaire de droit romain.
- PLANIOI (Marcel). — Traité élémentaire de droit civil, 1^{re} édition, Paris, 1901, 3 volumes.
- POUZOL. — De la recherche de la paternité, Paris, 1903.
- RAMBAUD (Alfred). — Histoire de la Russie.
- RENARD (Georges). — Le socialisme à l'œuvre.
- RENAUD (J.-Joseph). — La faillite du mariage et l'union future.
- REVILLOUT. — Cours de droit égyptien, Paris, Leroux, 1884.
- Précis de droit égyptien, Paris, Giard, 1903.
- RICHARD (Gaston). — La femme dans l'histoire, Paris, 1909.
- ROUQUET (Marcel). — Evolution du droit de famille vers l'individualisme, Paris, 1909.
- ROUSSILHE. — De la dot.
- SMIRNOV. — Populations finnoises de la Volga et de la Kama, 1898.
- SPENCE (J.-C.). — L'aurore de la civilisation.
- SPENCER. — Principes de sociologie, traduction de Cazelles et Gerschel.
- SUMNER-MAINE (Sir Henry). — L'ancien droit.
- Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive, traduction Durieu de Leyritz.
- Etudes sur l'histoire des institutions primitives.
- THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial.
- TOPINARD. — L'anthropologie et la science sociale.
- TOULOUSE (Dr). — Les leçons de la vie, Paris, 1906.
- TRAMAR (Comtesse de). — L'amour obligatoire, Paris, 1909.
- TURGEON. — Le féminisme français.
- VIOLET. — Histoire du droit français.
- VALENSI (A.). — L'application de la loi du divorce en France, Paris, 1905.
- WESTERMARCK. — Origine du mariage dans l'espèce humaine, traduction Henry de Varigny, Alcan, Paris, 1895.
- ZETZ. — Traité de droit musulman.

Romans

- BOURGET (Paul). — Un divorce.
CORDAY (Michel). — Les deux risques.
HARLOR. — Le triomphe des vaincus, 1909.
LEFEBVRE (Louis). — Le couple invincible, 1909.
MARGUERITTE (Paul et Victor). — Les deux vies.
MARGUERITTE (Victor). — Le talion.
MOORE (Frankfort). — The marriage lease, Hutchinson, éditeur, Londres.
ROD (Edouard). — Les unis, 1909.
THÉVENIN (Léon). — Le libérateur, 1909.
ULMÈS (Renée d'). — Sibylle mère, 1909.

Pièces

- BOURGET (Paul). — Un divorce.
BRIEUX. — Suzette, 1909.
DEVORE (Gaston). — La sacrifiée.
DONNAY (Maurice) et DESCAYES (L.). — Oiseaux de passage.
DUMAS fils (Alex.). — L'homme-femme.
FABRE (Emile). — La maison d'argile.
GUICHES (Gustave) et GHEUSI (J.-B.). — Chacun sa vie.
HERVIEU (Paul). — Les tenailles.
IBSEN. — Maison de Poupée.
MARGUERITTE (P. et V.). — Le cœur et la loi.
NÉPOTY. — L'oreille fendue.
PRÉVOST (Marcel). — La plus faible.
VANDEREM (F.). — La victime.
WOLFF (Pierre) et LEROUX (Gaston). — Le lys, 1909.

Journaux et Revues.

- | | |
|-------------|---------------------------|
| Femina. | La Réforme Sociale. |
| Le Journal. | La Revue. |
| Le Matin. | La Revue des Deux-Mondes. |
| L'Opinion. | La Revue Judiciaire. |
| La Plume. | La Revue de Paris. |
| La Presse. | Le Temps. |
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	4
LIVRE PREMIER.	3
CHAPITRE PREMIER. — L'organisation de la société primitive.	7
CHAPITRE II. — Les Hindous	38
CHAPITRE III. — Les Hébreux.	69
CHAPITRE IV. — Les Egyptiens	77
CHAPITRE V. — Babyloniens, Perses, etc.	85
CHAPITRE VI. — Les Grecs.	91
CHAPITRE VII. — Les Romains	104
CHAPITRE VIII. — Les Germains et les Scandinaves	146
CHAPITRE IX. — Les Celtes.	158
CHAPITRE X. — Les Slaves.	160
CHAPITRE XI. — Chinois, Japonais	163
CHAPITRE XII. — Les Mahométans	173
CHAPITRE XIII. — Eglise Catholique	183
CHAPITRE XIV. — Conclusion	193
LIVRE DEUXIÈME	199
CHAPITRE PREMIER. — Le Divorce	200
CHAPITRE II. — L'Union libre.	239
§ I. — Les Théories nouvelles	239
§ II. — Réfutation de la thèse de l'Union libre	310
CHAPITRE III. — L'Evolution du Droit de famille	334
CHAPITRE IV. — De la nature du Mariage et des consé- quences qui en découlent. — Le Mariage futur	348
CHAPITRE V. — Le Mariage au point de vue moral.	423
BIBLIOGRAPHIE	449

LA ROCHELLE, IMPRIMERIE NOUVELLE NOEL TEXIER

CENTER FOR RESEARCH LIBRARIES



3 1949 02097 9002

